

SIDAD A
CCIÓN C

K47

.E8

S25

V. 1

C. 1

E
346.1
I



1080043601



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

Una caballería de tierra consta del dia-
metro de 2 ¹/₂ cordeladas y 44 y ¹/₂ varas.
El cordel tiene 69 varas de largo.

6654

E

Es de Antonio Buentillo

(Handwritten flourish)

Y mposte de tres tomos 1 p.^o

6656A11H



340(1)



ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA

ORDENADA

POR DON JUAN SALA

FAVORDE DE LA METROPOLITANA IGLESIA
DE VALENCIA, Y CATEDRATICO DE PRIMERA
DE LEYES EN LA UNIVERSIDAD
DE LA MISMA CIUDAD.



Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

TOMO I.

23230

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

REIMPRESA EN MEXICO
en la Imprenta de Arizpe, primera calle
de la Monterilla, año de 1807.

CON PERMISO SUPERIOR

53993

E
346.4
I

K47



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

III.

PREFACION.

Los deseos de la Nación de que se publicara una Ilustracion del derecho Real de España en el idioma Español, que al paso que no ofendiera el buen gusto y pericia de los concurrentes á las Universidades, y demas personas doctas, pudiera dar una decente instruccion á los que, no entendiendo el latin, la necesitan para el exercicio de su profesion, ó gobierno de sus cosas, moviéron nuestro ánimo á emprender el trabajo de ordenarla en la edad avanzada de setenta años, en que los hombres solemos pensar mas en descansar, que entrar en nuevas tareas. La necesidad de esta obra, por la notoria insuficiencia de las otras de su naturaleza, que se han publicado hastq ahora, y nuestra vehemente inclinacion á fomentar el estudio de nuestro derecho patrio, de que son buenos testimonios el Vinio castigado, las Instrucciones y Digesto Romano Español, nos hicieron atropellar el reparo de nuestros muchos años, hallándonos, por la misericordia de Dios, en una salud muy robusta y constante, que no ha llegado á flaquear, sin embargo de haber sido bastante larga y penosa la tarea.

Sirvió tambien mucho para alentarnos el ver la aceptación, con que nuestras citadas obras han sido adoptadas para la pública enseñanza en las Universidades de nuestra España, y el aplauso con que han sido recibidas en varias partes de la América, de que tenemos noticias ciertas: de suerte que en muy poco tiempo se despacharon enteramente dos ediciones del *Vinio castigado*, de dos mil exemplares cada una, y desde el año 1790 se ha despachado una de mil y quinientos de las *Instituciones*, y solo nos quedan setecientos de otra de tres mil, en términos que habrémos de hacer tercera edición en el año 1804, ó quando mas en el siguiente.

Hemos querido notar las leyes Romanas concordantes con las nuestras Españolas, porque aunque estas para tener completa fuerza, no necesitan de apoyos extrangeros, ni estos pueden tener alguna para obligarnos; debemos sin embargo confesar, que no dexa de honrar é ilustrar nuestras decisiones el ver, que tambien las establecieron los Romanos en sus leyes, tan llenas, por lo comun, de justicia, moralidad y prudencia, que han admirado, y admirarán siempre á los doctos de todas las Naciones.

Ademas de haber procurado recoger toda la buena doctrina, que hemos creído del caso, se

ha extendido nuestro cuidado á que el método y estilo tuviesen la perfeccion y claridad, de que son capaces nuestras cortas fuerzas, que hemos empleado catorce meses útiles, con un indecible trabajo, leyendo y meditando con detenido y escrupuloso cuidado las leyes y doctrina de los autores que citamos. Pero sin embargo en el inmenso piélagó de especies, en que hemos navegado, no será de extrañar se nos haya escapado alguna digna de mencionarse, ó que la hayamos entendido mal. Léjos de enojarnos de que nos corrijan nuestros defectos, estaremos agradecidos á los correctores; porque concurrirán con nosotros en el deseo de ser útiles á la enseñanza, facilitando que salga con mas perfeccion qualquiera otra edición de esta obra, que pueda hacerse con el tiempo. Y nos ha parecido dividirla en tres libros, segun los tres objetos del derecho, personas, cosas y acciones, como lo hizo Justiniano en sus *Instituciones*.

NOTA DEL EDITOR.

La falta absoluta de exemplares de esta Obra maestra en su línea, y la dificultad de conseguirlos en las actuales circunstancias de la guerra, han parecido motivos bastantemente justos para solicitar su reimpression, á

pesar de lo costoso que es en México este artículo, y sin perdonar medios para conseguir el unico exemplar que se halló en esta Capital.

La Obra en sí no necesita mas recomendacion, que la que se ha grangeado justisimamente su sabio y respetable autor, conocido ya por sus escritos entre los Literatos de ambas Españas. El metodo institucionario con que trata todas las materias del derecho español, está adornado de la exâctitud, de la claridad, y de la distincion, comprendiendo quanto pudiera desearse en su objeto.

Se hacia demasiado sensible que una obra de esta clase no comprendiera en sí algunos artículos del derecho de Indias, tan esenciales en nuestras causas, y esto se vá á procurar en quanto sea posible, recogiendo doctrinas del Sr. Beleña, del Sr. Solorzano, y de otros quadernos y manuscritos, que se han podido conseguir. Quando se trate de los Juicios, se procurará dar una idea de los diferencias que ocurren respecto de este artículo en nuestros Tribunales, reduciendose al Formulario actual. El Sugeto que ha tomado á su cargo esta empresa, conoce muy bien que sería mas digna de los muchos sabios Jurisconsultos que hay en México; pero mientras estos la perfeccionan, ofrece este pequeño

esfuerzo de su aplicacion, quando aun no tiene el honor de estar recibido en el Ilustre, y Real Colegio de Abogados. Todo quanto se agregue del derecho de Indias, irá al fin de cada titulo en el metodo que se halla el de Aragon en la Instituta de Castilla de Jordan, y de Manuel.

BREVE HISTORIA DEL DERECHO DE ESPAÑA.

EN todas las Historias es lo mas obscuro el averiguar su origen y primeros tiempos. Nace la obscuridad, de que el largo transcurso de los años ha hecho desaparecer muchos monumentos y memorias, que podrian ilustrarlo; y de que en aquella edad, la falta de Imprentas y escrupulosidad, con que ahora se notan los sucesos, nos impidiéron facilitarnos los conocimientos, que echamos ménos. Las varias y extraordinarias vicisitudes que padeció nuestra Monarquía en sus principios, desde que la invadiéron y ocupáron los Cartaginenses, han contribuído á la que padecemos en la del principio de nuestra Jurisprudencia, impidiéndonos poder recoger memorias de los tiempos de aquella revolucion y de los anteriores. Toméron las cosas alguna consistencia y formalidad en la dominacion de los Romanos, quando expeliéron á los Cartaginenses; pero no duró mucho, porque luego los arrolláron los Go-

dos y otros Pueblos del Norte, que inundáron y se apoderaron enteramente de España. Conviene nuestros Autores en que es verosímil que los Romanos á los principios de su imperio, permitirian á los Españoles vivir segun sus costumbres y usos, disponiéndolos poco á poco á que observaran las leyes Romanas; pero como estas no tenían mas de Españolas que su recibimiento, no nos parece contarlas como pertenecientes á nuestra legislacion, cuyo origen tomarémos de los Godos, que fuéron los primeros, de quienes podemos decir, que estableciéron leyes en nuestra España para su gobierno.

2 Porque si bien en el principio de su reynado permitiéron á los Españoles, acostumbrados ya al uso de las leyes Romanas, continuar en su observancia, al tenor del Código *Theodosiano*, ó del *Breviario*, compuesto del mismo, de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y de las sentencias é instituciones de los Jurisconsultos Paulo y Cayo, que ordenó ó dispuso se ordenara el Godo Aniano en el año 506. en tiempo del Rey Alarico, como lata y cuidadosamente manifiesta Mesa en su *Arte de la*

historia legal, lib. 1. cap. 4. empezaron ya entonces á establecer algunas nuevas: de suerte que en aquellos tiempos algunas de las que regian eran Góticas, y la mayor parte Romanas. El primero de los Reyes Godos, que estableció algunas fué Eurico, que murió en el año de 483. segun refiere San Isidoro en la *historia de los Godos*, Frankenau en su *Themide sect. 1. de legib. Gotar. n. 5.* diciendo ser la opinion general de nuestros Autores, citando á muchísimos: y estas son las primeras que podremos llamar leyes Españolas. A ellas añadieron algunas otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo. Recesvindo pasó mas adelante, pues prohibió el uso de las leyes Romanas, imponiendo la pena de 30. libras al que las citara en juicio, y al Juez que diera sentencia segun ellas, Frankenau, *d. sect. 1. n. 3.* Y aunque es de creer, que en tiempo de estos Reyes y sus inmediatos, se hiciese algun Código ó coleccion de las leyes, que establecieron, no tenemos noticia alguna de otro mas antiguo, que el famoso que se publicó en latin á fines del siglo VII. ó principios del VIII. con el nombre de *Liber Judicium*, que se celebra como fuen-

te y origen de las leyes de nuestra España. Sobre quien fué el Autor de este Código, hay mucha variedad de opiniones. Unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvindo, otros á Recesvindo, que murieron en los años 635. 650. 672. Y no faltan quienes concedan esta gloria á los Reyes posteriores Wamba, Ervigio, Egica, Witiza, de los cuales el último falleció el año 711. como puede verse en Mesa, *d. lib. 1. cap. 5.* Frankenau, *d. sect. 1. n. 7. y siguientes*, en donde tratan con extension este asunto. En vista de lo que dicen estos y otros Autores, y en atencion á que este Código está lleno de leyes de Sisenando, Chindasvindo y Recesvindo, parece verosímil, que estos tres Reyes, ó alguno de ellos, cuidaron de hacer alguna coleccion, que fué el principio de este Código. Pero como en él, segun el estado en que ha llegado á nuestras manos, se encuentran varias leyes de Wamba, Ervigio, Egica, quando reynó solo, y aun algunas despues que tomó por compañero á Witiza en el año 698. debemos confesar, que con este complemento no es mas antiguo que los últimos años de Egica.

3 Este Código, que tambien se llamó *Forum Judicum*, consta de 12. libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes: de las cuales se establecieron muchas en los Concilios Toledanos, asistiendo el Rey, los Magnates, y los Obispos, y las demas por los mismos Reyes solamente: y estas son las que se llaman leyes de los Visogodos. Algunas de ellas llevan en la inscripcion el nombre del Rey que fué su Autor; otras del Concilio en que fueron establecidas; otras solamente se dicen antiguas, que se atribuyen á Eurico ó Leovigildo, ó segun otros fuéron tomadas de las leyes Romanas, y otras no tienen inscripcion ninguna. De las que se establecieron en el Concilio Toledano IV. algunas se hallan á nombre de Sisenando y de San Isidoro Arzobispo de Sevilla, al parecer porque fuéron los mas principales y distinguidos, que intervinieron en él. No será fácil adelantar ó mejorar estas noticias, ni hace falta alguna que no se mejoren. Reynando el Santo Rey Fernando III. fué vertido en lengua Española en el siglo 13. y llamado *Fuero de los Jueces*, cuyo nombre se ha corrompido en el de *Fuero Juzgo* de que aus-

mos: y con él le hizo imprimir en Madrid el año 1600. Alfonso de Villadiégo, ilustrándolo con preciosas notas: y nuevamente en Madrid tambien en 1792. Juan Antonio Llorente, Canónigo de Calahorra. El primero que lo imprimió en latin, segun fué compuesto, ha sido el célebre Jurisconsulto Frances Pedro Pitheo, que lo publicó en París año 1579. con el título de *Codex legum Visigotorum, libri XII.*

4 Muy poco despues de la publicacion de este Código, esto es, por los años de 714. experimentó grande trastorno su observancia por la invasion de los Sarracenos, que con una rapidez increíble ocuparon y sujetaron á sus armas á toda España, á excepcion de las montañas de las Provincias Septentrionales, en que recogidos los valerosos Españoles, que pudieron salvarse, emprendieron poco á poco con su Rey Pelayo, la reconquista que continuaron sus sucesores, hasta que á fuerza de años, trabajos é innumerables victorias lograron completarla en el año 1492, en que los celebérrimos Reyes Don Fernando y Doña Isabel se apoderaron de la Ciudad de Granada, que fué el último retiro de los

Moros. Y aunque es verosímil, que estos por su poca cultura y mucha ferocidad debieron descuidar de dar otras leyes á los que sujetaron, que las pocas que se dirigian á asegurar la sujecion y exacción de tributos, permitiéndoles en lo demas, que observaran las que antes tenian propias; con todo las tinieblas que cubren este ramo de la historia, y la ninguna falta que nos hace su averiguacion, nos mueve á no entretenernos en este particular, continuando solo la historia en lo respectivo á los que conservaron la libertad baxo la dominacion del Rey Don Pelayo y sus sucesores.

5 Muchos de estos mandaron se observara dicho Código, pero al mismo tiempo en el siglo 11. y siguiente concedieron varios fueros particulares á diferentes Ciudades y Villas con sus territorios, como lo fueron los de Sepúlveda, Escalona y otros; y á fines del siglo 10. ó á principios del 11. se publicó con intencion de que fuese general el fuero llamado: *Fuero viejo de Castilla*. Desde entonces hubo bastante confusion en los Tribunales, gobernándose unos ántos por los fueros, y otros por las costumbres, rescritos y sentencias (*fazañas ó*

alvedrios), y no en todas partes de una misma manera. Con efecto Don Fernando II. en el Concilio de Coyanca (hoy Valencia de Don Juan cerca de Oviedo), mandó en el año 1050. que en Castilla se observase este fuero viejo, y en Leon el Gótico ó Juzgo y Leonés. Y considerando este mal estado de confusion, el Rey Don Alonso IX. dicho tambien X. llamado comunmente el sabio, procuró emendarlo, publicando en el año 1255. otro Código que se llama *Fuero de las leyes, fuero del libro de los Concejos de Castilla*, y con mas frecuencia *fuero Real*, mientras disponia se formase el famosísimo de las *Partidas* de que luego hablaremos. Se halla impreso en el año 1543. con glosa extensa de Alonso Diaz de Montalvo. Como, quando, y en qué Provincias se observaron este Código, y el otro dicho *Fuero viejo de Castilla*, puede verse en el discurso preliminar, que pusieron Aso y de Manuel en la edicion de dicho *Fuero viejo*, que hicieron en Madrid el año 1771. Y poco despues á últimos del siglo 13. ó principios del 14. se publicaron en número de 252. las leyes llamadas del *Estilo*, segun se cree comunmente, para

declarar las del *Fuero Real*. No consta si son propiamente leyes ordenadas por legitima potestad, ó por el privado ó particular trabajo de algun perito. (1) Las imprimió el año 1608. en Madrid con un extenso comentario Christóbal de Paz. Algunas de ellas se hallan insertas en la *nueva Recopilacion*.

6 Llegamos ya al Código ó libro de las *Partidas*, el mas célebre de los que tenemos en España, al que todos los Autores dan los mayores elogios. Es á semejanza de las *Pandectas Romanas*, como el *Digesto* de nuestra legislacion, pues contiene con extension todas las leyes civiles, que en aquel tiempo debian observar generalmente los Españoles; y ademas varias decisiones canónicas, y lo mas principal de los misterios de nuestra Santa Religion Católica, en que quiso la piadosa religiosidad de su Autor emplear la *Partida primera*. El Santo Rey Fernando III. proyectó esta grande obra para evitar confusiones y variedades, dando uniformidad general para

(1) *Vease este punto en la Biblioteca económica política del Señor Sempere.*

todos los negocios; pero prevenido por la muerte, no pudo llegar á empezarla, y la dexó encargada á su hijo el expresado Alonso el Sabio, que habiéndola empezado en la víspera del dia de San Juan Bautista del año 1255. quarto de su reynado, empleó en ella siete años cumplidos, como se lee en su *Prólogo*. Se formó en quanto á la Religion y á la Iglesia de las sentencias de los Santos Padres, y en lo demas, de usos y costumbres, que parecieron útiles, y principalmente de las leyes Romanas, decidiendo algunas quèstiones, que atormentaban á sus Intèrpretes. Se conoce fuèron sugetos de mucha ciencia y probidad los que trabajaron en ordenar este libro; pero no ha quedado de ello noticia alguna segura. Aunque se formó á mitad del siglo 13. no se publicó hasta el año 1348. como se vé en la *l. 1. tit. 28. del Ordenamiento de Alcalá*, que hoy es la *l. 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* á causa de las guerras y otros gravísimos negocios, que ocuparon á España en aquellos tiempos. Consta de siete partes llamadas *Partidas*, de donde le ha venido el nombre, divididas en títulos, y estos en leyes.

7 Es tambien celebre el *Ordenamiento de Alcalá*, que se publicó en el año citado 1348. y contiene 32. títulos, divididos en leyes; pero por quanto casi todos se han pasado á la *Recopilacion*, de que vamos á hablar, ó enteras ó con alguna leve correccion, no nos ha parecido hacer mayor relacion de él. Le imprimieron en Madrid en 1774. ilustrado con notas Aso y de Manuel. Otro Código con el título de *Ordenamiento Real* se publicó en tiempos de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel, y es una compilacion alfabética de varias leyes ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, Leyes de Estilo, y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros, y dispuesta por Alonso Montalvo, quien añadió igualmente sus glosas y repertorio. Es de creer emprendiese esta Obra por comision de los Reyes Católicos; pues atestiguándolo así en su prólogo, y habiéndose publicado por tres veces en vida de los mismos, á saber, en Zamora en 1485. y en Sevilla en 1492. y 1496. se le hubiera convencido de impostor ó ser falso el supuesto. Sin embargo no parece satisfizo las medidas de Don Fernando y Doña Isabel, puesto que

Jamas le diéron su fuerza confirmatoria, y esta es la razon, porque esta coleccion se considera de autoridad privada, y sus leyes sin mas fuerza que la que tuvieron en su original, segun prueba el Señor Márcos Solon de Paz en la *l. 1. de Toro n. 275.* Sin embargo el título de Ordenamiento Real, y la comodidad de la obra dividida por orden alfabético, la dieron tal autoridad con el tiempo, que se creyó que la *l. de Toro* hablaba de este Ordenamiento, quando en realidad solo habló del de Alcalá, toda vez que la dicha *l. de Toro* no hace otra cosa que renovar la observancia de lo prevenido en la *l. 1. tit. 28. de dicho Ordenamiento.* Diego Perez de Salamanca, baxo los auspicios de Carlos V. publicó en 1574. sus comentarios á esta compilacion. Así lo refiere el eruditísimo Padre Burriel en su carta á Don Juan Amaya, que se halla impresa en el *tomo 16. del Semanario erudito.* Lo mismo en substancia dicen Franckenau y Mesa, con la diferencia de que cuentan por la primera la citada edicion del año 1496.

8 El último Código de nuestras leyes, se llama la *Recopilacion*, porque en él se han

recopilado ó recogido varias antiguas, que divagaban ó no estaban insertas en los Códigos anteriores, otras que estaban en ellos, ó enteras ó corregidas en alguna parte, segun así lo quiso Felipe II. su autor, acomodándolas á lo que pedia el estado, que entónces tenían las cosas. Consta de 9. libros divididos en títulos, y estos en leyes. Para ordenarlo fué nombrado el Doctor Pedro Lopez de Alcocer, Abogado de Valladolid, y por su muerte el Doctor Escudero, del Real Consejo y Cámara, y fallecido este el Licenciado Pedro Lopez de Arrieta, del mismo Consejo, que aunque trabajó mucho, como sus antecesores, murió tambien ántes de poder concluir la obra, que despues de sus dias perfeccionó el Licenciado Bartolomé de Atienza, del propio Consejo, que concluída presentó al mismo Felipe II. que aprobó el Código, mandándolo imprimir y observar, como se lee en su *Pragmática de 14. de Marzo de 1567.* que se halla á la frente de dicho Código, que ha sido reimpreso muchas veces, añadiendo las leyes que posteriormente se han establecido. De esta Recopilacion se considera parte una coleccion de Autos-Acor-

dados por el Consejo, y aprobados por el Rey, en que se sigue el mismo orden de libros, y suele ir impresa en un tomo separado.

9 En esta Recopilacion se hallan tambien esparcidas, segun lo ha exigido la materia de que tratan, las famosas 83. *leyes de Toro*, que ha ilustrado Antonio Gomez, con comentario muy largo y docto. Se compusieron y ordenaron baxo los auspicios de Don Fernando y Doña Isabel en las Cortes de Toledo, celebradas en el año 1502. y se llaman sin embargo de *Toro*; porque no habiendo podido publicarse en las referidas Cortes, primero por la ausencia de Don Fernando, y despues por la muerte de Doña Isabel, se logró finalmente su publicacion en las Cortes que el año 1505. se celebraron en la Ciudad de Toro, para jurar por Reyna á Doña Juana, y nombrar por Gobernador á Don Fernando su padre; y esta es la causa de atribuirse en la Recopilacion estas leyes á Don Fernando y Doña Juana, esto es, al primero como Gobernador y Administrador, y á la segunda como Reyna de Castilla: segun todo consta en la pragmática con-

firmatoria de las mismas leyes, que pueden verse en sus comentadores Fernan Gomez Arias y Juan Guillem de Cervantes.

10 Omitimos hacer mencion de los innumerables Fueros particulares, que concedieron varios Reyes á diferentes Ciudades y Villas con sus territorios, por considerar, que para la historia del derecho general de España, que escribimos, traeria mas confusion que utilidad. De muchos de ellos hablan Aso y de Manuel en la instruccion, que pusieron á la frente de sus Instituciones.

11 La misma necesidad que obligó á Justiniano, despues de haber ordenado el Cuerpo del derecho Romano, á establecer nuevas leyes, á que llamó *Novelas*, ha precisado y precisará siempre á nuestros Reyes á hacer lo mismo; porque la naturaleza en todo tiempo fértil en producir nuevos casos y necesidades, no puede dexar de exigir nuevas constituciones, que nos sirvan de luz y remedio en este particular, las quales por mas modernas corrigen las leyes mas antiguas en quanto les son contrarias.

12 La citada l. 3. tit. 1. lib. 2. de la

Recopilacion nos pone el orden, que debemos seguir en la observancia de nuestras leyes, diciendo que primero hemos de seguir las leyes de la *Recopilacion*, y las que se han establecido despues de ellas, con la advertencia, que las mas antiguas ceden á las mas recientes, que les son contrarias (1): y en segundo lugar las del *Fuero Real*, y *Fueros Municipales*: y últimamente las de las siete *Partidas*. Y advierte la misma ley, que las de los Fueros tan solamente se deben guardar en quanto esten en uso: cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros Municipales*, pero no en las del *Fuero Real*, como prueba Don Julian Hilarion Pastor en su *Disertacion histórico-legal sobre sucesiones de Monasterios*, disc. 4. n. 153. y siguientes, y lo convence la *cédula de 15 de Julio de 1788*. que copia Febrero en su *Librería de Escribanos* tomo 3. cap. 14. §. 3. n. 36. Y manda tambien d. l. 3. que deben ser guardadas las leyes de la *Recopilacion* y *Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se

(1) L. 8. de legib.

observaba al tiempo de la publicación de d. 1. 3. pero no de las legítimas costumbres que se han introducido despues, como lo explica Mesa en su *d. Arte lib. 2. cap. 1. n. 31. y 32.*

13 Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el derecho constituído que el constituyente. Quien la quiera mas extensa podrá verla en Frankenau, Mesa, Aso y de Manuel, y otros varios: = *En la Biblioteca economico politica del Señor Sempere. E.*

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO I. TITULO I.

DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO.

Tit. 1. y 2: P. 1. y Tit. 1. P. 3. (1).

1. *Qué cosa sea justicia.*
2. *Varias significaciones de la palabra derecho, y sus preceptos.*
3. 4. 5. y 6. *Division del derecho en natural, de gentes, y civil.*
7. 8. y 9. *De la ley general, y de los privilegios.*
10. 11. y 12. *De la costumbre.*

1 **J**usticia, segun la ley 1. título 1. Partida 3. es: *Raxgada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da e comparte a cada uno su derecho igualmente.* Esta definicion está tomada de la que puso el Emperador Justiniano (2), á la qual es conforme. Por ella se vé, que el objeto de la justicia es el dere-

(1) Tit. 1. lib. 1. Inst. (2) Princ. Inst. de just. et jur.

observaba al tiempo de la publicación de d. 1. 3. pero no de las legítimas costumbres que se han introducido despues, como lo explica Mesa en su *d. Arte lib. 2. cap. 1. n. 31. y 32.*

13 Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el derecho constituido que el constituyente. Quien la quiera mas extensa podrá verla en Frankenau, Mesa, Aso y de Manuel, y otros varios: = *En la Biblioteca economico politica del Señor Sempere. E.*

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO I. TITULO I.

DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO.

Tit. 1. y 2: P. 1. y Tit. 1. P. 3. (1).

1. *Qué cosa sea justicia.*
2. *Varias significaciones de la palabra derecho, y sus preceptos.*
3. 4. 5. y 6. *Division del derecho en natural, de gentes, y civil.*
7. 8. y 9. *De la ley general, y de los privilegios.*
10. 11. y 12. *De la costumbre.*

1 **J**usticia, segun la ley 1. título 1. Partida 3. es: *Raxgada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da e comparte a cada uno su derecho igualmente.* Esta definicion está tomada de la que puso el Emperador Justiniano (2), á la qual es conforme. Por ella se vé, que el objeto de la justicia es el dere-

(1) Tit. 1. lib. 1. Inst. (2) Princ. Inst. de just. et jur.

cho de cada uno, y el fin, que á qualquiera se le dé el suyo. Esta definicion lo es de la justicia, en quanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo que es suyo; de suerte que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazcan ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia, en que me da lo que es mio un Juez inclinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividen los Autores la justicia en distributiva y conmutativa. Esta es la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato, ú otra causa legítima obligatoria. Distributiva la que distribuye y da premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó delitos de cada uno. Esta exerce Dios con nosotros, quando morimos.

2 La palabra *derecho*, se puede tomar de varias maneras: ó por lo mismo que ley ó precepto, como quando decimos, así lo manda el derecho natural, de gentes, civil, canónico: ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, y en este sentido se to-

DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO. 3.
ma en la definicion que acabamos de dar. En la primera significacion se uniforma con la voz *justicia*, y segun ella dice la ley 3. tit. 1. P. 3. *Los mandamientos de la Justicia e del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en si. El segundo, que non faga mal, nin daño a otro. El tercero, que dé su derecho á cada uno (1).*

3 En dicha primera significacion se divide el derecho de varios modos. Primero, en natural, de gentes y civil, l. 2. tit. 1. P. 1. (2). En esta division tomada laramente baxo del nombre *civil*, se entiende tambien el canónico, que han establecido los hombres; pero aquí solo hablamos del civil en especie. *La misma ley 2.* dice ser el derecho natural: *El que han en sí los omes naturalmente, e aun las otras animalias, que han sentido: y en seguida pone por exemplo el ayuntarse el macho con la hembra, y la crianza de los hijos por los padres, siguiendo en un todo á Justiniano (3).* Pero advertimos, como los Intérpretes del derecho romano, no deber entenderse esto con propiedad; porque los brutos por in-

(1) §. 3. *Inst. lib. 1. tit. 1.* (2) §. 3. *eod. in fine.* (3) *Princ. Inst. lib. 1. tit. 2.*

capaces de razon, lo son tambien de derecho. Y esto mismo reconoce Gregorio Lopez en la *glosa 1. de dicha ley 2.* cuando trae otra definicion del derecho natural segun la racionalidad, diciendo ser: *Una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno, y evitar lo malo.*

4. Dice tambien *dicha ley 2.* ser el derecho de gentes: *Un derecho comunal de todos las gentes, el qual comiene a los omes, e non a las otras animalias.* No hallamos expresá en nuestro derecho la subdivision del derecho de gentes en primario y secundario, que indicó claramente el Emperador Justiniano (1), y hacen los intérpretes del derecho romano, diciendo ser primario el que dimana de sola la razon que Dios estampó en nuestras mentes, sin necesidad alguna de raciocinio ni reflexion, como es dar culto á Dios, reverenciar á los padres, &c. y á este quiso referirse Gregorio Lopez en su citada definicion del derecho natural; porque hablando con propiedad, este y no otro es el derecho natural. No reconocemos pues diferencia entre el derecho natural y el de gentes primario.

(1) §§. 1. et 2. *Inst. lib. 1. tit. 2.*

5. El derecho de gentes secundario, dicen los Doctores ser aquel, que dimana tambien de la razon natural, pero auxiliada de reflexiones y argumentos, que han hecho conocer al hombre su utilidad y necesidad; y á él deben su origen casi todos los contratos, y la division de los dominios, &c. Y á este derecho, por dimanante de la razon natural, que ha precisado á los hombres á introducirlo, se le da tambien algunas veces el nombre de natural, *l. 31. tit. 18. P. 3.* y en su *glos. 1.* Gregor. Lop. (1). Y se entiende siempre que se dice simplemente derecho de gentes.

6. El derecho civil finalmente es el que han establecido los hombres por su mera voluntad, que siempre deben dirigirla á lo justo, y conforme á la voluntad de Dios; y con este respecto dicen la *ley 4. tit. 1. P. 1.* y la *ley 1. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* que los mandamientos de la ley deben ser leales e cumplidos segun Dios e segun justicia. En nuestra España solo el Rey puede hacer leyes, *l. 12. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 1. P. 2. l. 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop. y*

(1) §. 11. *Inst. lib. 2. tit. 1.*

6. LIBRO I. TITULO I.

solo él ó la antigua costumbre pueden declarar ó interpretar las que apareciesen dudosas, *l. 14. d. tit. 1. P. 1. l. 4. tit. 33. P. 7.*

7 El derecho se divide en segundo lugar, ó por decirlo mejor, el derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito, *l. 4. tit. 1. P. 1.* junta con la *4. tit. 2. P. 1. (1)*. Entendemos por escrito el expresamente establecido, que con un solo nombre llamamos *ley*. y por no escrito la costumbre legitima. La ley, segun Ciceron en el *lib. 1. de legib. cap. 6.* se dice así á legendo, en quanto esta voz latina significa escoger, porque ella escoge mandando lo honesto, y prohibiendo lo contrario: pero Varron y otros juzgan se deriva de la voz leer, por quanto se leía al Pueblo, para que la supiese. Y añade el mismo Ciceron, que frecuentísimamente se llama ley la que por escrito manda lo que quiere. Al tenor de la doctrina de Ciceron se acomodó enteramente la *ley 4. d. tit. 1. P. 1.* en que la ley se define así: *Leyenda en que yace enseñamiento e castigo, e escrito, que liga e apremia la vida del hombre que no faga mal,*

(1) §. 3. *Inst. lib. 1. tit. 2.*

DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO. 7.

e muestra e enseña el bien, que el hombre debe facer e usar. Gregorio Lopez en la *glosa 1. de esta ley*, inclina á que segun esta definición, pertenece á la sustancia de la ley el estar escrita, refiriendo la opinion contraria de los autores, en quanto al derecho romano. Dicen las leyes respecto á solos los negocios futuros ó venideros, *l. 15. tit. 14. P. 3. (1)*, sino es que se refieran expresamente á los ya pasados, como sucede en la *6. y la 15. tit. 15. lib. 5. de la Recop. y otras (2)*. Se constituyen sobre cosas que suceden á menudo (3), y las que acontecen raras veces se gobiernan por las establecidas en casos semejantes, *regla 36. P. 7.* Saber las leyes no consiste solo en aprenderlas de memoria, sino en entender su verdadero sentido, *l. 13. tit. 1. P. 1. (4)*. El efecto de la ley, dice la *1. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* es mandar, vedar, punir y castigar; pero parece claro que donde se lee punir, debe leerse permitir (5).

(1) *L. 7. C. de legib. (2) d. 1. 7.*

(3) *L. 3. cum aliquot seqq. de legib.*

(4) *L. 17. eod. (5) d. 1. 7.*

8 La ley por lo regular obra generalmente en todos los súbditos del Legislador, obligándoles á su observancia, *l. 16. tit. 1. P. 1.* Digo por lo regular, porque hay algunas leyes especiales, que solo dicen respecto á personas ó cuerpos particulares: las cuales se llaman *privilegios*, y tienen la misma fuerza para obligar, que las leyes generales, *l. 28. tit. 18. P. 3.* Se dividen los privilegios en reales y personales. Estos se acaban con la persona, á quien se concedieron, sin pasar á sus herederos, sino es que se dixere otra cosa en su concesion, *regla 27. Part. 7. (1)*. Y los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á ciertas Iglesias, Ciudades ú otros lugares, Gregor. Lop. en la *glos. 1. de d. reg. 27.* y en la *glos. 3. l. 9. tit. 7. P. 5.*

9 Aunque los privilegios tienen fuerza de obligar, como hemos dicho, hay algunos que las mismas leyes mandan que no se cumplan, como son los que se concedieren contra la pública utilidad, ó contra el derecho de gentes en perjuicio de tercero, *l. 30. y siguientes, tit. 18. P. 3. auto-*

(1) *L. 68. l. 196. de div. reg. jur.*

acordado 70. tit. 4. lib. 2. de la Recop. La razon es, porque semejantes privilegios ó cartas se entienden y dicen obrepticios ó subrepticios, esto es, concedidos al abrigo de expresa mentira, ó de haberse ocultado la verdad; y entónces la voluntad del Rey es que no valgan, *l. 36. d. tit. 18. P. 3. (1)*; y á este fin quiere se le represente siempre que ocurra caso de esta naturaleza, *d. auto-acordado 70.* Pero sí que vale la concesion de moratoria, por la que se les alarga á los deudores el plazo de las deudas, que deben satisfacer, con tal que den fiador de que las pagarán en el término señalado en la moratoria, *l. 33. d. tit. 18. P. 3. (2)*, cuyos fiadores deben ser á satisfaccion de los acreedores, *auto acord. 79. tit. 4. lib. 2.*

10 Costumbre es: Derecho o fuero que non es escripto: el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas en las sobre que lo usáron, como se dice en la ley razones, *4. tit. 2. P. 1.* Para que se entienda

(1) *L. 7. C. de div. rescript. l. pen. et l. ult. C. si cont. jus v. ult.* (2) *L. 2. l. 4. de precib. Imper. offer.*
Tom. I. 5

legitimamente introducida requiere la *ley 5. del mismo titulo*, el uso del pueblo ó mayor parte de él, por 10. ó 20. años, sabiéndola el Señor de la tierra, e no lo contradiciendo, e teniéndolo por bien. Y añade, que debe ser tenida e guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejaramente dos juicios por ella. Pero Gregorio Lopez en la *glosa 4. de esta ley* dice absolutamente, que bastan 10. años, dando la sólida razon, que por estar el pueblo siempre presente, no se debe cuidar de los 20. años, que se dan en la prescripcion contra los ausentes: de suerte, que segun este insigne autor, se puso incautamente lo de 20. al parecer, siguiendo inadvertidamente la constante doctrina ordinaria de las prescripciones.

11 El mismo en las *glosas 7. y 8.* examina latamente lo que dice la ley en cuanto á requerir dos juicios ó sentencias, y resuelve ser solamente necesarias, cuando se requiere probar la costumbre por actos judiciales: de manera, que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. Y el computar el número de los actos necesarios, lo remite al arbitrio de Jueces,

expresando circunstancias para regularlo. Nos parecen muy sólidas y juiciosas estas tres glosas.

12 La costumbre legítima tiene fuerza de ley, y de consiguiente tiene sus efectos, no solo cuando no hay ley en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa, que debe observarse segun la interpretó la costumbre, *l. 6. tit. 2. P. 1. (1)*. Y de ahí viene decirse, que hay costumbre fuera de la ley, contra la ley, y segun la ley. Pero debe advertirse, que se ha de introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorío, esto es, contra la suprema jurisdiccion del Rey, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra ó lugar do se hace: pues de otra suerte no sería buena costumbre, mas dañamiento de los que la usaren, e de toda justicia, *l. 5. tit. 2. P. 1. ó*, segun solemos decir, corruptela.

13 Sentados estos prelliminares, y adoptando la division de los objetos del derecho

(1) *L. 37. l. 38. de legib.*

en personas, cosas, y acciones que hizo Justiniano en sus Instituciones, y metodo en tratar de cada uno de ellos, empezamos por el primero, en el título siguiente.

INDIAS. Las costumbres de los Indios, despues que se han echo Cristianos, deben tenerse como leyes del derecho no escrito, con tal que no sean contrarias á la Religion y á nuestras leyes escritas. *l. 4. tit. 1. lib. 2. Recop. Ind.*

En el Derecho escrito deben contarse las leyes de la Recopilacion de Indias, las que se han de guardar, cumplir, y executar, en la forma que se establece en la que se halla en el principio de dicha Recopilacion. Deben tambien observarse del mismo modo, y con el mismo valor, las ordenanzas, y leyes municipales de cada Ciudad, y las que se hayan echo para el bien de los Indios, por los Señores Vireyes, ó Audiencias Reales, con tal que no sean contrarias en alguna manera á nuestra Recopilacion, en cuya institucion debe suponerse la consulta al Consejo de Indias, á fin de que las apuesse *l. 1. tit. 1. lib. 2. Rec. Ind.*

En todo lo que no estuviere decidido en nuestra Recopilacion, ó por Cédulas,

Providencias, ú Ordenanzas dadas á estos Reynos, deben observarse las leyes de Castilla conforme á la de Toro, asi en quanto á la substancia, resolucion, y decision de los casos, negocios y pleytos, como á la forma y orden de sustanciar. *l. 2. ibi.* Las leyes que fueren en favor de los Indios deben observarse en todo, sin embargo de apelacion ó suplicacion. *ll. 5. y 6. ibi.*

Ninguna Real Cédula, Despacho, ó Pragmática debe observarse en este Reyno sin que haya pasado por la aprobacion del Consejo de Indias, que mande se observe en nuestras Provincias *ll. 39. y 40. ibi.* y toda Real Cédula así autorizada, debe executarse sin embargo de suplicacion; á no ser que se represente un daño irreparable ó escandaloso, *l. 23. ibi.* Los Bandos ú Ordenanzas echos ó confirmados por los Señores Vireyes deben executarse sin embargo de apelacion, pues en este caso, debe determinarse en revista por las Audiencias en orden á lo que se deba hacer, *l. 33. ibi.* Vease todo el título.

TITULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES,

Y DERECHO QUE EN SU RAZON
CORRESPONDE (1).

Titulos 21. 22. y 23. Partida 4.

1. *Qué cosa sea estado de los hombres, y su division.*
2. 3. y 4. *Varias divisiones de los hombres, segun el estado natural.*
5. 6. 7. 8. 9. 10. y 11. *Division de los hombres, segun el estado civil en libres y siervos; y qué sea servidumbre, y qué libertad.*
12. 13. y 14. *Division de hombres libres en nobles y plebeyos; y de los privilegios de los nobles.*
15. 16. 17. y 18. *Division de los hombres en Eclesiásticos y seculares.*
19. *Division de los hombres en vecinos y no vecinos.*

Estado de los hombres no es otra cosa que: *Condicion o manera,*

(1) *Tit. 3. lib. 1. Inst.*

en que los ómes viven o están, l. 1. tit. 23. P. 4. Esta condicion viene, ó de la misma naturaleza, ó de la voluntad de los hombres, y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil.

2 Segun el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer, ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos, quando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, *l. 3. tit. 23. P. 4. (1)* con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos, se reputan no nacidos, *l. 8. tit. 33. P. 7. (2)*. Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo, en cuanto á los efectos del derecho, requiere la *ley 2. tit. 8. lib. 5. de la Recop.* que nazca todo vivo, y haya vivido 24. horas, y sido bautizado; y ademas nacido en tiempo en que pueda naturalmente vivir: cuyo tiempo explica la *ley 4. tit. 23. P. 4.* Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó pies, son contados por hombres, *l. 5. tit. 23. P. 4. (3)*. Pero

(1) *L. 7. de stat. hom. (2) L. 129. de verb sign. (3) L. 14. de stat. hom.*

no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviese cabeza, ú otros miembros de bestia, l. 5. l. 8. (1).

3 En segundo lugar hay tambien diferencia, segun el estado natural de los hombres entre varones y hembras: las cuales tambien se entienden baxo la palabra *hombre*, á excepcion de aquellos asuntos ó negocios, en que las leyes las excluyen, l. 6. tit. 33. P. 7. (2). Aunque por lo comun y en caso de duda tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo, por quanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y por lo regular los varones exceden en prudencia y constancia de ánimo á las hembras, y estas tienen la naturaleza mas flaca, hay un axioma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en quanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicim.* De háí viene, que solo los hombres son capaces de los officios públicos, argumento de l. 4. tit. 4. P. 3. (3), y que á las hembras no les da-

(1) D. l. 14. (2) L. 125. de verb. signifit. (3) L. 2. de div. reg. jur.

ña el no saber las leyes, l. 31. tit. 14. P. 5. (1), y otras diferencias, que se observan en el derecho entre varones y hembras, y se notarán en los lugares oportunos.

4 Tambien se diferencian los hombres segun este estado por razon de la edad, en que unos son mayores de 25. años, y otros menores, y entre ellos hay la notabilísima diferencia de competir á estos, quando recibieren perjuicio, la restitucion *in integrum*, de la que hablaremos en su lugar, y no á aquellos. De los menores los que han cumplido 14. años, se llama *púberes*, y los otros *impúberes*. En las leyes romanas son muy frequentes estos nombres, como tambien, que las hembras se hacen *púberes* al cumplir los 12. años, y los varones quando cumplen los 14. En las nuestras no se encuentran semejantes expresiones: pero si establecidos los mismos efectos de esta diversidad, que sentaron las romanas, como son, que las hembras en dicha edad de 12. años, y los varones en la de 14. y no ántes, se pueden casar, l. 6. tit. 1. P. 4: salen de la tutela, l. 21. tit.

(1) L. 9. de jur. et fact. ignor.
Tom. I. 6

16. P. 6. (1), y pueden hacer testamento, l. 13. tit. 1. P. 6. (2). Los que no han cumplido 7. años se llaman infantes, l. 1. tit. 7. P. 2. l. 4. tit. 16. P. 4. (3); y las leyes de los Romanos, haciendo uso de los nombres, infancia y pubertad, llaman *infantia proxima* á los que están mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proxima*. Y en esto sucede lo mismo que acabamos de decir de los púberes é impúberes, es decir, que aunque no se hallen estas expresiones en nuestras leyes, sino con relacion á las romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, qual es entre otros, que los próximos á la pubertad, esto es, segun la expresion de nuestras leyes, los que han cumplido 10. años y medio, se reputan capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos, y no los próximos á la infancia, l. 9. tit. 1. l. 17. tit. 14. P. 7. y otras (4).

(1) Princ. Inst. quib. mod. rat. fin.

(2) L. 5. qui test. fac. pos. (3) L. 14. de sponsal. (4) §. 18. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.

5 Segun el estado civil se dividen los hombres en libres, siervos ó esclavos, y aforrados: así lo dice el principio del titulo 23. P. 4. añadiendo ser aforrados, los que en latin llaman libertos. En los mismos términos se explicó Justiniano en el princ. de sus Inst. lib. 1. tit. 5. Pero debemos advertir, que para la mayor claridad de esta division trimembre, se pueden partir en dos bímembres, diciendo que los hombres, unos son libres, y otros siervos ó esclavos; y los libres, unos que no han sido siervos, y otros que lo han sido. Las leyes romanas llaman á los primeros *ingenuos* (1), y á los segundos *libertinos* ó *libertos* (2): pero las nuestras no tienen nombre especial para significar aquellos, y á estos les apellidan *aforrados* ó *forros*, y al manumitir de los romanos, *aforrar*, l. 11. tit. 22. P. 4. y otras. Sea pues esta la primera subdivision de los hombres libres.

6 Servidumbre, de la que toman nombre los siervos, es: *Postura*, e establecimiento, que hicieron antiguamente las gentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se

(1) Princ. Inst. de ingen. (2) Princ. Inst. de libert.

*faciunt siervos: e se meten a señorio de otro con-
trazion de natura, segun la ley 1. tit. 21.
P. 4. (1), la qual expresa tambien ser de
tres maneras los siervos. La I. los que co-
gen en la guerra, siendo enemigos de la
fé. La II. los que nacen de las siervas.
La III. quando un hombre, siendo mayor
de 20. años se dexa vender (2). Y si bien
es verdad que en el dia son ya rarísimos
en España los siervos, y que se acabarán
 presto del todo, si dura la paz que tene-
mos con los Mahometanos; con todo nos
ha parecido notar ligeramente lo que de
ellos establecen nuestras leyes.*

7 Aunque los que nacen de ambas pa-
dres libres, siguen la condicion del padre
en quanto á los honores y fueros del si-
glo; con todo, quando uno de los dos no
lo es, siguen la de la madre en quanto á
la libertad ó servidumbre. Los hijos pues
de la madre libre, lo serán tambien, aun-
que el padre sea siervo. Y basta para es-
to, que lo sea ó al tiempo de parir, ó que
lo hubiese sido algun instante, mientras

(1) §. 2. *Inst. de jur. person.* (2) §.
4. *de jur. person.*

llevese al hijo en el vientre, *l. 2. tit. 21.
P. 4. (1).*

8 Los amos ó señores pueden hacer de
sus siervos lo que quisieren. Pero con to-
do esto, no los deben matar, ni lastimar:
porque sin mandamiento del Juez no los
deben herir de manera que sea contra la
razón natural. Y los siervos que fuesen así
maltratados, pueden quejarse al Juez, que
debe exâminar si es verdad, y siendolo
vender los siervos, y dar el precio á su se-
ñor, sin que puedan jamas volver á su do-
minio, *l. 6. d. tit. 21. (2).* Mas quanto ad-
quiere ó gana el siervo es para su señor,
l. 7. d. tit. 21. (3).

9 Judío, ni moro, ni herege, ni otro
ninguno, que no sea de nuestra ley, no
puede haber Cristiano ninguno por sier-
vo. Y si qualquier de estos tuviese siervo
que no fuese de nuestra ley, si aquel sier-
vo se tornare Cristiano, se hace libre por
ello, luego que se hace bautizar, y recibe
nuestra fé, sin que recobre derecho en el

(1) *Princ. Inst. de ingen.* (2) §. 2.
Inst. de his qui sui v. al. jur. sunt.

(3) §. 3. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.*

su antiguo señor, aun en el caso que él tambien se tornase Cristiano, l. 8. tit. 21. P. 4.

10 El título 22. de la P. 4. trata de la libertad, y su ley 1. dice. que es: *Poderio que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza o derecho de ley o de fuero non gelo embargue* (1). De los que siempre lo han tenido llamados por los Romanos ingenuos, como diximos, unos estan baxo la patria potestad, otros en tutela o curaduría, y otros del todo independientes de algun otro, de todos los cuales luego trataremos, despues de haber hablado de los aforrados, que antes fueron siervos, y de otras divisiones de los hombres libres. Aforrar, á lo que llaman *manumittere* las leyes romanas, es: *Dar libertad á los siervos*. Lo puede hacer su señor en la Iglesia, ó delante del Juez, ó en otra parte, ó en testamento, ó sin testamento, ó por carta, l. 1. d. tit. 22. (2).

11 Hay tambien varios casos, en que los siervos se hacen forros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó por alguna ac-

(1) §. 1. *Insr. de jur. pers.* (2) §. 1. *Insr. de libertin.*

cion gloriosa que hicieron (1), o en castigo de maldad de sus amos. Se refieren en las leyes 2. 3. 4. 5. y 6. del mismo tit. 22. No los expresamos aquí, por considerar ser poco menos que imposible, que sucedan en España. En la 7. se establece, que aquel siervo, que con buena fé se trata como libre por 10. años en el lugar donde more el señor, ó 20. en otro, o sin buena fé por 30. sea libre. Y en las cuatro siguientes y últimas del título se trata de los derechos, que el señor que aforró, llamado en las Leyes de los Romanos *patronus*, tiene en la persona y bienes del aforrado.

12 La segunda subdivision de los hombres libres es en nobles y plebeyos. En ella tomamos lata y generalmente la palabra *Nobles*, para que comprehenda á los Nobles en especie, Caballeros ó Hidalgos, sin entretenernos en explicar con separacion estos tres géneros de nobleza y sus diferencias, por ser de poco momento, y estar en el día casi enteramente confundido.

(1) *Tit. C. pro quib. caus. sero. pro pram. liber. acq.*

24. das. Quien quisiere, las puede ver en Garcia, Ojalora y otros que han escrito ex profeso de este asunto. Solo pues diremos, que la nobleza tomada así generalmente, es: *Calidad de distinción, que por razon de su estado eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres.* Unos la tienen de inmemorial, sin que se sepa como y quando la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, l. 2. tit. 21. P. 2. *al fin.* Otros porque han justificado posesion de 20. años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa ley de Córdoba, que es la 8. tit. 11. lib. 2. de la Recop. Y otros por declaracion ó privilegio que el Rey les ha otorgado.

13. Los privilegios y esenciones, que gozan los nobles á diferencia de los plebeyos, son varios. Los principales se reducen á quatro. I. Franqueza de los pechos ó tributos plebeyos, l. 7. d. tit. 11. aun con respecto á los bienes que compran de pecheros, l. 14. tit. 14. lib. 6. de la Recop. Pero sí deben pagar y contribuir en el reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, l. 19. d. tit. 14. Y de la misma esencion gozan tambien las viudas de los

Nobles mientras lo fueren, ó no estuvieren casadas despues con un pechero; y lo mismo las nobles viudas de pecheros. l. 9. d. tit. 11. (1); de suerte que al paso que las viudas, mientras lo son, conservan la condicion de nobleza, y prerogativas de sus difuntos maridos, recobran su nativa nobleza, que perdieron por haberse casado con plebeyo. Con efecto siempre hemos visto, que las de los maestros boticarios, y de otra profesion han exercido por médo de criados peritos la facultad ú officio de sus maridos: cuya costumbre se halla aprobada en los estatutos de diferentes officios. Pero nuevamente por cédula de 19. de Mayo de 1790. ha declarado y mandado el Rey, que puedan mantenerse en el exercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mugeres, que muerto su primer marido, que como maestro las gobernaba, se casaren con otro que no lo fuere, derogando todos los estatutos contrarios. Y la gozan asimismo los Graduados de Doctor, Maestro ó Licenciado en las Universidades de Salaman-

(1) L. 8. de senator.

ca y Valladolid, y Colegiales Graduados en el Colegio de la Universidad de Bolo-
 na, l. 8. tit. 7. lib. 1. de la Recop. lo que
 se extendió á los Doctores, Maestros y Li-
 cenciados en Teología, Cánones y Medi-
 cina de la Universidad de Alcalá de Henar-
 tes, l. 9. d. tit. 7. II. No pueden ser en-
 carcelados por deudas que deban, salvo si
 no fueren arrendadores, ó cogedores de
 pechos Reales, l. 4. l. 14. tit. 2. lib. 6. de
 de la Recop. Ni pueden ser prendadas por
 deudas las casas de su morada, ni los ca-
 ballos, ni las mulas, ni las armas de su
 cuerpo, sin que puedan renunciar estas
 preeminencias, baxo la pena de diez mil
 maravedis contra el Escribano, que en sus
 obligaciones pusiere estas nulas renunci-
 as, l. 13. d. l. 14. tit. 2. lib. 6. de la Recop.
 Este privilegio no tiene lugar si la deuda
 viniere de delito ó quasi delito, porque
 entónces pueden ser encarcelados, l. 6. d.
 tit. 2. bien que deberán estar presos en cár-
 cel apartada de la que tienen los peche-
 ros, l. 11. d. tit. 2. III. Ni pueden ser
 puestos á tormento, l. 2. tit. 30. P. 7. l.
 4. l. 13. tit. 2. lib. 6. de la Recop. IV.
 No se les puede condenar á que se desdi-

gan de haber injuriado á otro: pero han
 de sufrir en su lugar otras penas, l. 2. tit.
 10. lib. 3. de la Recop. como veremos en
 el lib. 2. tit. 20. n. 16.

14 Plebeyos ó pecheros son todos los
 que no son Nobles, y suelen decirse del
 estado llano. No gozan de los privilegios
 que acabamos de referir: pero por lo mu-
 cho que trabajan, y lo fuertes y robustos que
 les hace el trabajo, son el nervio del Es-
 tado.

15 La tercera subdivision de hombres
 libres es en Eclesiásticos ó Clerigos, y Le-
 gos, l. 2. tit. 23. P. 4. Y de los primeros
 unos son Regulares ó Religiosos, y otros
 Seculares. Regulares dice la ley l. tit. 7.
 P. 1. son: *Aquellos que dexan todas las cosas
 del siglo, e toman alguna regla de religion pa-
 ra servir a Dios, prometiéndola de guardar.*
 Seculares por lo contrario son: *Los que no
 han profesado religion alguna de las aprobadas,
 y son llamados por lo comun simplemente
 Clerigos.* Y adviértase, que tambien y con
 frecuencia por esta voz *Seglar* ó *Secular* se
 significa al Lego, ó no Eclesiástico.

16 Dexamos para los Canonistas el
 tratar de los diferentes grados de Eclesiás-

uticos que constituyen su gerarquía, y de sus prerogativas y privilegios espirituales ó canónicos; contentándonos con referir los que dicen respecto al gobierno civil en la manera siguiente. I. Son francos ellos, y las Iglesias, Monasterios y Prelados de pagar el derecho de alcavala, por razon de las ventas de sus bienes ó trueques por lo que á ellos toca, *l. 6. tit. 18. lib. 9. de la Recop.* mas no en lo que vendieren por via de mercadería, trato y negociacion, *l. 7. d. tit. 18.* Pero no alcanza esta esencion de alcavala ú otros pechos á los Clérigos de menores Ordenes, sino es que tuvieren beneficio eclesiástico, *l. 2. tit. 4. lib. 7. de la Recop.* los cuales, segun esta misma ley, han de ser habidos por legos, á excepcion del privilegio del Fuero que gozan aquellos que tienen las circunstancias, que exigió el Concilio de Trento, adoptadas en la *ley 1. de d. tit. 4.*

17 II. Son esentos de las cargas personales, *l. 51. tit. 6. P. 1.* que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construccion ó reparacion de muros de Ciudades ó Villas, ó llevar para ello cal ó arena; y exíme tambien á sus criados, que moran

en sus casas. Pero en atencion á que en esta ley se dice estar esentos de hacerlo por sí mismos, juzga Greg. Lop. en su *glos. 5.* que deberán contribuir en dinero, puesto que la *l. 54. del mismo titulo* expresa estar tenidos á la construccion y reparo de puentes y caminos: bien que á esto no les pueda apremiar el Juez lego, sino el eclesiástico. Y la *ley 11. tit. 3. lib. 1. de la Recop.* dice en términos generales, que deben contribuir y ayudar, faltando bienes del Concejo, en los pechos, que son para bien comun de todos, poniendo por exemplo el de muro, calzada, carrera, fuente ó puente, y la siguiente 12. pone otro exemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el Clérigo no quisiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas, que les son útiles, dice Azevedo en dichas *leyes 11. y 12.* citando á otros, que puede el Juez lego exigirlo ó cobrarlo de los frutos de los mismos bienes, apoyándolo con una decision de la Chancillería de Valladolid, y otra de la de Granada. En caso de necesidad cesan las esenciones, como lo prueba

el mismo Azev. en el *coment. de dd. II.* que es muy digno de leerse (1).

18 De las cargas patrimoniales no hallamos ley alguna, que hable expresamente. Pero por quanto *d. l. II. y la 3. del mismo tit. 3.* dicen que están esentos de todo tributo los Clérigos, Iglesias y Monasterios, á excepcion de los expresados en *d. l. II.* que hemos acabado de manifestar; vemos se les considera esentos de todos los demas ordinarios. Y respecto á que esta esencion era muy gravosa para los Legos, se celebró *concordato* entre el Rey y el Sumo Pontifice en el año 1737. en el que se determinó, que los bienes que adquirieren las Iglesias y demas manos muertas Eclesiásticas, desde entónçes en adelante estuviesen sujetos á las mismas cargas, que quando los poseían los Legos, á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los Eclesiásticos particulares conservaron su esencion: la que les dá la *ley 14. tit. 14. lib. 6. de la Recopil.* aun en los que compraren de los pecheros.

(1) *L. 1. C. ut xemin. lic. in empr.*

19 La cuarta subdivision de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. *Vecino*, tomada latamente esta voz, significa al que habita en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del pueblo, y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Azevedo en la *ley 1. tit. 3. lib. 7. de la Recop.* pero si se toma propia y estrechamente, aquel se dice vecino: *Que tiene establecido en algun Lugar su domicilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él.* Este ánimo se presume y reputa probado por el transcurso de 10. años, *l. 2. tit. 24. P. 4. l. 5. tit. 2. lib. 7. de la Recop.* arg. de la *ley 32. tit. 2. P. 3. vers. La setena*, en cuya *glosa 12.* dice Gregor. Lop. que tambien se prueba este ánimo, que constituye domicilio, sin el transcurso de los 10. años, por hechos que lo manifiestan, poniendo por exemplo, si uno vende sus posesiones en el Lugar A, y compra otras en el B, donde transfiere su habitacion. Y mas claramente, si fuere recibido vecino por el comun de algun Lugar, dando fiadores de que permanecerá en él

10. años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales, Azev. en *d. l. 1.* Que estos los deben llevar solamente los vecinos, el mismo nombre lo dice, y de consiguiente, que en estos se diferencian en lo honorífico; porque á ellos solos, y no á estos deben darse los oficios de Concejo de las Ciudades, Villas ó Lugares, así como Regimientos, Escribanías, Mayordomías y Fieldades, con tal que sean naturales de estos Reynos, *l. 5. tit. 2. l. 1. tit. 3. lib. 7. de la Recop.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun Lugar sin ser vecinos de él.

20. La quinta subdivision de hombres libres es en naturales de nuestros Reynos, y extrangeros. Natural, segun la *ley 19. tit. 3. lib. 1. de la Recop.* es: *Aquel que fuere nacido en estos Reynos, y hijo de padres que ambos a dos, o a lo ménos el padre sea asimismo nacido en estos Reynos, ó haya contraído domicilio en ellos, y demas haya vivido por tiempo de 10. años.* Y añade la misma ley, serlo tambien aquel, cuyo padre nació en estos Reynos, y le tuvo fuera de ellos, estando ausente por servicio del Rey, ó su mandato, ó de paso, y sin contraer domi-

cilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos legítimos naturales; pero que en los espúrios han de concurrir en su madre las circunstancias referidas. Extrangero por lo contrario es aquel, á quien falta alguna de dichas circunstancias. Solo los naturales pueden tener en España Beneficios Eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, *l. 18. l. 19. tit. 3. lib. 1. de la Recop.* y Oficios de Alcaldías y Regimientos en las Ciudades, Villas ó Lugares, u oficios ó cargos, que toquen á la gobernacion de ellos, *l. 2. l. 27. tit. 3. lib. 7. de la Recop.* Y adviértase últimamente, que la palabra *naturaleza* no significa siempre en las leyes de las Partidas lo mismo que en la citada *l. 19. tit. 3. lib. 1. de la Recop.* si que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley 2. tit. 24. P. 4.*

INDIAS. Los Romanos conocían cierta especie de servidumbre, que comprendía á los siervos llamados colonos, ó adscripciones, y así eran tratados en la América Septentrional los Indios, que llaman *gaañes*, ó *Navarros*, y en la meridional *jancanas*. Estos contraían la servidumbre por haber nacido en las mismas haciendas de
Tom. I. 8

laborío, á diferencia de los *tiaguehuales*, que teniendo su residencia en los pueblos, se presentaban en cierto tiempo al servicio de las haciendas por lo que se llamaban siervos adventicios, ó conducticios. En orden á los primeros, que sufrían antiguamente la servidumbre, tenemos que se halla abolida absolutamente. Segun el derecho comun, puede el señor vender á los adscripticios, cuando vende el fundo en que han nacido, ó enagenarlos de cualquier manera; pero respecto de los indios, no hay ya este derecho, por haberse declarado tan libres como los Españoles, en cualquier estado que se consideren. *L. 11. tit. 2. lib. 6. R. Ind.* en cuya ley está fundada la Real Cédula de 26 de Mayo de 1609. Prohibiéndose tambien baxo gravísimas penas, el hacer mencion alguna de su servicio, en las convenciones, y escrituras. *d. l. 11.* Tampoco podian los adscripticios ausentarse del fundo de su destino, sin licencia de su señor: lo que tambien está prohibido respecto de los indios, por real Cédula de 10. de octubre de 1618. Tampoco podian ser recibidos á orden sacro, como consta del cap. 10, y 21. dist. 54;

mas por real Cédula de 11 de octubre, de 1766. recopilando otras, es permitido á los indios, el que puedan entrar en religion, ser educados en colegios, y que puedan obtener dignidades, y oficios públicos. Vease al Señor Beleña *lib. 1. tit. 3. §. 2.* y desde la pag. 53. hasta la 56. del 1. foliage, y los acordados 16. y 17. del 3. y al Señor Solorzano en su Política Indiana *lib. 1. cap. 12. y lib. 2. cap. 1.* hasta el 18. donde con bastante extension se trata de los privilegios de los Indios.

En orden á la servidumbre de los negros hay establecido en nuestra legislacion: que todo poseedor de esclavos, de cualquiera clase, y condicion que sea, deberá instruirlos en los principios de la Religion Católica, y en las verdades necesarias para que puedan ser bautizados dentro del año de su residencia en estos dominios. Deben alimentarlos, y vestirlos, así á ellos como á sus mugeres é hijos, ya sean estos de la misma condicion, ó ya libres, hasta que puedan ganar por sí con que mantenerse, que se presume poderlo hacer á los 12. años las mugeres, y á los 14. los varones, y tanto los alimentos, como los ves-

tidos deben darse en la proporcion de cantidad y qualidad que ordenen los justicias del distrito de las haciendas con acuerdo del Ayuntamiento, y Audiencia del Procurador Sindico, en calidad de Protector de esclavos.

Debe cuidarse de que trabajen en la agricultura, y demás labores del campo, y no en oficios de vida sedentaria, cuyas tareas deben graduar asimismo los Justicias &c. Cuando el esclavo llega á la senectud, ó cae en alguna enfermedad deben cuidarse, sin darles la libertad por su incapacidad; á no ser que se les provea de peculio suficiente para que puedan mantenerse á satisfaccion de las Justicias &c.

Los Matrimonios deben fomentarse entre ellos, y no impedir que se contraigan con esclavos de otros dueños, y en este caso la muger debe seguir al marido, comprandola el dueño de este á justa tasacion de Peritos nombrados por las partes.

Se castigarán sus faltas correccionalmente por los excesos que cometan, según la calidad del exceso, con prision, grillete, cadena, maza ó cepo, con tal que no sea poniéndolos en este de cabeza, ó

con azotes que no puedan pasar de 25, y con instrumento suave, que no cause confusion ó efusion de sangre, y para las penas mayores debe participarse á las Justicias.

Y los amos que contravinieren á estas reglas deberán ser castigados con las penas que establece la Real Cédula de 31 de Mayo de 89. que establece tambien dichas doctrinas.

Todo esclavo puede redimirse por sí mismo, con dinero legítimamente adquirido, y el contrato que para esto celebre con el señor, no debe sugetarse á alcabala, y lo mismo se ha de decir del que obtiene la libertad por pura liberalidad de su dueño. Real Cédula de 27 de Octubre de 1790.

De esta última doctrina parece debe inferirse que el esclavo, manumiso ó *aferrado* entre nosotros, no debe comprenderse entre los libertos, que conocian los Romanos, sino que, aun según los mismos principios de estos, deben considerarse como ingenuos, ó mas bien como absolutamente libres, para obtener qualquier empleo civil, porque si la servidumbre es contra la naturaleza como dixo Cujac. 10. obs. 17. tenien-

dose por una mera permission adoptada por el derecho de gentes, con arreglo á las circunstancias, que dieron motivo á la servidumbre; quitando estos motivos debe permanecer íntegra la libertad, especialmente entre nosotros, que en obsequio de la Religión debemos conceder toda especie de privilegios á los que se hacen cristianos. Y aun los romanos solo miraban con desprecio las servidumbres voluntarias de aquellos, que recibían precio por la libertad, cosa tan inestimable, que solo puede perderse por captividad en una guerra justa.

Los graduados de Doctor, Maestro y Licenciado en esta Universidad, gozan la misma nobleza que los de la de Salamanca, por la hermandad que hay entre ambas: y los Bachilleres, tambien los fueros de Caballeros que aquellos gozan, conforme al §. 13. de este título.

TITULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. P. 4. (1).

2. 2. *Qué cosa sea patria potestad, y modos de constituirse.*
3. y 4. *De los peculios de los hijos.*
5. y siguientes: *Modos de salir los hijos de la patria potestad.*

Diximos en el num. 10. del título antecedente subdividirse tambien los hombres libres, en que unos están en la patria potestad, otros en la tutela; otros en curaduría, y otros independientes de todos. Empezamos á tratar de ellos por los primeros. *Patria potestas* en latin, dice la l. 1. tit. 17. P. 4. tanto quiere decir en romance, como: *Poder que han los padres sobre los hijos.* Añade que lo han los padres sobre sus hijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linage, que descenden de ellos por linea recta, que son naci-

(1) Tit. 9. lib. 1. Inst.

dose por una mera permission adoptada por el derecho de gentes, con arreglo á las circunstancias, que dieron motivo á la servidumbre; quitando estos motivos debe permanecer íntegra la libertad, especialmente entre nosotros, que en obsequio de la Religión debemos conceder toda especie de privilegios á los que se hacen cristianos. Y aun los romanos solo miraban con desprecio las servidumbres voluntarias de aquellos, que recibían precio por la libertad, cosa tan inestimable, que solo puede perderse por captividad en una guerra justa.

Los graduados de Doctor, Maestro y Licenciado en esta Universidad, gozan la misma nobleza que los de la de Salamanca, por la hermandad que hay entre ambas: y los Bachilleres, tambien los fueros de Caballeros que aquellos gozan, conforme al §. 13. de este título.

TITULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. P. 4. (1).

2. 2. *Qué cosa sea patria potestad, y modos de constituirse.*
3. y 4. *De los peculios de los hijos.*
5. y siguientes: *Modos de salir los hijos de la patria potestad.*

Diximos en el num. 10. del título antecedente subdividirse tambien los hombres libres, en que unos están en la patria potestad, otros en la tutela; otros en curaduría, y otros independientes de todos. Empezamos á tratar de ellos por los primeros. *Patria potestas* en latin, dice la l. 1. tit. 17. P. 4. tanto quiere decir en romance, como: *Poder que han los padres sobre los hijos.* Añade que lo han los padres sobre sus hijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linage, que descenden de ellos por linea recta, que son naci-

(1) Tit. 9. lib. 1. Inst.

dos del casamiento derecho. Pero se ha de advertir estar derogada *esta ley* en cuanto habla de nietos, é inferiores descendientes por la *l. 8. tit. 1. lib. 5. de la Recop.* que establece sea habido por emancipado en todas cosas para siempre el hijo é hija casado y velado; pues segun ella no estando el tal hijo en el poder de su padre, no pueden estarlo tampoco los que descienden del mismo hijo. Lo literal de *dicha ley* nos hace creer contra Antonio Torres y Martin Galindo ser necesarias las velaciones de las nupcias, para que tengan fuerza de emancipacion.

2 Este poder ó poderío que han los padres sobre los hijos, es solamente sobre los legítimos, *l. 2. tit. 17. P. 4.* y segun la *l. 4. del mismo tit.* se constituye de quatro maneras. I. Por el matrimonio, que manda la Santa Iglesia. II. Si hubiere contienda entre algunos, si eran padre ó hijo, y fuese dado juicio acabado que lo eran. III. Si el hijo emancipado por el padre, hiciese algun yerro contra el padre, que hubiese de volver á su poder. IV. Por adopcion, que quiere decir tanto, como porfijamiento. La II. hablando con rigor,

mas es modo de probar este poder, que de constituirle. No menciona *esta ley* á la legitimacion, sin duda porque la quiso incluir en la I. Y adviértase en la explicacion de la III. que el yerro del hijo contra el padre ha de ser deshonrándolo de palabras, ó de hecho, *l. 19. tit. 18. P. 4.* Pasemos ahora á ver sus efectos, y despues los modos de acabarse.

3 Las leyes antiguas de los Romanos mandaban, que todo el peculio de los hijos retenidos en el poder de su padre, esto es, todos los bienes, que estos hijos tenían y manejaban como suyos, fuesen de sus padres. Pero despues distinguieron varias especies de peculio, estableciendo lo que debia observarse en cada una de ellas, y á este nuevo aspecto se han acomodado las nuestras, y con respecto á ellas decimos, que el peculio, el qual no es otra cosa que: *Pequeño patrimonio que tiene á maneja el hijo, ó el esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó el señor,* es en la persona del hijo de tres especies, profecticio, adventicio y castrense, ó cuasi castrense, *l. 5. tit. 17. P. 4.* Y si quisiéramos dividir el cuasi castrense del castrense, como lo hacen *Tom. I.*

munmente, y es así, aunque son los mismos sus efectos; diremos que son quatro.

4 Peculio profecticio es: *El que ganan los hijos con los bienes de los padres, ó por razon de sus padres, que los tienen en su poder; y es en todo de los mismos padres. Adventicio se llama: El que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre, ó de qualquier otro: ó si hallase tesoro ó alguna otra cosa.* Y de este es la propiedad del hijo, y el usufruto del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida, tanto en juicio, como fuera de él, *d. l. 5. (1)* Y si emancipa al hijo, va á este la mitad del usufruto, y el padre se queda con la otra, si no la remite, *l. 15. tit. 18. P. 4. (2)*. Castrense es: *El que gana el hijo por razon de la guerra, ó como suele decirse, de la milicia armada: y quasi castrense: El que gana por razon de la milicia togada, esto es, por servir á la República de Juez, Abogado, Catedrático, y otros oficios semejantes. Estos dos son enteramente del mismo hijo, que puede*

(1) §. 1. *Inst. lib. 2. tit. 9.* (2) §. 2. *Inst. lib. 2. tit. 9.*

hacer de ellos lo que quisiere, sin teer derecho alguno en ellos los padres, ni otro pariente, *l. 6. y 7. tit. 17. P. 4. (1)*. Y adviértase, que toda donacion que hace el Rey, es peculio quasi castrense del donatario, *d. l. 7. al fin. (2)*.

5 Veamos ahora los modos de acabarse ó desatarse la patria potestad, que son quatro referidos en el *princ. del tit. 18. P. 4.* I. Muerte natural (3). II. Destierro para siempre, al que llamaron en latin *mors civilis* (4). III. Dignidad á que subiere el hijo (5). IV. Emancipacion, quando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él (6). Y á estos quatro añade otro la *ley 6. de d. tit. 18.* diciendo, que por el pecado de incesto pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos. En quanto al I. la *ley 1. de d. tit. 18.* distingue, como las romanas, entre la muerte del padre, y del abuelo, por motivo de que en aquel tiempo los hijos no salian de la potestad

(1) *Princ. Inst. lib. 2. tit. 12. (2) L. 7. C. de bon. quæ liber. (3) Princ. Inst. lib. 1. tit. 12. (4) §. 3. eod. (5) §. 4. eod. (6) §. 6. eod.*

de sus padres, por casarse: pero como en el día salen en virtud de la *ley 8. tit. 1. lib. 5. de la Recop.* como diximos *arriba al n. 1.* no se debe ahora hacer mención, por no ser del caso, de la muerte del abuelo, si solo de la del padre, por la que se acaba siempre la patria potestad. Solo en el caso de no haber sido veladas las nupcias, podría tener lugar la citada distinción de la *ley 1.*

6 Del II. modo pone dos especies la *ley 2. de tit. 18. P. 4.* de las cuales la una, que es la mas pesada, la compara á la servidumbre de la pena de los romanos, y la otra á la que estos decian *deportacion*, que tambien entre ellos eran modos de extinguir la patria potestad (1). Por uno y otro se toman los bienes al desterrado. Pero si á alguno se le destierra á que vaya á vivir á algun lugar para siempre, ó para tiempo cierto, sin quitarle sus bienes, este castigo, al que los romanos llamaban *relegacion*, no extingue la patria potestad, *l. 3. tit. 18. P. 4. (2)*. De los

(1) *§s. 1. et 3. cod. (2) §. 2. d. lib. 1. tit. 12.*

encartados, esto es, los pregonados, de no poder entrar en la Ciudad ó Villa, de que eran moradores, ó en la tierra de donde son, dice la *ley 4. de d. tit. 18.* que se comparan á los deportados, si se les toman los bienes, y á los relegados, si no se les toman.

7 Por lo que respecta al modo III. se señalan en la *ley 7. y las siete siguientes de d. tit. 18.* doce dignidades, que libran al hijo de la patria potestad, con relacion al señalamiento que hizo Justiniano en la *novela 81.* De ellas solo conocemos ahora la de Obispo y Tesorero general del Rey; porque las demás están enteramente transformadas en otras nuevas que tenemos: las cuales no pueden decirse las mismas, por lo mucho que discrepan entre sí. Dirémos pues atendiendo al espíritu de *dichas ocho leyes*, que librarán en el día aquellas dignidades, que constituyen al hombre Xefe Real privativo de algun distrito, ó cuerpo distinguido.

8 La emancipacion, IV. modo de extinguir la patria potestad, es: *Acto por el cual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente, l. 15. tit. 18. P. 4.* Se hace la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el Juez Ordinario

(1), y así ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo consentirlo, *d. l. 15.* Y si el padre quisiere emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del Rey; pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que cuando venga, lo otorgue ante el Juez, *l. 16. tit. 18. P. 4.* Pero adviértase, que ahora está mandado por el *auto-acordado 20. tit. 9. lib. 3. de la Recop.* para evitar fraudes y perjuicios, que los Jueces Ordinarios no declaren ni puedan declarar emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificación y causas de ellas, y que de otra suerte se darán desde luego por nulas.

9. Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (2), ni el hijo á ser emancipado, sino que los dos han de convenir, *l. 17. tit. 18. P. 4.* Pero hay cuatro casos referidos en la *ley 18. del mismo título 18.* en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. I. Cuan-

(1) §. 6. *Inst. lib. 1. tit. 12.* (2) §. 10. *eod.*

do el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (1). II. Cuando prostituye á sus hijas (2). III. Cuando admite lo que le dexan en el testamento baxo la condicion de emancipar á su hijo (3). IV. Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14. años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al Juez para que le mandara emancipar (4).

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS,

Y MATRIMONIO.

Partida 4. títulos 1. y 2. y título 1. lib. 5. de la Recop. (5).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sean esponsales.
3. 4. 5. 6. 7. y 8. Se refieren varias Ordenes Reales sobre esponsales.

(1) *L. ult. si á parent. quis man.* (2) *L. 4. C. de Episcopal. aud.* (3) *L. 92. de cond. et demonstr.* (4) *L. 32. de adop.* (5) *Tit. 10. lib. 1. Inst. tit. 1. et 2. lib. 24.*

(1), y así ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo consentirlo, *d. l. 15.* Y si el padre quisiere emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del Rey; pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que cuando venga, lo otorgue ante el Juez, *l. 16. tit. 18. P. 4.* Pero adviértase, que ahora está mandado por el *auto-acordado 20. tit. 9. lib. 3. de la Recop.* para evitar fraudes y perjuicios, que los Jueces Ordinarios no declaren ni puedan declarar emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificación y causas de ellas, y que de otra suerte se darán desde luego por nulas.

9. Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (2), ni el hijo á ser emancipado, sino que los dos han de convenir, *l. 17. tit. 18. P. 4.* Pero hay cuatro casos referidos en la *ley 18. del mismo título 18.* en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. I. Cuan-

(1) §. 6. *Inst. lib. 1. tit. 12.* (2) §. 10. *eod.*

do el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (1). II. Cuando prostituye á sus hijas (2). III. Cuando admite lo que le dexan en el testamento baxo la condicion de emancipar á su hijo (3). IV. Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14. años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al Juez para que le mandara emancipar (4).

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS,

Y MATRIMONIO.

Partida 4. títulos 1. y 2. y título 1. lib. 5. de la Recop. (5).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sean esponsales.
3. 4. 5. 6. 7. y 8. Se refieren varias Ordenes Reales sobre esponsales.

(1) *L. ult. si á parent. quis man.* (2) *L. 4. C. de Episcopal. aud.* (3) *L. 92. de cond. et demonstr.* (4) *L. 32. de adop.* (5) *Tit. 10. lib. 1. Inst. tit. 1. et 2. lib. 24.*

9. y hasta el 17. Del matrimonio, y quanto pertenece á su valor.

27. Del divorcio.

18. hasta 27. De los bienes gananciales.

27. Cosas que no pueden hacer las mugeres sin licencia de sus maridos ó del Juez.

28. Administracion de los bienes en los casados que entran en los 18. años.

29. 30. Privilegios de los recién casados.

Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, nos ha parecido ser este lugar mas á propósito para tratar de él. Y por quanto le suelen preceder los desposorios, hablar ántes muy ligeramente de ellos; porque mas son objeto del derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales Eclesiásticos, como lo expresa la *ley 7. tit. 1. P. 4.* Y por ello podrán acudir á los Autores canonistas los que desearan mas extension. Sin embargo, hemos creído, que el tener un título en la *Partida 4.* y las varias órdenes Reales que nuevamente se han publicado, para mantener el buen orden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exigen que no

omitamos su memoria en esta Ilustracion.

2. Desposorios, ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son: *Prometimientos, que hacen los hombres por palabras, quando quieren casarse.* Así lo expresa la *ley 1. tit. 1. P. 4.* Pero debe tenerse presente, que lo mismo será, si el consentimiento se manifiesta sin palabras, con señales claras que excluyen toda duda, como es preciso suceda en los mudos, *l. 5. tit. 2. P. 4.* Como por los esponsales se obliga el varon á la muger, y esta al varon, es preciso que el prometimiento sea mutuo entre los dos con reciproca aceptacion (1). Y el que no quiere cumplirlos, puede ser obligado á que los cumpla, á pedimento del otro, por el tribunal Eclesiástico, *l. 7. d. tit. 1.* á no ser que tenga alguna justa causa para no querer: de las cuales se refieren nueve en la *ley 8. de d. tit. 1;* bien que la séptima no tiene lugar ahora, en que los esponsales de presente ya no constituyen matrimonio, como le constituían en el tiempo en que se forméron las leyes de las Partidas, que por este motivo se entretie-

(1) *L. 1. de sponsal.*

nen bastante en explicar diferencias entre esponsales de futuro y de presente, que en el dia no existen, ó por mejor decir, ya no los hay de presente. Para contraer esponsales basta la edad de siete años, *l. 6. d. tit 1.*

3 Para cortar los perjuicios, que de llevarse á efecto cualesquiera esponsales, se seguian al honor de las familias, y reverencia debida á los padres, con alteracion de la pública tranquilidad, se han publicado varias pragmáticas y cédulas. Por *pragmática de 23. de Marzo de 1776.* se manda: I. Que en adelante los hijos é hijas de familias menores de 25. años, deban para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre; y á falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas; y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos, que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio; y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores: con el bien entendido, que presutando los expresados parientes, tutores, ó curadores su consentimiento, deberán ejecutarlo con aprobacion del Juez Real, é in-

terviniendo su autoridad, si no fuere interesado; y siéndolo se devolverá esta autoridad al Corregidor ó Alcalde Mayor Realengo mas cercano. II. Que esta obligacion comprehenda desde las mas altas clases del estado, sin excepcion alguna, hasta las mas comunes del Pueblo. III. Que los mayores de 25. años cumplen con pedir el consentimiento paterno, para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion. Pero debe advertirse, que en este particular se expidió otra *cédula en 31. de Mayo de 1783.* en que por punto general se manda, que tambien los mayores de 25. años tienen obligacion de obtener el consentimiento paterno. IV. Que contra el irracional disenso de los padres, abuelos, parientes, tutores ó curadores, en los casos y forma que queda explicada, debe haber y admitirse libremente recurso sumario á la Justicia Real Ordinaria, que se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho dias, y por recurso en el Consejo, Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de 30. dias; y de esta declaracion no ha de haber revista,alzada, ni otro recurso, aho-

ra confirme ó revoque la providencia del Inferior.

4. V. Que solo puede darse certificacion del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó excepciones que propusieren las partes, con perpetua privacion de oficio á los Jueces y Escribanos, que mandasen dar ó dieren copia simple ó certificada de los procesos formados sobre suplir el irracional disenso de los padres. VI. Que se conserve en los Infantes y Grandes la costumbre y obligacion de dar cuenta á S. M. de los contratos matrimoniales, que intenten celebrar ellos ó sus hijos ó inmediatos sucesores, para obtener la Real aprobacion. VII. Que los de las familias llamadas á la sucesion de las grandezas, aunque sea en grados distantes, y las de los títulos hayan de pedir el Real permiso en la Cámara, al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos. Y adviértase, que tanto en este caso como en el antecedente, es tambien necesario el consentimiento paterno. De las penas en que incurrer los que se casan despreciando y atropellando lo expuesto hasta aquí, expresadas en la misma pragmática, habla-

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO. 53.
rémos despues, tratando del matrimonio y sus efectos.

5. Ademas de esta famosa pragmática han salido diferentes cédulas y circulares sobre el mismo asunto, añadiendo algunas particularidades. En 31. de Octubre de 1783. una circular por la que se manda: Que ningun alumno de Colegios, que esten baxo la Real inmediata proteccion, puedan ligarse para contraer matrimonio sin licencia de S. M: cuya Real resolucion fué extendida por circular en 31. de Agosto de 1784. á los Colegios de mugeres, que están baxo la misma Real proteccion, y á los individuos de uno y otro sexo, que esten en Universidades, Seminarios, Colegios ó Casas de enseñanza, erigidos con autoridad pública. Y tratándose de si convendria delegar la facultad de conceder la licencia que exigen dichas circular y cédula, se expidió otra cédula en 28. de Octubre del mismo año 1784. en que se manda: Que los alumnos de las Universidades, Seminarios conciliares, y demas Colegios no pueden pasar á contraer esponsales, sin que ademas del asenso paterno prevenido en la citada pragmática del año 1776. tengan licencia los

de los Seminarios conciliares de los muy Reverendos Arzobispos y Reverendos Obispos; los de las Universidades de los Ministros del Consejo encargados de su direccion, á quienes deban remitir las súplicas ó pretensiones por mano de los Rectores de las mismas, con informes de estos; y los de los demas Colegios ó Casas de enseñanza de los Ministros Protectores, si los tuviesen, ó del Señor Gobernador del Consejo; delegando para este caso S. M. en todos los referidos su Real autoridad; reservándose las licencias de los Colegios militares, Seminarios de nobles, y otras fundaciones semejantes del efectivo Patronato, y de la inmediata Real proteccion, tanto de varones como de mugeres.

6. Otra *cédula* expidió el Consejo, que solo es exhortatoria, en 17. de Junio de dicho año 1784. en ella se exhorta, ruega y encarga á todos los Prelados procuran, que en su Diócesis y territorios se establezca el método que se practica y observa en el Arciprestazgo de Ager en Cataluña, como el que mas se acerca al cabal y exácto cumplimiento de la citada *pragmática del año 1776.* y demas Reales

Ordenes que tratan de este asunto, y disposiciones canónicas. En la misma se inserta la doctrina y método que dicho Arcipreste habia fixado, y mandado observar y enseñar públicamente á los fieles de su territorio, reducida á decir: Que faltan los hijos de familia, que sin el consejo y bendicion de sus padres tratan de contraer matrimonio, y que estando en pecado mortal no se les puede admitir á la participacion de los Santos Sacramentos, y por ello se les debe dilatar, hasta haber practicado esta diligencia: Que cuando se tenia noticia de que el hijo pidió al padre, y obtuvo su consentimiento, se expresaba esta circunstancia en la publicacion de las moniciones, que por ningun caso se dispensaba en los matrimonios de esta naturaleza; y tambien se añadia en la partida que se escribia en los cinco libros, despues de haberse celebrado el matrimonio, siendo cargo de la visita de dichos libros la omision de ella.

7. En 23. de Octubre del año 1785. se expidió otra *cédula* en que se manda observar: Que los depósitos por opresion, y para explorar la libertad, se expidan por

el Juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso ante la Justicia secular, conocerá el Eclesiástico impartiendo para la execucion el auxilio del brazo seglar.

8 Y últimamente por otra de 18. de Septiembre de 1788. se manda por punto general: Que solo los hijos de familia son los que pueden pedir el consentimiento á sus padres, abuelos, tutores ó personas de quienes dependan, para contraer matrimonio: Y asimismo, que no se deben admitir en los Tribunales Eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno contra lo mandado por las citadas pragmáticas y cédulas, no debiéndose admitir tampoco por via de impedimento, careciendo de la principal circunstancia, sin la cual no pueden habilitarse para parecer en juicio, por ninguno de los dos conceptos.

Adicion del editor. Últimamente se ha expedido un real Decreto relativo al consentimiento de los Padres, en los casamientos de sus hijos, que deroga en parte la Pragmática de 1776, y posteriores cédulas

que sobre ella se expidieron, y de que se ha hablado en este titulo (*). El contenido de dicho real Decreto, que se expidió, en Abril de 1803. Se reduce primeramente, á que ni los hijos de familia menores de 25, ni las hijas de 23, á qualquiera clase del Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos, ó hijas intentaren, no estarán obligados á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hijos que hayan cumplido 25. años, y las hijas 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de sus padres: En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquirieren la dicha libertad un año antes de la referida; es decir

(*) Cuando el Autor recibió este real Decreto, estaba ya concluyendo la impresion de esta obra, y por eso lo menciona al fin del segundo tomo; pero como mas conveniente, se ha puesto aqui extractado, aunque allá se pone á la letra, que puede verse en el diario de esta Capital tomo 6. número. 624.

á los 24 el varon y á los 22 la hembra. A falta de padre y madre, recae la autoridad en el Abuelo paterno, y á falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varon á los 23, y la hembra á los 21. todos cumplidos. A falta de los referidos, recae la autoridad en los tutores; y á falta de los tutores en los Jueces del domicilio, y entónces son libres los varones á los 22. y las hembras á los 20, cumplidos. Para los matrimonios de las personas, que deben pedir licencia á S. M. ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Gefes, es necesario que lo hagan despues de haber obtenido los menores las de sus Padres &c. Expresando la causa que estos han tenido para prestarla, y lo mismo harán los mayores de dichas edades, expresando las circunstancias de la persona, con quien intentan enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de dichas edades, de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios, los que fueren de la clase que deben solicitar el Real permiso, pueden ocurrir á S. M. ó á la Cámara,

Gobernador del Consejo y Gefes respectivos, para que por medio de los informes, que se tenga á bien tomar, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto; en las demás clases del Estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerias y Audiencias, y al Regente de la de Asturias, los quales procederán en los propios términos. Los Vicarios Eclesiásticos, que autorizaren matrimonios sin los dichos requisitos, serán expatriados y ocupadas sus temporalidades, y los contrayentes serán asimismo expatriados y confiscados sus bienes. En ningun Tribunal Eclesiástico ni secular se admitirán demandas de esponsales, si no son celebrados por personas habilitadas en los términos expuestos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles. Los Infantes y demas personas Reales, no pueden contraer en algun caso sin licencia de S. M. ó sus sucesores, quienes concederán ó negarán el permiso segun convenga.

9 Basta de esponsales, y pasemos á tratar de matrimonio, del cual pone una definicion la ley 1. tit. 2. P. 4. que nos ha parecido copiar aquí, aunque la consideramos pesada y fastidiosa. Es dice: *Ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal intencion de vivir siempre en uno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e no se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, viviendo ambos a dos.* Todo el mundo considera al matrimonio como contrato: pero ademas los Católicos le consideramos tambien como sacramento; y observamos con reverencia los efectos que por esta razon le corresponden. Por esto diremos algo de ellos aquí, aunque este asunto pertenece directamente al derecho canónico, cuyos autores podrán ver los que quieran mayor extension. Y debemos advertir, que algunos de estos efectos los podemos tambien considerar civiles, en quanto los aprueban expresamente nuestras leyes, que jamás se apartan de la religion católica.

10 Como el matrimonio es contrato, es necesario el mutuo consentimiento de sus contrayentes varon y hembra, con la

intencion de vivir juntos, y demás que expresa su definicion, que hemos dado. De ahí es, que no pueden contraerle los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos ó locos, sino es que teniendo estos intervalos de buena razon, quisieren contraerlo en uno de ellos, l. 6 tit. 2. P. 4. Y aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede tambien manifestar suficientemente por señales, y de este modo pueden casarse los mudos, l. 5 d. tit. 2. Y por quanto el error es contrario del consentimiento, faltará este, y por ello el matrimonio, si uno de los contrayentes errase en la persona del otro: pero no si errase en la calidad ó fortuna del otro, y no en la persona, l. 10 tit. 2. Y adviértase ser tan necesario el consentimiento y que sea libre, que si se le sacase á alguno de los que contraen con miedo ó fuerza, que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio. l. 15. d. tit. 2. que pone varios exemplos (1), aunque los demas contratos valen, bien que puede pedirse que

(1) L. 14. C. de rit. matr.

se rescindan, *l. 56. tit. 5. P. 5.* y en su glosa 1. Greg. Lop. Y en proteccion de este libre consentimiento manda la *ley 10. tit. 1. lib. 5. de la Recopil.* que si acaeciére que por importunidad diese el Rey carta ó mandamiento, para que una muger haya de casar con alguno contra su voluntad y sin su consentimiento, no valga. Y la siguiente 11. del mismo título: Que ningún Grande, ni personas que tengan vasallos, apremien á ninguna dueña, ni doncella á que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni asimismo apremien á los padres y madres de las tales mugeres, para que se hagan los tales casamientos.

11 Ha de tener el varon 14. años, y la muger 12. para que puedan celebrar válidamente este contrato, á no ser que estuviesen tan cercanos á esta edad, que tuvieran proporcion para juntarse carnalmente; porque la sabiduría y poder para hacerlo, suple la mengua de edad, *l. 6. tit. 1. P. 4.* y como suele decirse la malicia suple la edad. Y asimismo no ha de ocurrir alguno de aquellos impedimentos, que los Teólogos llaman dirimentes: los cuales se refieren en la *ley 13. y siguientes de d. tit. 2.*

P. 4. A estos pertenecen el error y la fuerza, de que acabamos de hablar. Por lo que toca á los restantes, trataremos con alguna extension del que nace de la cognacion ó parentesco, digno de que todos lo sepan, por ser de uso muy frecuente, al paso que el de los demas es rarísimo, y casi toda su constitucion y origen es canónica; y por ello los notarémos aquí brevísimamente, remitiendo á los que desean mas extension á los Teólogos, que para facilitar su memoria, los comprehenden en aquellos versos latinos:

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si Parochi, & duplicis desit præsencia testis,
Raptave sit mulier, nec parti reddita tutæ.*

El parentesco ó consanguinidad es: *Arenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz, segun la ley 1. tit. 6. P. 4.* que explica esta definicion. Si se habla con rigor solo son dos sus especies; pero por varias razones y respetos se extiende tambien á la que llamamos meramente civil, y á la espiritual, y así son quatro los parentescos, á saber, meramen-

te natural, meramente civil, mezclado de natural y civil, y espiritual. Meramente natural es el que nace de ilícito ayuntamiento, al que pertenecen todos los que han nacido fuera de legitimo Matrimonio. Meramente civil el que se contrae por la adopcion. Mezclado el que viene de legitimo matrimonio, porque concurren en él la naturaleza y la aprobacion de la ley. Y espiritual el que se contrae por el Bautismo ó Confirmación.

12 En el parentesco hay líneas y grados, cuya noticia es necesaria para regular los casamientos y las sucesiones. Línea es: *Ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raíz.* O es recta entre personas que una viene de otra, y se subdivide en línea de ascendientes, que sube, en la cual están el padre, abuelo, bisabuelo, y dende arriba; ó de descendientes en que se baja, como hijo, nieto, biznieto, y de ahí abaxo. Y la otra de travieso, ó transversal, que también se llama lateral ó colateral. Esta empieza en los hermanos, y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama

de travieso, porque de los que están en ella, no descende uno de otro, aunque todos nacen de una misma raíz ó tronco, *l. 2. d. tit. 6.* Le llamamos tronco por la semejanza con el de los árboles, pues así como de este nacen todas las ramas de los árboles, sucede lo mismo en el de parentesco; y de ahí es, que llamamos también árbol de parentesco al tronco, de que tratamos, con sus ramas.

13 Grado no es otra cosa, que un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro. En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan ó numeran de una misma manera el derecho civil y canónico, esto es, salen en ellos los mismos grados, ó bien diciendo que son tantos estos como las generaciones, ó tantos como las personas quitando una. Así pues, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, la una de su abuelo, que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas, son estas tres, y quitando una quedan dos. Pero en contarlos en la línea transversal hay notabilísima diferencia entre los dos derechos; porque segun la computacion civil se sube al tron-

Tom. I.

co desde el uno, y despues se baxa hasta el otro; y por ello no hay primer grado en esta línea, que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y baxada de otra manera. Los hermanos pues, de donde empieza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de baxada del mismo padre al otro hermano. Y segun la computacion canónica, solo se sube, y de ahí es, que un hermano solo dista del otro un grado. Y adviértase para la mas completa inteligencia de esta línea lateral, que puede ser igual ó desigual. En aquella están los que distan igualmente de su comun tronco, como dos hermanos, ó dos primos hermanos; y en la desigual el uno dista mas que el otro, como tío y sobrino, y entónces se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta pues, quantos grados dista Pedro y María hija de su hermano Juan, responderémos que dos, porque de María á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo comun tronco de los dos, se sube otro. Segun el derecho ci-

vil distan tres grados, porque despues de haber subido al tronco, se ha de baxar hasta Pedro. La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, *l. 3. l. 4. tit. 6. P. 4.*

14. Del parentesco es una especie de imagen la cuñadez, á la que solemos llamar afinidad, de la palabra latina *affinitas*, y es: *Alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger, l. 5. d. tit. 6.* Nace del ayuntamiento carnal del varon y la muger, sea ó no lícito. Por él, los parientes del varon se hacen cuñados de la muger, y los parientes de la muger, cuñados del marido, en aquel grado en que son parientes, *d. l. 5.* y tambien produce impedimento para el matrimonio. Y asimismo le producen la cognacion civil, que nace de la adopcion, en los términos que explica la *l. 7. tit. 7. P. 4.*: la que llaman espiritual, que nace del Bautismo y de la Confirmacion: y el matrimonio rato: y los esponsales válidos. Aunque *d. l. 5.* llama cuñados de la muger á todos los parientes ó cognados del marido, y al contrario; con todo, por el uso comun de hablar, solo llamamos cuñados de la mu-

ger á los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la muger: y si dos hermanos se casan con dos hermanas, los decimos concañados.

15 En España reconociendo y respetando como á sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas decimos, que es impedimento, para que sea válido, el parentesco natural ó consanguinidad, siempre sin limitacion de grados, si es en la línea recta; y por eso suele decirse, que si Adán viviese viudo, no se podría casar con ninguna, por ser todas descendientes suyas. En la transversal se extiende hasta el quarto grado inclusive, como suele decirse: lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen el impedimento, llamado de pública honestidad, que en aquel llega al quarto grado, y en estos solo al primero. Y últimamente por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres

por otra; y lo mismo sucede en la confirmacion. Véase el Concilio Tridentino, *ses. 24. de reform. matr. cap. 2. y siguientes.*

16 Es tambien impedimento de esta clase, ó dirimente, la condicion que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, *l. 5. tit. 4. P. 4.* que pone los exemplos. Las otras condiciones torpes, que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, *l. 6. d. tit. 4.* Lo es asimismo el voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los Religiosos profesando, y los Clérigos ordenándose de Epístola, *l. 11. l. 16. tit. 2. P. 4.* Y el delito de homicidio del cónyuge, ó adulterio, en los términos que lo explican los Teólogos, y se expresa en la *ley 19. d. tit. 2.* Y tambien lo es la disparidad del culto, esto es, si el uno fuese católico, y el otro infiel, *l. 15. tit. 2. P. 4.* Y lo son tambien el raptó, y la impotencia de procrear, *ll. 14. y 16. d. tit. 2.* y la clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del Concilio de Trento en la *ses. 24. de reform. matr. cap. 1.* en donde declaró nulos los que llamamos clandestinos

esto es, que se contraen sin la asistencia del propio Párroco, ú otro Sacerdote con su licencia, ó del Ordinario, y dos ó tres testigos. Y además en nuestra España, todos los bienes de los que faltando á esta regla, contraen matrimonio clandestino, y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos Reynos; y es causa de desheredacion, como todo lo establece la *ley 1. tit. 1. lib. 5. de la Recopil.*

17 A esto se reduce lo que hemos tenido por oportuno notar aquí en quanto á la constitucion del matrimonio y su valor. Hablemos ahora de paso de su disolucion ó divorcio, llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*, y no es otra cosa que separacion entre el marido y la muger. Esta puede ser en quanto al vínculo matrimonial, ó solamente en quanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum*. El matrimonio consumado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, *l. 2. l. 5. tit. 10. P. 4.* pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de qualquiera de los dos, *l. 5. tit. 10. P. 4.* El

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO. 71.
divorcio ó separacion, en quanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro, y otras causas.

18 Pasemos ahora á los efectos civiles del matrimonio, cuyo conocimiento es peculiar y privativo de los Jueces seculares; y habiendo dicho ántes ser uno de ellos el poder que tienen los padres sobre sus hijos, decimos ahora ser el mas famoso en España la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que ganare cada uno de ellos durante el matrimonio: la que no conocieron las leyes Romanas. Este asunto ocupa todo el *titulo 9. del lib. 5. de la Recopilacion*, que tiene once leyes, cuyas doctrinas, y lo que contemplamos deberse decir sobre ellas, vamos á notar. Ante todas las cosas debe tenerse presente, que los bienes, que han marido y muger son de ambos por medio; salvo los que probare cada uno, que son suyos apartadamente, como expresamente lo dice la *ley 1. d. tit. 9.* aprobando la costumbre que ántes habia de hacerse así. Se presumen pues comunes, si no se probare lo contrario. Y por ello, para obviar dificultades y perjui-

cios aconsejan Gomez en la *ley 53. de Toro n. 70.* y otros Autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por la que conste, qué bienes tenía entonces cada uno de los contrayentes.

19. Como la comunión de bienes entre los cónyuges nace del matrimonio, y dura mientras este por beneficio de la ley, debe decirse, que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos, algo diferente de las demas sociedades regulares, como veremos. La *ley 2. d. tit. 9.* parece exigir para que exista esta sociedad la cohabitación de los cónyuges, por aquellas palabras *estando de consuno*, ó como dice la *ley 205. del Estilo*, hablando del marido, *estando en uno con su muger*. Y si esto fuese así, debería decirse, que cesaba esta sociedad y comunión de bienes, por la larga separación de los cónyuges, como por exemplo, si el marido partia á la América, y se detenía allí algun tiempo para comerciar. Pero lo contrario sientan nuestros Autores, Azevedo, Matienzo, García, fundados en que la *ley 5. del mismo tit. 9.* declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, di-

ce, *durante el matrimonio*: cuyas palabras puestas en declaracion de las arriba citadas, hacen ver, que estas no deben tomarse con estrechez, si que solo significa, que debe permanecer entre los cónyuges la union que abrazaron por el matrimonio. Y en el caso de que por divorcio viviesen separados los cónyuges, juzgan los mismos autores, que aquel que dió causa al divorcio, libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la cávida ó maliciosa renunciacion de la sociedad establecida por contrato. Y hay tambien dos casos, en que durante el matrimonio cesa esta sociedad, cuales son, si la muger hubiere renunciado á ella, *l. 9. d. tit. 9.* y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, *l. 10. del mismo tit. 9.* en el cual dura la sociedad hasta la sentencia declaratoria de la confiscacion, quedando al cónyuge inocente entera la mitad de los bienes ganados hasta entonces. Y pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido, la muger que siendo viuda viviere luxuriosamente, *l. 5. d. tit. 9.*

20. Piensan por lo comun nuestros Interpretés, que en el caso de que muerto

Tom. I. 13

un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunión de bienes con el supérstite, se entiende tacitamente continuada esta sociedad. Pero siempres nos ha parecido mejor la contraria opinión de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. I. Que disuelto el matrimonio, cesa la razón que le introduxo. II. Que siendo esta sociedad especial, que se desvia algo de las demás sociedades regulares, es de estrecha interpretación, y no debe ampliarse. III. Que no viniendo esta sociedad de la convención ó voluntad de las partes, como las otras, sino de sola la ley, es arriesgado extenderla, presumiéndola renovarla á pretexto de un tacito consentimiento. Creemos pues, que en el caso de la cuestión, no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino contrada otra nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de esta, como veremos, tratando del contrato de sociedad: la cual puede contraerse tacitamente como allí diremos.

21. No son objeto de esta sociedad los bienes, que tenían los cónyuges ántes de contraer el matrimonio; pues quedan pri-

DE LOS TESTAMENTOS Y MATRIMONIO. 75.
vativamente propios de aquel, de quien eran ántes, *l. 4. d. tit. 9.* Ni tampoco las herencias ni donaciones, que se hicieron al marido ó á la mujer, pues solo las gana para sí aquel, á quien se dexaren á diener, *l. 5. d. tit. 9.* Ni los bienes castrenses y oficios reales, sino es que fueren ganados á costa común de ambos, *l. 1. 5. d. tit. 9.* Y lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, esto es, que las adquiere solo el donatario, si se le hicieron en **compensación de servicios** propios suyos, y que **entran** en la compañía, si fueron hechas por servicios de los dos, como lo prueba Gualter, *pract. ques. 119.* García de conar. *acquir. n. 125.* quiere que si absteniéndose pertenecan á la sociedad; y al **contrario** que nunca Matienzo *q. 6. l. 3. d. 6.* cuya opinión se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley, es expedida. *l. 1. d. tit. 9.*
22. Pertenecen pues solamente á esta sociedad aquellos bienes que qualquiera de los cónyuges ha comprado, ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, *l. 2. d. tit. 9.* y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque

provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dexan una herencia, será esta de él solo; pero los frutos que ella produxere, de los dos, *d. l. 4. l. 5. d. tit. 9.* de cuyas leyes infieren Guierrez, Azevedo y otros, que los estipendios y salarios, que gana el marido, Juez, Abogado, ó Médico, son comunes entre marido y muger, por ser frutos civiles de estos officios, y segun *d. l. 5.* pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de qualquier officio. Y adviértase, que no solo entran en esta sociedad los frutos pendientes, sino tambien los pendientes. En los árboles y viñas es menester, que aparezcan; pero en quanto á sembrados entran hasta las impensas hechas en barbechar para sembrar, como lo dispone la *Ley 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real*, recibida en la práctica, segun Matienzo en la *d. l. 4. glo. 1.* y Gomez en la *53. de Toro. n. 71.* Y asimismo pertenecerán á esta sociedad, y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de qualquiera de ellos, que provengan de su industria ó trabajo; pero no aquellos, que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo, porque

estos siguen en un todo, la naturaleza de los mismos bienes, de que son aumentos; y lo mismo sucederá en qualquier aumento natural, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina, que admiten como cierta nuestros autores, Covarrúbias, Gomez, Matienzo, el aumento que tuvo en el año 1779. la moneda de oro, fué del dueño de ella tan solamente. Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo suyo, plantado viñas ó árboles, no tendrá la muger derecho á porcion alguna del campo, ni á la mitad de lo que mas vale el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarlo, como lo prueba bien Febrero en sus *cinco fueros, lib. 1. c. 4. §. 3. n. 75.* Y por lo mismo será tambien todo el campo de la muger, si fuere suyo. Ni tampoco tiene derecho á las mejoras hechas en las cosas de Mayorazgos, porque todas ceden al mismo mayorazgo, como veremos en el *lib. 2. tit. 6. n. 33.* Si uno de los cónyuges adquiriere alguna cosa por derecho de retrato, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos de retrato; pero tendrá el otro derecho á la mi-

78.

LIBRO I. TITULO IV.

tad del precio que costó, Molin. *de just. et jur. disp.* 433. Gom. en la *ley 70. de Toro.* n. 28. Será asimismo de solo el cónyuge permutante la cosa que adquirió, dando en permuta otra suya, porque aquella, subrogada en lugar de esta, se juzgará una misma con ella. Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas, si las dió el permutante; porque en quanto á ellas hubo adquisición. Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo de los cónyuges, será comun, con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí, el precio que dió por ella, *l. 1. tit. 4. lib. 2. del Fuero Real.* Molin. *en d. l. disp.* 433. Gutier. *lib. 2. pract. questio. 117.* Martinez en la *ley 2. tit. 9. lib. 5. de la Recop. glg. 2.*

23. El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar *gananciales*, es comun por mitad del marido y la muger, *l. 1. l. 2. d. tit. 9.* sin atenderse á que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *l. 4. d. tit. 9.* Y prueba latamente Matienzo, que esta comunión de bienes se entiende en quanto al dominio y á la posesion.

Pero advierten Covarrúbias y Azevedo, que el dominio y posesion en quanto á la muger son *in habitu*, y no *in actu*, como suele decirse, pasando al acto por la disolucion del matrimonio; y que solo el marido tiene durante este *in actu*: y de ahí viene, que solo el padre enagenar estos bienes mientras durare el matrimonio, sin el consentimiento de la muger, valiendo la enagenacion, sino es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudar ó perjudicar á la muger, *d. l. 5. tit. 9.* Y por quanto esta *ley*, para que no valga la enagenacion, exige expresamente este mal ánimo, *añe. Pon defraudar y damnificar á la muger*, convienen casi todos nuestros intérpretes, ser válidas las enagenaciones, que sin este ánimo hiciere el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gomez, Gutierrez, García de conjug. *acq. n. 66.* en donde responde á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera; y se unen bien con lo que acabamos de decir. Y si baxo la potestad de enagenar que compete al marido, se comprehende la de dar, lo disputan nuestros autores, afirmandola Antonio Gomez con otros, y negándolo otros con

Matienco. En cuya question nos parece bien la sentencia media, que defienden Molina de Hispan. primog. lib. 2. cap. 10. y Gutierrez lib. 2. prac. quæst. 121. de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas, y sin causa, que disipan el patrimonio.

24. Esta potestad de enagenar que concede la ley al marido, está limitada á las enagenaciones entre vivos, como recramente advierte Azevedo, fundado en las palabras de la misma ley. *allí: Que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio;* y mas abaxo: *que el contrato de enagenamiento vale.* No puede pues el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales, que pertenecen á su muger; si que por lo contrario, disuelto el matrimonio por la muerte del marido, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus demas bienes libres, sin obligacion de reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufruto, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraído ántes, como expresamente lo establece la ley 6. de

d. tit. 9. Y en su consecuencia, si el marido legare algo á su muger, esta tendrá el legado, sin dimiucion de la mitad, l. 7. de d. tit. 9.

25. Puede la muger renunciar el derecho que tiene á la mitad de los gananciales; y si lo hiciere, no es obligada á pagar parte alguna de las deudas, que el marido hubiere contraído durante el matrimonio, l. 9. d. tit. 9. Que pueda hacer esta renunciación ántes ó despues del matrimonio, ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este existe, hay diversidad de opiniones. La mas comun que defienden el Sr. Covar. de matrim. par. 2. cap. 7. v. 14. Ant. Gom. en la ley 60. de Toro. d. l. 9. y Gutier. lib. 2. prac. quæst. 126. Matien. y otros muchos, es que tambien puede hacerse entonces, porque ademas de hablar la ley generalmente, usa de las palabras: *Marido, muger*, que propiamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Azevedo en d. l. 9. y satisfacen lo que siguiendo la contraria, dicen Greg. Lop. en la glos. 3. de la l. 5. tit. 11. P. 4. y Molin. de just. et jur. disp. 435. que las donaciones entre marido y muger están prohibidas.

bidas, diciendo no estarlo aquellas en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario, que aquí es el marido, se haga mas rico, como lo expresa *l. 1. §. 1. tit. 11.* Y porque el dominio que adquiere la muger no es irrevocable, sino revocable, dependiente de la enagenacion, que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas no adquirir que dar, como prueba *Gom. en d. l. 60.* nos inclinamos algo mas á esta opinion afirmativa; pero debemos confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables; y juzgamos, que quando ocurra el caso, debe decidirlo el juez por la negativa, si no hallare por el examen del hecho, que para otorgar la renuncia hubo seducciones, amenazas, ó qualquiera otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

26 En toda sociedad para liquidar las ganancias, se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio: de ahí viene

que las dotes y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente, quando ambos cónyuges prometieren dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien quando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren, pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios lo que faltare, si prometieron los dos; pero solo el marido, si él solo hubiese hecho la promesa, *l. 8. d. tit. 9.* Cuya sentencia de esta ley la extienden nuestros Intérpretes al caso, en que muerto el un cónyuge, se prometiese el supérstite; y con razon, porque estas dotes y donaciones siempre son carga de esta sociedad, que distribuyen sus ganancias. *Azevedo, Matienzo, Covarrubias, Gomez en la ley 53. de Toro* siendo lo contrario con razones que se satisfacen bien por lo que acabamos de decir.

27 Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de los maridos, relativos á sus mugeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tit. 3. lib. 5. de la Recopil.* y en la *14. y ult. del tit. 1. del mismo lib. 5.* quales son: I. Que ninguna muger pueda sin licencia de su marido, mientras durare

el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l. 1. d. tit. 3. lib. 5. de la Recop. (54. de Toro)*. II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él, ni hacer quasi contratos, ni estar en juicio, haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí, ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *ley 2. tit. 3. (55. de Toro)*. III. Que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraer, y para hacer todo aquello, que no podia hacer sin su licencia; y que si el marido se la diere, valga todo lo que su muger hiciere por virtud de la dicha licencia, *l. 3. d. tit. 3. (56. de Toro)*. IV. Que el marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, ahora sea la ratificacion general ó especial, *l. 5. d. tit. 3. (58. de Toro)*. Y adviértase en complemento de este asunto: Que el Juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido á que dé licencia á su muger, para todo aquello, que ella no podria hacer sin licen-

cia de su marido, y si compelido, no se la diere, el Juez se la puede dar, *l. 4. d. tit. 3. (57. de Toro)*: Y que asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente, y no se esperare de próximo su venida, ó corriere peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho de licencia del Juez, como si el marido la hubiera dado, *l. 6. d. tit. 3. (59. de Toro)*. V. Que el marido en entrando en los 18. años pueda administrar su hacienda y la de su muger, si fuere menor de edad, *l. 14. 2. ultim. d. tit. 1. del lib. 5. de la Recop.*
 En vista de esta *l. 14.* establecida en el año 1623. han suscitado los Interpotes las siguientes cuestiones. I. Si los Vecados de 18. años conservarán hasta cumplir los 25. el beneficio de la restitucion *in integrum* en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte. III. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. IV. Si podrán enagenar sus bienes raíces, sin decreto del Juez. En las quatro nos parece

muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert.* 5. resuelve afirmativamente las dos primeras, y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razón sólida general, extensiva á las quatro, á saber, que por haberse establecido *esta l.* para favorecer á los casados, debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda. Y quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 18. años de su curador, que tuviese antes, como lo prueba bien el mismo en *2. disert.* 5. n. 2. y en la 6. n. 43. manifestando cuán útil le es.

29 Esta misma *ley* 14. que concede la facultad de que acabamos de hablar, hace tambien otras concesiones, expresando hacerlas todas para facilitar la frecuencia del matrimonio, del qual deben considerarse frutos, y por ellos los notaremos aquí. Son: I. Que los quatro años siguientes al día en que uno se casare, sea libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros. II. Que los dos primeros años de estos quatro, sean libres de todos los pechos reales y concegiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en su *Dicciona-*

rio historico y forense del derecho Real de España explica lo que es moneda forera, y añade haberse extinguido este tributo en el año 1724. y Retes en el *lib.* 7. *cap.* 4. de sus *opúsculos* explica largamente dicha *ley* 14. Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razón de tener alguno muchos hijos: pero de estos nos parece mas oportuno tratar, quando hablémos de las excusas de la tutela y curaduría.

30 Y es tambien electo civil del matrimonio, el que pueda ser desheredado el que lo contrae contra la prohibición de la famosa pragmática del año 1776. de que hemos hablado arriba *nr.* 3. y 435.

INDIAS. Los Indios de uno y otro sexo son libres para casarse con quien quisiere, ya sean los consortes indios, españoles, europeos, ó americanos, sin que para esto se les ponga impedimento, ni se entienda con ellos qualquiera determinación real sobre este artículo, que no haga mención de los Indios. *l.* 2. *tit.* 1. *lib.* 6. *Recop. Ind;* bien que no pueden casarse sin la edad legítima, ni se les ha de permitir la venta de las hijas á quien mas les diere, para casarse con ellas, como lo hacian en la

gentilidad. l. 3. y 6. *ibidem*. Los indios plebeyos, en defecto de sus padres, deben obtener el consentimiento de sus párrocos, real cédula de 27. de abril de 1778. pero los *coziques, mestizos, y castizos*, en cuanto al consentimiento de los padres, se tienen como españoles americanos. d. real cédula y otra de 13. de noviembre de 1781.

Segun las leyes 82, 84, y siguientes, tit. 16. lib. 2. *Recop. Ind.* se prohíbe estrechamente contraer matrimonio, y aun esponsales dentro de su provincia, á los Virreyes, Presidentes de Audiencia, Oydores, y demas ministros togados, así á ellos como á sus hijos é hijas. Vease al Señor Solorzano *Politi. Ind. lib. 5. cap. 9.* Tampoco pueden contraer así los Protectores de Indios, y Auditores de Guerra por real cédula de 17. de Julio de 1773. Los oficiales reales, Administradores, Tesoreros &c. no pueden contraer sin expresa licencia del Rey, como consta de la real cédula de 9. de agosto de 1779. la que no comprende á los administradores subalternos, como se declara en resolución de 19. de noviembre de 1783.

Por real órden de 15. de agosto de

1775 se manda que los oficiales de Ejército, que hayan contraído obligacion de matrimonio, y sean demandados en juicio, conozcan de él los Jueces eclesiásticos, y hallándolos legítimamente obligados, pasen sus sentencias á los Virreyes, Presidentes, ó Gobernadores de los distritos ó Plazas, los que despojarán de empleo á los oficiales, y darán parte á los Jueces Eclesiásticos, para que procedan en justicia. En orden á los títulos de Castilla que quisieron contraer, Vease al Señor Beleña pag. 186. últim. foliage, ó la Real Cédula de 8. de Marzo de 1787.

Acerca de las hijas vindas de los Ministros reales, sus hijos emancipados, y legítimos, adoptados, y adrogados, sus hermanas, y parientes, promueve muchas dudas, y las resuelve con su acostumbrada erudicion el Señor Solorzano en su *Politica indiana lib. 5. cap. 9.* y en los m. 69. y siguientes trata de la forma de proceder contra los contraventores: á quienes compete el conocimiento de estas causas y execucion de sus penas: á que tribunal se ha de apelar en caso de que los Señores Virreyes, ó Presidentes de Audiencia contrai-

gan matrimonio sin permiso real, y de lo que deban hacer los Oydores, y Fiscales en semejante caso. Mas si la pena de la ley pase á los herederos, lo trata tambien el mismo Autor en su obra *Póstuma, in Aleg. contra heredi. Don Francisco de Venegas.*

Todos los Curas, Párrocos, seculares, y regulares, sus Vicarios, y otros Sacerdotes con licencia de ellos, pueden casar sin la del ordinario, asi en esta Ciudad como en toda su Diócesis á todos sus feligrés, con tal que no sean vagantes, extranjeros ó de partes distantes, recibidosles previamente informacion de su libertad segun la instruccion dictada en 19. de junio de 1756, por el Señor Arzobispo Don Manuel Rubio y Salinas, no resultando de ella, y de las diligencias prevenidas, por el Santo Concilio de Trento, impedimento alguno canónico. Se declaran por vagantes, aquellos que en ninguna parte, tienen cierto domicilio, ó habitacion; por extranjeros no solo los que son de otro Reyno, sino tambien los que son de otro Obispado, y vienen á esta Diócesis á contraer matrimonio, y por de partes distantes, to-

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO. 91.
dos los vasallos de Su Magestad, ultramarinos, aunque tengan domicilio fijo en este Arzobispado, si salieron de su patria en edad, en que ya eran capaces de contraer esponsales: real cédula de 26. de julio de 1774, en la que está fundado el Edicto del Señor Arzobispo de México, de 10. de enero de 1775. Aquí me parece muy conveniente advertir, que ningun casado en América, puede pasar á Europa, dejando á su muger sin constancia de un motivo justo, y fianza de que ha de volver al tiempo que se le señale, atendiendose á la edad de ambos consortes, número de hijos, sustento y remedio que les queda, y otras circunstancias que justifiquen la ausencia. *L. 7. tit. 3. lib. 7. Recop. Ind.* y los europeos casados en su país deben obligarse y apremiarse, á que traigan sus mugeres, previas las licencias legales, ó á que se vayan á vivir con ellas, á no ser que vengán á comerciar, ó por poco tiempo, en cuyos casos, pasados 3. años, se hagan ir sin remision á vivir con sus mugeres. Para evitar desordenes en este particular, está mandado, que todo Europeo soltero, que pase á estos Reynos, traiga

informaciones de celibato. *l. 29. tit. 26. lib. 9. Recop. Ind.*

En orden á los impedimentos del matrimonio, no hay diferencia alguna, pues segun la real cédula de 1778, todos los Americanos, ó habitantes de Indias, ya sean etíopes ó mulatos, están obligados al derecho natural, y canónico, aunque ellos por su nacion se crean exceptuados. Solo en el impedimento de cognacion no se entiende en los indios mas allá del segundo grado, en el orden que establece la prohibicion canónica. Sobre el consentimiento de los Padres tenia muchas reales cédulas, de que no hace mención el autor, pero supuesta la última real Orden insertada en el fol. 56. de este tomo no queda que decir.

Para pedir dispensa en los impedimentos dirimientes del matrimonio, no se ha de ocurrir inmediatamente á su Santidad, á no ser que las dispensas vengan para arcados, ó sea preciso recurrir á la Penitenciaría, pues no siendo esto último debe impetrarse la dispensa, pidiendo ántes permiso á Su Magestad derechamente por la secretaría de Estado, y despacho uni-

versal de Indias, ó por el Consejo y Cámara de ellas, que consultarán el permiso que deba, ó no concederse, no dando pase á los Breves, que vengan sin este requisito. real cédula de 1778, y otra de 11. de marzo de 1781.

Por un Breve del Señor Pio VI. que tengo á la vista, dado en Roma en 1789, se reitera por 20. años la concesion á todos los Illmos. Prelados Diocesanos de indias, para poder dispensar en el segundo grado de consanguinidad, y afinidad por copula licita, en el tercero, y segundo con atingencia al primero por la misma en linea transversal; y en el primero por la licita, ya sea por dicha linea, ya por la recta, siempre que conste con toda certeza, que ninguno de los contrayentes haya sido procreado por el otro; ya para que puedan contraer matrimonio entre sí, ó bien permanecer en él, si estuviesen ya casados, aunque hubiesen contraído con noticia del impedimento que tenian; pero renovando en este caso el consentimiento ante el Párroco, y testigos. Pueden tambien ser absueltos en ambos fueros de cualesquiera culpas, excomuniones y demas censuras, y penas

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 formacion de sus respectivos procesos; pues ocurriendo semejantes asuntos temporales, durante las

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 95.
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. 9.º. de la
Recop. (1).

1. Que 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.

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 formacion de sus respectivos procesos; pues ocurriendo semejantes asuntos temporales, durante las

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 95.
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. 9.º. de la
Recop. (1).

1. Que 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 apenas 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 adviértese 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 dotedales 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 dendor 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 dotedales 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 restituir las 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 sirvieron 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 *titulo 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 baxa 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 obligación 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 obligación 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 antes 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 obligación que notamos arriba n. 6. Y los frutos del año en que se disuelve ó separa el matrimonio, se deben partir prorata entre marido y muger ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio, y por razón del restante tiempo del año de la muger, sin respecto alguno de que estén ó no percibidos, l. 26. d. iii. 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 obligación 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. vii. 11. Y si la muger enagenase ú obliga-

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

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 past.* 2. cap. 4. en donde examina algunas cuestioncillas en este particular, como tambien Castro en sus *Discursos criticos 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 utilissimas y bien mediradas 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. 21. 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 si en estos casos el marido con la dote, si no hubiese hijas 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 obliga á 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. 31. tit. 11. P. 4.* porque en ambos cesa la razon de distractarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, *l. 7. l. 25. tit. 11. P. 4.* Y otro circunstanciado se propone en la *ley 29. del mismo título*: la cual establece, que si la muger entendiése 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 conyuges, 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 conócieron los Romanos baxo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código de *sponsalibus, et arris 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 define 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. Covarrubias *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 requirieron 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 razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el matto 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 ningun valor las que se hicieren, *l. 4. tit. 11. P. 4.* Esta prohibición 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 saltara 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. int. vir. et uxor.*

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. int. 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.*

1 **L**O 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 qual se hacen legítimos 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; siente 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, inclinándo (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 cual habla así la *ley 4. de. tit. 15. Piden merced los*

DE LEGITIMACION, Y PORFIJAMIENTO. 121.
omes a los Emperadores, e a los Reyes en cuyo señorío viven, que les faga a sus hijos, que han de barraganas, legitimos. E si cabe su ruego, se los legitiman, son dende en adelante legitimos. 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 legitimos, *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 legitimos, 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 explicafémos con mas
 Tom. I. 19

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, aunque 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 ménos 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,

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. *Insr. de adoptr.*

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 añado, 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. *A 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. *Qua 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 pleyro en su razon.*

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. *A 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. *Qua 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 pleyro en su razon.*

24. *Qué sea tutor sospechoso; y se refieren varios que lo son.*
25. 26. *Quiénes pueden acusar: Qué tutores pueden ser acusados de sospechosos: y cuales sean los efectos de la acusacion.*
27. *De las obligaciones del tutor antes de entrar en la tutela.*
28. 29. *De la obligacion de afianzar los tutores; y qué alcanza á la madre y abuela.*
30. *Qué deba hacerse cuando son muchos los tutores.*
31. *Dónde debe ser educado el pupilo.*
32. 33. 34. *De las obligaciones del tutor en quanto á dar alimentos al pupilo, y mover las causas que convinieren á este.*
35. *Tiene el tutor obligacion de cuidar bien de los bienes del pupilo, y emplear el dinero sobrante.*
36. y 37. *Del modo en que puede el tutor enagenar las cosas del pupilo.*
38. *De la obligacion de los tutores, sus fiadores, y sucesores de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.*
39. *De la décima que se debe dar al tutor, y cómo debe sacarse.*
40. *Derechos del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.*

POr quanto de los hombres libres, que no están baxo la patria potestad de otros, unos están en tutela, otros en curadoria, y otros fuera de todo, y en asunto de tutelas y curadorias hay mucho que advertir, es preciso hablemos aquí de ello con alguna extension. Tutela en latin, dice la ley 1. tit. 16. P. 6. quiere decir tanto en romance, como: *Guarda que es dada al huérfano libre, menor de 14. años: e la huérfana menor de 12. años (1).* Y advertimos para proceder con mayor claridad, que en las leyes de las Partidas apenas se hallan los nombres, *tutela, curadoria, tutor, curador*, sino en su lugar, los generales de *guarda, y guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoria, tutores ó curadores: lo que no dexa de causar embarazo. Y para evitarle usaremos aquí de los citados especiales *tutela, &c.* como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la Recopilacion; y en alguna de las Partidas, aunque con relacion al idioma latino, como en la ley 4. tit. 5. P. 5. y en d. l. 1.

(1) §§. 1. y 3. Instr. de tutela.

2 Por la palabra *libre* de la definición, entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa* 1. de dicha ley 1. no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está baxo la patria potestad (1). Se dan tutores á los de la expresada edad, aunque no le quieran (2). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleyto del menor (3), salvo el caso en que se le moviese el pleyto de servidumbre, en el cual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleyto, *d. l. 1.*

3 Tres son las especies de tutela, testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es: *La que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder, d. l. 2. l. 3. d. tit. 16. (4).* Y sobre el decir esto lo mismo del abuelo, por saltarle tal potestad, necesaria segun la misma ley 3. dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siem-

(1) *Princ. eod.* (2) *L. 6. de tut. et cur. dar.* (3) *§. 4. Inst. qui testam. tut. dar. pos.* (4) *§. 3. Inst. de tutel.*

pre. Però sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l. 3. tit. 16. P. 6.* porque quando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *póstumos*, se reputan nacidos (1), pero no quando les seria perjudicial, *ley 3. tit. 23. P. 4.*

4 De la madre dice la ley 6. de *tit. 16.* que si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Però en seguida añade, que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado del Juez del Lugar donde son los bienes: cuyo Juez le debe confirmar, y otorgarle la tutela (á esto llaman los Prácticos *decernir*), sino es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes romanas, era necesaria en este caso la inquisicion ó exámen de las circunstancias del tutor (2). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la cuestion Greg. Lop. en su *glosa 2.* si

(1) *§. 4. Inst. eod. l. 7. de stat. hom.*
(2) *L. 2. de confir. tut.*

será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley 6.*, que si la madre no instituyera heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dexara alguna cosa, podria el Juez confirmarle si quisiese, y de este modo, y no de otro valdria. El no valer ningun nombramiento de tutor, hecho por la madre, sin la subsiguiente confirmacion del Juez, es por no tener patria potestad: de la cual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley 3. de. tit. 16.*

5 De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento instituyéndole heredero, ó qualquier á un extraño, en los mismos términos, debe el Juez confirmarlo; y así y no de otra suerte será tutor, *l. 8. tit. 16. P. 4.* Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente á cierto tiempo, ó baxo de condicion, segun fuese la voluntad del testador, *d. l. 8. (1).*

6 Pueden ser dados tutores los que no

(1) *§. 3. Inst. qui test. tut. dar pos.*

están prohibidos; y los que están, son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25. años, y la muger, *l. 4. d. tit. 16.* Pero en la *glosa 5. de esta ley* dice Greg. Lop., que la prohibicion del menor debe solo entenderse en las tutelas legitima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá tenerla para administrarla quando fuere mayor. Y es de admirar, que para apoyar esta doctrina no haya echado mano de la *ley 7. del mismo título 16.* que la prueba expresamente: bien que lo advirtió en la *glosa 2. de esta misma ley 7.* Y en cuanto á mugeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el Juez del Lugar donde son ellos, que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otro las mugeres, ó como suele decirse, el beneficio del senadoconsulto Veleyano, que prohibió esta obligacion de las mugeres, *d. l. 4.* que añade la razon de estas dos condiciones, diciendo ser la

de la primera, porque casándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque si no hiciesen la expresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela, y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el Juez del Lugar en que esto sucediere sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y no esté prohibido ser tutor. Y si hallare, que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5. de rit. 16.*

7. Además de los que acabamos de expresar, cuenta la *ley 14. de dicho título 16.* por prohibidos á los Obispos y Monjes. Y de los Sacerdotes y demas Clérigos seculares dice, que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el

Juez del Lugar dentro de quatro meses despues que supieren la muerte de su pariente, que dexó hijos sin guardador, y decir á este el que quieren serlo de los hijos que lo fuéron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice, que no pueden serlo, sino es que el padre en su testamento les nombrase. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al Rey por razon de que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

8. Entre los que están prohibidos de ser tutores no cuentan las *citadas leyes 4. y 16.* á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7. dicho tit. 16. P. 6.* en la manera siguiente: Si el testador nombra tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25. años: y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dexase por tutor á un esclavo ageno, no valdria, ni seria tutor.

(1) *Nov. 123. cap. 5.*
Tom. I. 21

9 Y debe advertirse, que cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera, que se pueda saber ciertamente qual es. Si acaeciese pues, que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, sino pudiese saberse ciertamente qual de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria. *d. l. 7. vers. Otrosí.*

10 En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado muriese este ántes que el testador, sería tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos. *l. 9. tit. 16. P. 6.* Y en su *glosa 1.* advierte muy bien Greg. Lop. sería lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y sino la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad. *d. l. 9.* Llámase legítima esta tutela, porque compete

por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11 *La ley 10. del mismo título 16.* aprueba la legítima tutela que los romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14. años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud, apenas podrá suceder este caso.

12 A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados así, porque son dados por el Juez. Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes, que heredarían al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al Juez del Lugar le dé tutor, que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y sino le pidieren, pierden el derecho que tenían de heredarle, si muriese sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlo los amigos del mozo, ó cualquier otro del pueblo; y el Juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500.

(1) *Princa. Inst. de Atilian. tut.*

maravedis (de oro debe entenderse, segun el valor que en otra parte explicaremos): mas si valieren ménos, bien podrá mandarlo á otro Juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el Juez del domicilio del mozo, sino tambien el del Lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradixera, *l. 2. tit. 16.*

13 Y si todos los Jueces que lo pueden dar, dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lop. en la *glosa 13. de dicha l. 12.* que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el Juez del origen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, porque al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el Juez del domicilio, fundados en dos razones. La una, por ser este el orden en que están escritos en esta *ley 12.* Y la otra, porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias

tiene el Juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo Grande, deben las Audiencias remitir al Rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, *l. 14. tit. 5. lib. 2. de la Recop.*

14 La *ley 21. d. tit. 16.* refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I. Por cumplir el huérfano los 14. años, si fuere varon, ó los los 12. si fuere hembra (1). II. Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III. Por la esclavitud de uno de los dos (3). IV. Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos, que son llamados legítimos. VI. Si se excusase el tutor por causa legítima. VII. Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lop. en la *glosa 2. d. l. 21.* entenderse por la palabra *desterramiento*, el que llamaron los roma-

(1) *Princ. Inst. quib. mod. tut. finit.*

(2) *§§. 3. et 4. eod. (3) d. §. 4.*

nos *deportacion*, y hemos explicado en el *tit. 3. n.6.* Sobre el IV. que en lo que dice la ley *so condicion*, quiso significar, *pendiente ó durante alguna condicion*. Vemos lo resiste algo la expresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Sino es que digamos, que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el derecho romano (1): pero esto lo impide la palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V. en quanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legitima, es conforme al derecho romano, que puso Justiniano en sus Instituciones (2), segun el cual la tutela legitima de los parientes, solo competia á los que lo eran por agnacion, y la perdía el tutor por su adopcion. Nos persuadimos que los Compositores del libro de las *Partidas*, lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados (3), y que nuestra ley 9. *tit. 16. P. 4.* llama á la tutela á los parientes baxo el nombre general y natu-

(1) §. 2. *cod.* (2) §. 3. *cod.*

(3) *Novel. 118. cap. 5.*

ral de *parientes*, extensivo no ménos á cognados que á agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Celebraríamos ver quien discudiese mejor, para conformarnos desde luego con su dictámen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido; y cognados los que son por parte de madre, ó alguna hembra.

15. Fenecida la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14. años hasta los 25. y tambien á los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, *incatecados*, 7. 13. *d. tit. 16.* Y como el darse á éstos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lop. en la *la glosa 1.ª de esta ley*, que tambien debense darse á los *prodigos*, *mudos*, *sordos*, y demas que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas, segun lo dispuso el derecho romano (1). Asso y de Manuel en sus Instituciones del derecho civil de Castilla, *pag. 11. vers.* Muchas atribuyéron á Greg. Lop. haber dicho en la

(1) §§. 3. et 4. *Inst. de curat.*

glosa 2. de la ley 2. d. tit. 16. que no habia curadoría legitima para los furiosos, cuando allí dixo lo contrario.

16 Los que están en su acuerdo, dice *d. l. 13.* esto es, los menores de 25. años, á quienes por la sola falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban; sino los quisieren; sino es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (1). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25. años, *Greg. Lop. en la glosa 2. de dicha l. 13. Gutier. de tutel. par. 1. cap. 9. n. 18.*; pero acordamos lo que diximos en el *tit. 4. n. 28. al fin.* No puede el curador ser dado en testamento; pero si fuere dado, y entendiere el Juez ser útil al menor, débelo confirmar, *d. l. 13. (2).* Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien *Greg. Lop. en la glosa 5. de d. ley 13. y Gutier. de tutel. part. 1. cap. 19. n. 30.* Dicha *ley 13.* habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun,* en que dice, que al huérfano que ha guardador, no le

(1) §. 2. *Inst. de curat.* (2) §. 1. *eod.*

deben dar otro: cuya doctrina con las excepciones que allí la siguen, ya la entienden los mismos Lopez y Gutierrez del tutor, como tambien lo estableció el derecho romano, sentando la famosa regla: *Habenti tutorem tutor dari non potest* (1). Los modos de acabarse la curadoría son los mismos por que fenece la tutela; con las diferencias. que la edad es la de 25. años, y que tambien se acaba si el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres (*). Consideramos tambien oportuno notar aquí. Que los mayores de 20. años pueden pedir en el Consejo la dispensa para poder administrar sus bienes, sin licencia ni autoridad de Curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M. que suele conformarse y concederla. En virtud de esta vènia, puede el que la ob-

(1) §. 5. *eod.*

(*) Este parrafo se le habia pasado al autor ponerlo aquí como su respectivo lugar, y lo habia puesto al fin de la obra.

tuvo hacer y otorgar cualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier actos que le convengan judicial ó extrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia: como tambien tomar cuentas con pago de cualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán darsela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raices de su hacienda, sin autoridad ni Decreto de la Justicia, hasta que hayan cumplido los 25. años. Así lo trae en el *tomo 1. cap. 98. de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fué su secretario, y explica latamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que si el pretendiente es mayor de 13. años, puede obtener de la Cámara la dispensa de los 18. hasta los 20. y con cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida vénia. Hablan de ella los *Autos acordados 92. tit. 4. lib. 2. 34. tit. 19. d. lib. 2. y 26. tit. 5. lib. 3.*

17 Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competerles la tutela, de-

xan de ser tutores, ó porque se excusan, ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas, que quanto diremos de tutores, queremos se entienda tambien de curadores. Siendo la tutela un oficio, que aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respetos, mereciendo la Real proteccion los que están en ella, *l. 41. tit. 18. P. 3. l. 20. tit. 23. P. 3.* no es de estrañar necesiten de justa causa los que quieran excusarse de administrarla. *Excusanza* dice la *ley 1. tit. 17. P. 6.* es como: *Monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenuto de recibir en guarda a él, nin á sus bienes.* Es pues preciso para conseguirla, tener alguna razon derecha, ó justa causa. Solo advertimos en este particular, que á nuestro dictámen, no necesitan de causa alguna para excusarse los tutores legitimos, atendidas la *ley 2. vers. La tercera,* y la *ley 12. en el principio del tit. 16. P. 6.* que lo dexan á su arbitrio; y de consiguiente, que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

18 En la *ley 2. de dicho tit. 17. P. 6.*

se refieren varias de estas justas causas, que son: I. En tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del R. y (1). II. El ser recaudador de las rentas del Rey (2), ó ser su mensajero; y el haber de juzgar y cumplir la justicia por obra. Y añade la misma ley, que ninguno de estos puede excusarse de la tutela que hubiese recibido antes de tener su oficio (3). Cuya añadidura, y lo que vamos á ver sobre la excusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg. Lop. y á Gutier. que creyeron, aquel en la glosa 5. de d. l. y este en su lib. de tutel. par. 1. cap. 21. nu. 4. et 5. significarse al ausente por causa de la República, por la voz *Mensajero*; la cual segun D. Sebastian Covarrúbias en su tesoro de la lengua castellana, y el diccionario de la misma de la Real Academia Española, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron las leyes

(1) Princ. Inst. de excus. (2) §. 1. eod. (3) d. §. 1.

10. tit. 31. P. 2. y la ley 13. tit. 29. P. 3.; por todo lo cual juzgamos, que su *Mensajero* en d. l. 2. tanto vale, como llevador de recados, ó cobrador de los Recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*. Confrontan esta excusa con el texto romano que habla de la siguiente.

19. III. excusa es, *ir en servicio del Rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy luéne; ó fuese allá por servicio, ó por pró comunal de la tierra en que vive*. Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la República; y con efecto, el mismo Lop. en la glosa 9. y Gutierrez en el n. 6. la confrontan tambien con la que las leyes romanas concedieron á estos ausentes (1). Y lo acaba de convencer el que á estos tales, dan nuestra ley 2. que puedan separarse de la tutela que ántes tenían, encargándola á otro durante su ausencia: y que vueltos tengan un año de vacacion ó excusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV. excusa es, si acaeciese algun pleyto granado de nue-

(1) §. 2. eod.

vo entre el guardador del huérfano sobre toda la heredad, ó sobre alguna partida grande de ella (1). La V. excusa es, si alguno tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se puede excusar de la quarta (2). Gutier. en su citado *lib. de tutel. part. 1. cap. 21. n. 8. y siguientes*, hablando de esta excusa, adopta las declaraciones del derecho romano en este particular, esto es, que para dar excusa las tres tutelas, no deben ser afectadas, y que no sirven por tutelas las fiaduras de ellas; pero que bastaria una sola tutela, si fuese tan diusa, y de tantos negocios, que equivaliese á muchas (3).

20 La VI. excusa es la pobreza, y la VII. la enfermedad, cuando fuesen tales, que le impidiesen poder cuidar del huérfano (4). Y la VIII. el no saber leer ni escribir, y ser tan simple, ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con recado. La IX. excusa es, si hubiese tenido el guardador grande enemistad capital

(1) §. 4. eod. (2) §. 5. eod.

(3) §. 5. eod. l. 115. §. 9. l. 31. §. ult. de excus. (4) §§. 6. et 7. Inst. de excus.

con el padre del mozo, y despues no hubiese sido hecha paz entre ellos (1). La X. si al nombrado guardador hubiese movido pleyto de servidumbre el padre del huérfano, ó él al otro (2). Y la XI. el ser el nombrado mayor de setenta años (3). Las excusas hasta aqui referidas, están expresadas en la arriba citada *ley 2. tit. 17. P. 6.* Hay todavia otras contenidas en la *ley 3. inmediata*, que son las siguientes.

21 La XII. excusa es, el ser caballero, que estuviere en corte del Rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por prócomunal de la tierra, por cuyas palabras nadie duda entenderse los soldados, y así lo explican Greg. Lop. y Gutier. Es la XIII. excusa (4) el ser Maestro de Gramática ó de Retórica ó de Dialéctica ó de Física, mostrando su ciencia á los escolares, ú obrando por ella en su tierra ó en otro lugar por mandado del Rey: e lo mismo es de los Maestros de las Leyes que sirven á los Reyes viviendo con ellos por sus Jueces, o sus Consejeros, y de los Fi-

(1) §. 11. eod. (2) §. 12. eod.

(3) §. 13. eod. (4) §. 14. eod.

lósos que muestran el saber de las naturas. Cuya excusa, como advierte Gutier., exige actual enseñanza ó exercicio de su oficio, en los que quieran valerse de ella. La XIV. excusa es la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (1). La XV. y última excusa, que expresa dicha ley 3. tit. 17. P. 6. es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que excusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su muger que fuese menor de edad. Pero debemos advertir, que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la 14. y última, tit. 1. lib. 5. de la Recop. en la cual se manda, que el marido que haya entrado en los 18. años, tenga la administracion de sus bienes, y de los de su muger, sin necesidad de venia de edad, como notamos ya arriba tit. 4. n. 27. Y por último, debemos acordar una nueva excusa establecida en la ley 3. tit. 17. lib. 6. de la Recop. á favor del que tuviere 12. yeguas de vientre.

(1) §. 18. eod.

22 Queremos hacer aquí presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Asso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla*, lib. 1. cap. 4. vers. *Se excusan*, diciendo, que por la ley 21. tit. 14. lib. 6. de la Recop. no competian al pechero del Rey las quatro excusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni e cribir, y ser mayor de 70. años, establecidas, como hemos visto arriba nn. 19. y 20., en la ley 2. tit. 17. P. 6., sin advertir, que d. l. 21. solo deroga los privilegios ó esenciones personales concedidos á algunos plebeyos, por redundar en deservicio del Rey; y que por lo contrario aprueba expresamente las excusas que acabamos de expresar, por aquellas palabras: 2º *queremos que no gocen de ellas, salvo aquellas, que por los derechos y leyes de nuestros Reynos, excusan de las tales cargas y oficios.* ¿Y cómo habia de quitar unas excusas que las ha introducido la misma necesidad?

23 El tiempo para proponer el tutor la excusa, lo señala la ley 4. y ult. d. tit. 17. P. 6. en los mismos términos que lo hizo

el derecho romano (1), esto es, 50. dias, contados desde el dia en que supiere era dado por guardador, en el caso que estuviere en el Lugar en que fué dado, ó no mas léjos de 100. millas. Y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20. millas, y 30. dias mas. Nada mas dice *nuestra ley* en este particular, ni lo dixo la romana que señaló el tiempo. Pero sus Jurisconsultos Scevola, Modestino y otros, interpretándola dixeron, que en este último caso debe hacerse de modo la computacion, que nunca tenga el que está mas léjos ménos de 50. dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (2). No lo hallamos en Greg. Lop. ni en Gutier., quando hablan de *nuestra ley 4.* sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los Jurisconsultos Romanos. Y añade la misma *ley 4.* que desde el dia en que empezaron los reteridos 50. hasta cumplir quatro meses, se ha de decidir el pleyto, si debe valer ó no la excusa: Y que si el guardador se sintiere agraviado, por haber-

(1) §. 16. *eod.*

(2) D. §. 16.

sele desechado la excusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

24 Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les excusan. Tratemos ahora de aquellos, que aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidos de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la *ley 1. tit. 18. P. 6.* puede ser llamado sospechoso: *Que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, o que le mostrará malas costumbres.* Y añade, que aunque el tal fuese rico, y quisiese dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, por todo eso no le deben dexar en su guarda (1): Como por lo contrario, que si fuese pobre, y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las cuales pueden ser removidos, ó tollidos los tutores, y darse otros en su lugar, y son: I. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano e hubiese procurado mal los bienes de él. II. Si le hu-

(1) §§. 5. *et ult. Inst. de susp. tutor.*

biese mostrado malas maneras. III. Si des-
pues que hubiese en guarda al mozo, fue-
se hallado que era su enemigo, o de sus
parientes. IV. Si dixese delante del Juez,
que no tenia que dar á comer al mozo, y
hallasen que dice mentira (1). V. Sino
hubiese hecho inventario de los bienes del
huérfano. VI. Sino le amparase e él, e a
sus bienes en juicio, o fuera de juicio.
VII. Si se escondiese, y no quisiese pare-
cer, cuando supiese que le habian dado
guardador del huérfano (2).

25 Acusar puede al guardador por sos-
pechoso cada uno del pueblo. E general-
mente es tenuta de lo hacer la madre del
huérfano, o su abuela, o su hermana, o
su ama que lo crió: y otra qualquier per-
sona tambien muger como hombre, que se
mueva á hacerlo por razon de piedad (3).
Pero el mozo menor de 14 años no po-
drá acusar á su guardador por sospecho-
so; mas si fuese mayor lo podrá hacer con
consejo de sus parientes (4). Y puede ser
acusado por sospechoso tambien el que

(1) §. 10. eod. (2) §. 9. eod.

(3) §. 3. eod. (4) §. 4. eod.

fuese dado al que está en el vientre de su
madre, como al ya nacido, sea el tutor
testamentario, legítimo ó dativo. Y debe
ser hecha la acusacion delante del Juez
mayor del lugar donde ha el mozo sus
bienes, estando delante aquel contra quien
es dada la acusacion de la sospacha, como
todo lo de este número consta en la ley 2.
d. tit. 18. P. 6.

26 Y puede tambien el Juez de oficio
remover al guardador, aunque ninguno le
acuse, si viere ó entendiere que era sos-
pechoso (1). Y debe advertirse, que pen-
diente el pleyto de acusacion, ha de dar
el Juez á otro hombre bueno y fiel la guar-
da del mozo y de sus bienes, hasta que el
pleyto sea acabado, l. 3. d. tit. 18. Y si
el guardador es removido por engaño que
haya hecho en los bienes del menor, que-
dará infamado para siempre, y pagará al
huérfano el daño que le hizo, segun el
arbitrio del Juez. Mas sino es removido por
engaño, sino por pereza y haber cuidado
mal, no queda infame, l. 4. d. tit. 18. (2).

(1) L. 3. §. 4. de susp. tut. (2) §. 6.
de susp. tut.

27 Desembarazado el tutor de excusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y ántes de entrar debe dar fiadores valiosos al Juez del Lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores, que ellos alinearán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos, y los frutos de ellos (1). Y debe tambien jurar, que hará todas las cosas á pró ó beneficio de los huérfanos que tiene en guarda, guardando lealmente sus personas y cosas, l. 9. tit. 16. P. 6. (2). Y asimismo debe formar luego inventario de todos los bienes y derechos del huérfano (3), de modo que sino lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entónces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, l. 15. tit. 16. Y por quanto esta ley usa de la palabra luego, sin expresar tiempo, juzga Gutier. citando á otros, en su lib. de tutel. part. 2. cap. 1. n. 10. que lo debe hacer luego que pueda, sin valerse del tiempo conce-

(1) Princ. Inst. de satisd. (2) Nov. 72. cap. ult. (3) L. 7. de adm. et per. tutor.

dido á los herederos. La fórmula se haya en la ley 99. tit. 18. P. 3. Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, l. 120. tit. 18. Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el Juez, y esta protesta le sirve de inventario; Greg. Lop. glos. 3. de d. l. 99. citando á otros.

28 En quanto á la obligacion de afianzar, es bien sabido, que las leyes romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador, que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (1). Y este modo de pensar siguen Gutier. d. lib. par. 1. cap. 5. n. 1. y Greg. Lop. en la glosa 5. de d. l. 9. tit. 16. P. 6. cuya ley y la 94. tit. 18. P. 3. lo confirman tambien, quando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legitimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade allí mismo Greg. Lop., que en la práctica (así lo vemos) á todos se les exige que afiancen.

(1) Princ. Inst. de satisd. tut. l. 36. de excusat.

29 De la madre y la abuela diximos arriba en el n. 6., que para tomar la tutela, deben prometer no casar, y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en quanto á la obligacion de afianzar Asso y de Manuel en sus *Instituciones lib. 1. cap. 3. vers. Como*, dicen que sola están obligados á hacer las renunciaciones. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lop. en la *glosa 8. de d. l. 9.* y Gutierrez en *d. par. 1. cap. 12. n. 16.* en donde la prueban latamente con bellísimas razones, satisfaciendo lo que puede decirse en contrario.

30 Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos, y se levantara desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al Juez, que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y sino que lo haga alguno de ellos; y si se acordaren en esto, debe el Juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera, que cada uno quiera obligarse, debe escoger el Juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y se

rá mas provechoso al huérfano; y tomándole fiador en los términos referidos, darles poder para que él solo administre la tutela, *l. 11. d. tit. 16. P. 6.* en cuya *glosa 4.* dice Gregor. Lop., que si el testador expresó cuál de los que nombraba quería que administrase, este debia ser preferido á todos, sino es que constase de alguna circunstancia por la cual debia ser repellido: Y que sino se convienen que uno solo administre, pidiendo que la tutela se divida por partes, deberán ser oidos.

31 En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupilo; y en consecuencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en quanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse, y sino lo hubieren hecho, procurará el Juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano, y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo, no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si

Tom. I. 24

tuviese madre que fuese muger de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo crie, y ella lo puede tener mientras se mantuviese viuda. Mas luego que casare deben sacar el huérfano de su poder, *l. 19. tit. 16. P. 6.*

32 Los alimentos del huérfano debetarse el Juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en quanto al comer, como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere facer, segun lo expresa la *ley 20. de dicho tit. 16.* Y comentando Greg. Lop. estas últimas palabras *si se pudiere facer*, dice en la *glosa 3.* que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa 1.*, esto es, que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano, cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutier. en *d. lib. par. 2. cap. 3. n. 10.* citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp. 224. vers.* Quando minores, que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores

destinarles á artes, oficios, ó servir á otros, para alimentarles y educarles; y con efecto así vemos practicarse: ni hay otro camino que tomar. Así lo dicta la equidad, aunque nos falte ley expresa, como en caso semejante dixo con su acostumbrada elegancia el célebre Jurisconsulto Ulpiano (1).

33 Y adviértase, que si el guardador entendiése, que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, expendiendo por él quanto fuese guisado, o poco mas por esta razon: entónces lo puede facer, e debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como expresamente lo establece *d. l. 20.* Cuya doctrina es de dictámen Gutier. en su *citado lib. part. 2. cap. 3. n. 5.* que tiene lugar, no solo quando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien quando lo hizo por descuido de no haber acudido al Juez.

34 Debe tambien cuidar el guardador

(1) *L. 2. §. 5. de ag. et ag. pivo. arcen.*

que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir: y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino, que mas le conviniere, segun sus circunstancias, y riqueza, *l. 16. d. tit. 16. P. 6.* Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleyto que moviese, ó le fuese movido en juicio. Y lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleyto con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en quanto fuese en su daño; pero sí en quanto le fuese provechoso, y el otorgamiento débelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l. 17. d. tit. 16. (1).*

35 Asimismo debe cuidar el guarda-

(1) *Princ. Inst. de auct. tut.*

dor con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *l. 15. tit. 16.* Y aunque nada hallamos expresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos, que nuestros mas célebres Jurisconsultos, Covar. *l. 3. variar. cap. 2. n. 1.* Gutier. *de tutel. part. 2. cap. 9.* y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á algun Mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras 7. de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor.* Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso: pero con la advertencia de que este perjuicio ó interes del huérfano sea leve, como así está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part. 1. cap. 4. n. 30.* Y este empleo lo deberá hacer den-

tro los 6. primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atras, sino es que hubiese impedimento para el empleo.

36 Por la utilidad de los huérfanos, tienen prohibicion de enagenar sus bienes raíces los guardadores, *l. 18. d. tit. 16. l. 60. tit. 18. P. 3.* entendiéndose tambien por enagenacion el empeñarles, *l. 8. tit. 13. P. 5.* Y aunque estas tres leyes todo lo expresan de los bienes raíces; con todo, en atencion á que la *ley 4. tit. 5. P. 5.* dice generalmente, que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros Doctores, á imitacion del derecho romano (1), que tampoco pueden enagenar los muebles preciosos útiles al huérfano que puedan guardarse. Gutier. en su *citado lib. de tut. part. 2. cap. 21.* examina lata y fundadamente esta cuestion, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enagenar, las pueden empeñar. Tambien la examina Greg. Lop. en la *glosa 3. de la ley 4. tit. 5. P. 5.* y en la *3. de la ley 8. tit. 13. P. 5.* Se fun-

(1) *L. 22. C. de administ. tutor.*

dan en que *d. l. 8.* concede la facultad de empeñar los muebles indistintamente: bien que con la añadidura, de que debe meter en pró del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibicion debe entenderse, sino intervinere decreto del Juez; pues con este podrán enagenar los guardadores dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; de suerte que el Juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enagenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enagenacion en pública almoneda de 30. dias. Y no deberá consentir, que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació, se enagene en ninguna manera, pudiéndolo excusar, *d. l. 18. d. l. 60.*

37 Como la prohibicion de enagenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raíces ó mue-

bles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enagenar los demas muebles sin decreto del Juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l. 8. tit. 13. P. 5. Gutier. d. part. 2. cap. 21. La ley 4. tit. 5. P. 5. permitia,* que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano baxo ciertas solemnidades: pero está corregida por la *ley 23. tit. 11. lib. 5. de la Recop.* que prohíbe, que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre ó muger, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar la compra, que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del Rey.

38 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raices. Y para cumplirlo, ademas del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus here-

deros con todos sus bienes, como expresamente lo establece la *ley ult. tit. 16. P. 6.* de cuyas últimas palabras infiere Gregorio Lopez en su *glosa 8.* que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de *esta ley.* Que los de los mismos guardadores lo estén desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley 23. tit. 13. P. 5.*

39 Ademas de tener los guardadores derecho de que les abonen en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero juzgo,* y despues la *2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.* Y por quanto *estas dos leyes expresan,* que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las expensas, *lib. 4. tit. 14. P. 6. vers. Ca segun (1),* prueba bien Gutier.

(1) *L. 7. solut. matrim.*

de *tutel. part 3. cap. 27.* que ántes se han de sacar las expensas, y de lo que restare liquido la décima, entendiendo por expensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa, ú otras semejantes, las cuales no desminuyen la décima, si que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap. 23.* entiende con razon por frutos, á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en tierras del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas, además y ántes de percibir la décima: mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutier. en *d. part. 3. cap. 2. nn. 19. y 20.*

40 El derecho del padre en los bienes del hijo, que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros, que administran bienes ajenos. No necesi-

tan decreto de Juez para tomar y exercer su administracion. Ni para enagenar los bienes raices, cuando hay justa causa para la enagenacion. Ni están obligados á hacer inventario de ellos, si solo una descripcion ante un Escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo de *usufruct. cap. 3. nn. 10. 69. 87. y siguientes*, en que explica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley 24. tit. 13. P. 5.* que citamos abaxo *tit. 17. n. 6.* prueba esta facultad en el padre de enagenar, sin hacer mencion de decreto de Juez, aunque no debe hacerlo.

INDIAS. La mutacion de estado antecedente *Capitis diminutio* relativa á la pérdida de libertad, domicilio, y familia, que ántes sufrían los siervos por pena en las clases de servidumbre justa, deportacion, y adopcion conforme á la *ley 18. tit. 1. P. 6.* ha cesado en quanto á la parte máxima, por razon de que la servidumbre de pena, se ha abolido en gracia de la humanidad conforme á la pragmática sancion de 12. de marzo de 1771.

Los Indios aunque sean mayores de

25. años, deben tenerse como menores en la enagenacion de sus bienes: pues no pueden enagenarlos sin intervencion de Juez. l. 27. lib. 6. tit. 1. *Recop. Ind.* Y siempre que se les haya de demandar alguna cosa en juicio, se les debe dar curador, cuando no tengan protector, l. 1. tit. 6. lib. 6. *Recop. de Ind.* y el arg. de la l. 17. tit. 16. P. 6.

TITULO VIII. DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES (1).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sea restitucion in integrum.
3. Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.
4. Se concede con conocimiento de causa: y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fidedores.
5. 6. y 7. Casos en que cesa la restitucion.
8. Tiempo de pedirse.

(1) Tit. 4. lib. 4.

9. Compete tambien á las Iglesias, Ciudades y otros cuerpos.
10. 11. 12. Y á otros expresados en estos números.

NOs parece bastar lo que hemos dicho de tutores y curadores. Y en atencion á que los huérfanos, que están bajo la potestad y gobierno de estos, tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aquí de estas restituciones; y con efecto este mismo orden sigue el libro de las *Partidas*.

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo expuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es, que los Legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituídos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit. 19. y ult. P. 6.* A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas (1)

(1) Tit. 4. lib. 4. D.

25. años, deben tenerse como menores en la enagenacion de sus bienes: pues no pueden enagenarlos sin intervencion de Juez. l. 27. lib. 6. tit. 1. Recop. Ind. Y siempre que se les haya de demandar alguna cosa en juicio, se les debe dar curador, cuando no tengan protector, l. 1. tit. 6. lib. 6. Recop. de Ind. y el arg. de la l. 17. tit. 16. P. 6.

TITULO VIII. DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES (1).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sea restitucion in integrum.
3. Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.
4. Se concede con conocimiento de causa: y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fidedores.
5. 6. y 7. Casos en que cesa la restitucion.
8. Tiempo de pedirse.

(1) Tit. 4. lib. 4.

9. Compete tambien á las Iglesias, Ciudades y otros cuerpos.
10. 11. 12. Y á otros expresados en estos números.

NOs parece bastar lo que hemos dicho de tutores y curadores. Y en atencion á que los huérfanos, que están bajo la potestad y gobierno de estos, tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aquí de estas restituciones; y con efecto este mismo orden sigue el libro de las *Partidas*.

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo expuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es, que los Legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituídos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit. 19. y ult. P. 6.* A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas (1)

(1) Tit. 4. lib. 4. D.

174. LIBRO I. TITULO VIII.
restitutio in integrum, y así le llaman también nuestras leyes, l. 3. tit. 8. lib. 4. de la Recop. y otras, y no es otra cosa, que: *Restitucion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor*, l. 1. d. tit. 19. l. 1. tit. 25. P. 3.

3 Menor se entiende el que no ha cumplido los 25. años, aunque le falte muy poco tiempo para ello. Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas. La una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, l. 2. d. tit. 19. (1), tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales (2), de cualquiera naturaleza que sean, l. 2. tit. 25. P. 3. l. 3. l. 5. d. tit. 19. en la que se ponen varios exemplos, sin impedir la restitucion el haber intervenido decreto del Juez, l. 1. tit. 13. P. 3. Y tiene también lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia, que hubiese ya adido (3). Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las

(1) L. 7. §. 7. de minor. (2) d. l. 7. §. 5. (3) d. l. 7. §. 9.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES. 175.
razones por qué la desampara. Y en vista de serle dañosa, la acuerda el Juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, l. 7. d. tit. 19. Y en cuanto á prescripciones previene la ley 9. d. tit. 19. que las de 20. ó ménos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entónces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14. años, sin distincion, compitiendo para rescindir las la restitucion.

4 La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el Juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleyto, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, débelle tornar en aquel estado en que era ántes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo ha-

(1) L. 13. eod.

bia primeramente, *l. 2. tit. 25. P. 3.* Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien quatro años despues, y no solamente el menor, sino aun sus herederos, *l. 8. tit. 19. P. 6. (1).* Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, *l. 2. tit. 25. P. 3. (2).* Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fué fiador, que entónces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores en quanto montare el engaño, *l. 4. tit. 12. P. 5.*

5 Carleval en su *lib. de jud. tit. 3. quæst. 16. n. 36.* y Gutier. *practicar. quæst. 32. n. pen.* juzgan, que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos en que expresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y así lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: I. Si

(1) *L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. l. 8. §. ult. de minor.* (2) *Tit. C. in int. rest. post.*

dixese el menor engañosamente, que era mayor de 25. años, y por su persona pareciese tal, *l. 6. d. tit. 19.* la cual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lop. en la *glosa 1. de d. l. 6.* fundado en sus mismas palabras, y citando á otros, y á leyes romanas (2), que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fuéron dolosos, y el dolo de uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II. Si el pleyto fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere siendo ya mayor, *l. 2. tit. 25. P. 3. (3).* III. Si el huérfano mayor ya de 10. años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, *l. 4. d. tit. 19.* Y lo mismo seria si siendo mayor de 14. años,

(1) *L. 2. l. 3. C. si min se maj. dix.*

(2) *L. 25. junc. l. 26. de rei vind. l. ult. §. 3. de eo per quem fac. er.* (3) *L. 3. §. 1. de min.*

constase haber cometido adulterio, *d. l. 4. (1)*. IV. Si habiendo seguido pleyto el menor, pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l. 6. d. tit. 19. (2)*. V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del Juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor jugare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiese, si que tendria lugar la restitucion, *l. 4. tit. 14. P. 5. (3)*. La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun quando interviene decreto del Juez, como hemos notado arriba n. 3, es, porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del Juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

6 VI. Cesa la restitucion, si el daño que ha padecido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya suce-

(1) *L. 9. §. 2. eod.* (2) *d. l. 9. §. ult. tit. C. si adver. lib.* (3) *L. 1. C. si adv. solut.*

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES. 179.
 dido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador, ó engaño de otro, *l. 2. d. tit. 19. (1)*. VII. Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l. 1. tit. 25. P. 3. (2)*. Y es la razon, porque la restitucion es remedio extraordinario y subsidiario, y los que son de esta clase cesan, quando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (3): cuya razon la indica la misma ley 1. por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* VIII. Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14. años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleytos, *l. 6. d. tit. 19.* aprobando la famosa autentica de los romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *Discursos criticos sobre las leyes lib. 3. disc. 2. y 4.* Vemos con gusto su inobservancia; y hemos

(1) *L. 11. §. 4. de min.* (2) *L. 16. §. 3. eod.* (3) *d. l. 16. per totam.*

manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *appendice de minor. 25. an.* que va en su título correspondiente en nuestro *Digesto Romano-Español.*

7 Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de 9. dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo, *l. 8. tit. 11. lib. 4. de la Recop.* y el de 3. para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l. 1. tit. 19. lib. 4.*

8 El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se expresa en las *leyes 4. y 5. tit. 5. la 3. tit. 8. y la 5. tit. 9. de la Recop.* previniéndose, que no puede pedirse dos veces, y que así se exprese en la sentencia.

9 Ultimamente advertimos, que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las Iglesias, el Fisco, y los Concejos, Ciudades ó Universidades, cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (1), la que debe pedirse dentro de 4. años contándose desde el dia, en que recibieron el engaño ó menoscabo: y si el daño fuese de

(1) *L. 4. C. ex quib. caus. maj.*

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES. 181.
mas de la mitad del precio, dentro de 30. años, *l. 10. tit. 19. P. 6.*

10 Ademas de los menores y Cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros, á quienes compete la restitucion *in integrum.* La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos así celebrados valen, atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (1), se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que lo dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l. 56. tit. 5. P. 5.* y en su *glosa 1. Greg. Lop.* Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad, ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, *l. 7. tit. 33. P. 7. (2).*

11 Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa

(1) *L. 21. §. 5. quod. met. cau.*

(2) *L. 34. de diversis regulis juris.*

182. LIBRO I. TITULO VIII.
de guerra, mandamiento del Rey, ú otra de la República, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro; y se les cuenta el quadrienio, para pedirla, desde el dia en que se restituyéron á sus hogares y á sus herederos, desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *l. 10. tit. 23. l. 28. tit. 29. P. 3. (1)* cuyo beneficio amplia la *ley 4. tit. 13. lib. 4. de la Recop.* Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto lib. 4. tit. 6. n. 10. competir* este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dexado procurador en la Ciudad, fundados en razones que parecen sólidas.

12 Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si así sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enagenó, segun escogie-

(1) *L. 1. §. 2. ex quibus caus. major.*

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES. 183.
re l. 30. tit. 2. l. 15. tit. 7. P. 3. Y por cuanto esta *l. 15.* para dar entrada á estas acciones, exige que la enagenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su *glosa 2. Greg. Lop.* que cesarán si se hubiese hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (1). Y por cuanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley romana (2) cuando uno enagena la cosa, instituyendo heredero, ó legándola, concurriendo ademas ser esta enagenacion necesaria.

(1) *L. 1.*

(2) *L. 8. §. 3. de alien. jud. mut. cau.*

FIN DEL LIBRO I.

LIBRO II.
DE LAS COSAS.
TITULO I. (1).

DE LA DIVISION DE LAS COSAS,
Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28. Part. 3.

1. Qué se entiende por cosa, y se dividen las cosas en cinco especies.
2. hasta el 9. Se explican las cinco especies de cosas.
9. Dos subdivisiones de cosas.
10. Qué sea dominio, y cómo se entiende esta palabra.
11. La división de los dominios ha nacido del derecho de gentes, y cuántos sean los modos de adquirirlo.
12. 13. Por ocupacion se adquieren los animales fieros ó salvages.
14. Restriccion sobre el cazar y pescar.

(1) Tit. 1. lib. 2. Inst.

15. De las abejas.
16. De los animales mansos ó domésticos.
17. De los domesticados, y principalmente de las palomas.
18. De la invencion: de las cosas desamparadas: y de las mostrencas.
19. De la invencion del tesoro.
20. De la tradicion.
21. Division de accesion en discreta y continua.
22. Subdivision de la accesion continua en natural, é industrial, con explicacion de la aluvion y manifiesta fuerza del rio.
23. De las islas de los rios, mutacion de su alveo ó cauce, y de la inundacion.
24. De la accesion industrial cuando una cosa se junta á otra.
25. 26. Otros exemplos de la accesion industrial, cuando se escribe, pinta ó edifica.
27. De la especificacion.
28. 29. 30. Del poseedor de buena fe.

I **H** Abiendo tratado del primer objeto del derecho, que son las personas, pasamos á tratar del segundo, que son las cosas. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprehende á quanto hay en Tom. I.

el mundo; pero aquí se toma por: *Aquello que no siendo persona ni acción puede ser de algun útil ó comodidad al hombre.* La ley 2. tit. 28. P. 3. divide las cosas en cinco especies. I. Comunes á las bestias y todas las otras criaturas que viven, para poder usar de ellas, tambien como á los hombres. II. Otras que pertenecen tan solamente á todos los hombres. III. Otras que pertenecen apartadamente al comun de alguna Ciudad, Villa, Castillo ú otro cuerpo semejante. IV. Otras que señaladamente pertenecen á cada un hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. V. Otras que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes (1).

2 En la siguiente ley 3. tit. 28. se dice pertenecer á la I. especie el ayre, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas (2): de cada una de las cuales puede usar cualquiera criatura que viva. Por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando ó navegando, ó haciendo todas las cosas que entendiere que le aprovecharen, d. l. 3. Podrá pues hacer

(1) *Princ. Inst. de rer. div.* (2) §. 1. eod.

en ella casa ó cabaña á que se acoja, cuando quisiere, y cualquier otro edificio que le aproveche, de manera que no embarace el uso comun de las gentes; y hacer en ellas naves, y enxugar redes. Y de quanto labrare é hiciere, ningun otro puede impedirle que use y se aproveche, l. 4. tit. 28. Ni podrá tampoco ningun otro usar de estas obras, ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podria cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó mientras se conservan, y no mas, d. l. 3. Y es llamado ribera: *Todo aquel lugar que cubre el agua del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano, d. l. 4.*

3 Entre las cosas de la II. especie cuenta la ley 6. de d. tit. 28. los rios, los puertos, y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres (1), en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran ó viven en aquella tierra de do son. Si se con-

(1) §. 2. eod.

fronta la explicacion de las cosas de esta II. especie con la de las de la I. veremos, que en quanto al uso de los hombres no parece distincion; porque unas y otras pertenecen al comun de todos los hombres, sean de la tierra que fueren. Tampoco la presentaban las Instituciones romanas en los §§. 1. y 2. de ver. dic. en que hablaron de estas dos especies de cosas. Pero sus Intérpretes la hacen diciendo, que el uso de las de la I. especie es comun á todos los hombres del mundo, y el de las de la II. á todos los de aquel territorio en que se hallan; pero no á los de otro: y esta misma diferencia indica Greg. Lop. célebre comentador de nuestras leyes de las Partidas en la glosa 4. de dicha ley 6. La causa de haberse hecho mencion del uso de las bestias en la explicacion de las cosas de la primera especie, y no quando se explican las de la segunda, no la alcanzamos.

4 Como el uso de los rios es comun á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese he-

cho antiguamente, de que viniese daño á dicho uso comun, debe ser derribado, l. 8. tit. 28. la cual da bella razon que debe atenderse siempre en todos los asuntos, á saber: *Que no es cosa guisada, que el pró de todos los hombres comunmente se estorbe por el pró de alguno.* Y de la misma manera que es comun á todos el uso de los rios, lo es tambien el de sus riberas. Y de consiguiente todos pueden atar á los árboles que ha en ella sus naves, componerlas, como tambien sus velas, poner mercaderías y pescado, y venderle, enxugar sus redes, y hacer otras semejantes. Pero el señorío ó propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que están unidas, d. l. 6. Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y les pueden cortar, y hacer de ellos lo que quisieren (1): con tal que no lo hagan á tiempo que estoviese atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase y la quisiesen atar, porque entónces se consideraria impedir el uso comun de la ribera, l. 7. d. tit. 28.

(1) §. 4. eod.

5. A la III. especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes á estos de las Ciudades y Villas (1), destinados al pró ó utilidad comun de cada una Ciudad ó Villa: de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella; más no los que moraren en otro pueblo, l. 10. tit. 11. P. 3. l. 9. d. tit. 28. P. 3. en cuya glosa 6. dice Greg. Lop. que las Ciudades ó Villas tienen fundada su intencion de que le pertenecen los montes y términos que están en su territorio. Cotejadas las cosas de esta III. especie con las de la I. y II. al tenor de lo que diximos al n. 3. se vé consistir su diferencia, en que el uso de las de la I. es comun á todos los hombres del mundo, el de las de la II. á todos los del Territorio, Reyno, ó Provincia en que se hallan, y el de las de la III. á todos los de la Ciudad ó Villa en que existen. Otras cosas hay que sin embargo de pertenecer tambien al comun de las Ciudades y Villas, no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas

(1) §. 6. *cod.*

que están en el patrimonio de la misma Ciudad: cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la Ciudad, como reparar muros, puentes y otras cosas semejantes, y pagar salarios de Corregidores y otros Oficiales, l. 10. d. tit. 28. l. 5. tit. 5. lib. 3. de la Recop. Para el buen gobierno y administracion de estos bienes se mandó una Junta dicha de *Propios y Arbitrios* al tenor de reales Instrucciones de los años 1745. y 1746. de las cuales se han expedido despues algunas *Adiciones*. Nuestro instituto de escribir Instituciones no nos permite entretenernos en explicarlas, ya se pueden ver en Martinez en su obra *Librería de Jueces*, tit. 5. lib. 7. de la Recop. y en otros que han hecho coleccion de cédulas recientes. Estas cosas, aunque son de la Ciudad, pertenecen á la IV. especie siguiente.

6. A la IV. especie de cosas pertenecen aquellas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre, l. 2. tit. 28. P. 3. cuales son las que llamamos privadas ó de particulares, y tambien las que están destinadas al patrimonio de alguna Ciudad, ó cualquier otro Colegio ó Uní-

versidad, en cuyo caso sirven sus frutos para el beneficio comun de aquella Universidad cuyas son; pero sin perder su naturaleza de ser cosas de esta IV. especie, como acabamos de manifestar en el número antecedente.

7 La V. y última especie de cosas es de aquellas, dice la citada, l. 2. d. tit. 28. que non pertenecen á señorio de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes. Las solemos llamar de derecho divino por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, religiosas, santas, l. 12. d. tit. 28. Sagradas son: Aquellas que consagran los Obispos, como Iglesias, altares, cruces, cálices, y otras semejantes, establecidas para el servicio de la Iglesia. Y debe advertirse, que si alguna Iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, l. 13. d. tit. 28 (1).

8 La siguiente ley 14. de tit. 28. adoptando la doctrina de las leyes romanas (2), dice ser lugar religioso: *Aquel en que está enterrado un hombre, o a lo ménos su cabeza.*

(1) §. 8. *Inst. de rer. div.* (2) §. 9. *eod.*

Pero como ya advirtió Antonio Torres en sus *Instituciones* §. 6. y otros, no reconocemos en España por religioso otro lugar, que el consagrado ó bendecido por los Obispos. Ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos. Seguimos en esto las leyes canónicas. Y la ley inmediata 15. tambien refiere lo que establecieron las romanas de las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la ciudad; y que por ello incurrian pena de muerte los que los quebrantasen, rompiéndolos ó forzándolos. No lo aprueba formalmente, como nota Greg. Lop. en su glosa 2. infiriendo de ello ser oportuno el distinguir entre violacion y violacion, diciendo, que si la hacia alguno con ánimo doloso, debia condenarse con pena de la vida, y si se executaba sin él, con pena extraordinaria.

9 Otra division de cosas se menciona en la l. 1. tit. 30. P. 3. que es subdivision de las de la IV. especie que hemos expresado en el n. 4. y es en corporales y no corporales ó incorporales. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. Corporales

por lo contrario; las que pueden tocarse, como la casa, el caballo, &c. De estas unas son inmuebles ó raíces, que tambien se llaman bienes sitios, dichas así, porque no pueden moverse del lugar en que están, como son los campos y casas; y otras muebles, que pueden moverse, ó bien por sí mismas como las mulas, bueyes, caballos, ó por los hombres, como vestidos, mesas y los frutos de la tierra, l. 4. tit. 29. P. 3. Es menester tener presente esta diversidad de cosas, por el diferente derecho que produce en varios asuntos.

10 Explicada la primera parte de este título, pasamos á la segunda, en que hemos de tratar de los modos de adquirir el dominio de las cosas corporales. Dominio es: *Derecho de disponer de una cosa, segun su arbitrio, sino lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convencion.* Se llama tambien en nuestras leyes *señorío ó propiedad*, l. 27. tit. 2. P. 3. bien que este nombre *propiedad* se toma con frecuencia por aquel dominio al qual falta el usufruto, y por lo mismo suele llamarse entónces *nuda propiedad*. Ademas del dominio regular hay otro que llama *útil*, de lo qual trataremos en su

lugar. Con rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente tomado se extiende á las incorporales ó derechos, especialmente á los reales en quanto decimos que son nuestros, y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11 Todos saben, que la division de dominios viene del derecho de gentes, porque la exigió la necesidad de poder vivir los hombres en paz y tranquilidad; y que son varios los modos de adquirirle. De ellos, unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y otros han sido introducidos por el civil. En este título, solo trataremos de los primeros, dexando para mas adelante el hablar de los civiles, que tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Decimos pues, que los pertenecientes al derecho de gentes se pueden reducir á dos, tomándolos con alguna extension, *ocupacion* y *accesion*. Quanto adquirimos por hecho ú ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion, y otras que iremos recorriendo: y á la accesion lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une

con ella de modo, que constituya un cuerpo con la misma. Tambien se pueden reducir á dos de otra manera, diciendo ser uno *derivativo*, y otro *originario*. El primero se llama así, por derivarse de otro sugeto por cuya voluntad se nos confiere, tal es la tradicion, sin que haya otro. El segundo, porque á nadie debe su origen, teniéndolo todo en sí, y á él pertenecen todos los demas, á excepcion de la tradicion.

12 Y por quanto la primera division de modos nos parece mas cómoda y proporcionada para entender mejor los que vamos á explicar, empezamos, usando de ella, por la ocupacion de los animales fieros ó salvages. Y queremos ante todas cosas advertir, que los animales unos son y se llaman absolutamente fieros ó salvages, otros que son tambien de naturaleza fiera; pero se llaman domesticados ó amansados, porque lo están, y otros domésticos ó mansos. En los primeros y los últimos se siguen reglas enteramente diversas en quanto á la ocupacion: y en los segundos seguimos la regla de los mansos, mientras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros cuando la han dexado.

13 Fieros son aquellos animales: Que por instinto tienen inclinacion de ir y vagar por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre, sean terrestres, aquatiles ó voladores. Y como no tienen dueño, se hacen del que los coge, aunque los coja en campo ageno (1), sino es que los cogiere prohibiéndolo el amo de este, ó bien prohibiendo la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, si hubiese ya entrado en él, l. 17. tit. 28. P. 3. en cuyos casos son del dueño del campo. Y si los animales cogidos saliesen del poder del cazador, volviendo á su anterior estado, pierde este su dominio, y le adquiere el primero que los coja despues, entendiéndose salir de su poder, cuando han huído y están tan lejos, que no se vén, ó aunque se vean, se considera que ya no pueden cogerse, l. 19. d. tit. 28. Si alguno hiriese alguna fiera, y persiguiéndola herida, la cogiese otro, será de este, porque no estaba todavia en poder de quien la hirió, y podia escaparse. Y tambien la hará suya el que la cogiere enredada en un lazo, que otro hu-

(1) §. 12. Inst. de rer. div.

biese puesto, según todo lo establece la ley 21. de d. tit. 28.; bien que añade, que en algunos lugares se usa lo contrario. Y Greg. Lop. en las glosas 1. y 3. de la misma inclina á favor de esta costumbre, citando á Azon que dice ser general, y á otros, mayormente cuando estaba tan enredada la fiera, que no podía escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Y la ley 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real prohíbe, que pueda alguno coger la fiera mientras la persiga el que la hirió. Es pues regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiéndole tenido se han escapado y recobrado su libertad, que se hacen del que primero los ocupa.

14. Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los Príncipes modificarla ó limitarla en beneficio del mismo común, como lo prueba latamente el Señor Covar. con aquella solidez que acostumbra, in cop. Peccatum de reg. jur. in 6. §. 8. Con efecto se leen varias limitaciones en las leyes del tit. 8. lib. 7. de la Recop. Y mas recientemente en la Ordenanza de caza, que incluye y manda

guardar la cédula de 16. de enero de 1772. En ella se prohíbe generalmente el cazar desde el día primero de marzo hasta el primero de agosto, y de puertos al mar océano desde el mismo primero de marzo hasta primero de septiembre; y en todo el año en los días de nieve y fortuna. Solo se exceptúan los dueños de los sitios vedados de todo el reyno ó sus alrededores, que podrán cazar conejos en ellos desde el día de San Juan Bautista hasta primero de marzo. Se prohíbe tambien el uso de galgos en el expresado tiempo de la veda, ampliándose esta prohibicion en los parages plantados de viña, hasta que su fruto sea cogido. Y sin expresion de tiempo el cazar con perdices de reclamo, lazos, perchas, orzuelos, redes y demas instrumentos, que destruyen la caza, y perjudican la abundancia y diversion; pero se permite todo esto en la caza de codornices y otros pájaros de paso, aun en el tiempo de veda. Se manda que se maten los hurones, con una leve excepcion en los sitios vedados. La pesca en aguas dulces se prohíbe asimismo desde primero de marzo hasta fin de julio, con instrumento, como no sea la

caña. Solo los dueños particulares ó sus arrendadores podrán pescar desde el día 24. de junio. Y en el n. 13. se refieren los instrumentos y medios ilícitos prohibidos en todo tiempo; y en el 15. las penas de los transgresores.

15 Entre los animales fieros ó salvages se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad que traen á los hombres, se han introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas; el cual conserva el dominio de los enxambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan léjos, que se considere imposible recogerlos; porque entónces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ageno, sino es que el amo del campo estando delante se lo prohibiese; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, l. 22. d. tit. 28. Pero no podrá prohibir á su dueño que las persigue, el entrar en el campo y recogerlas, l. 17. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

16 Los animales mansos ó domésticos

son aquellos que nacen y se crian en las casas de los hombres, como las gallinas y los ánsares ó patos: y aunque vuelen y se vayan de las casas de aquellos que los crian, y no vuelvan, no por eso pierde su dominio aquel cuyas son; de suerte que se pueden pedir al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, l. 24. d. tit. 28. Es pues la regla en estos animales, que sin embargo de cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

17 Los domesticados ó amansados son, segun diximos, de naturaleza fiera ó salvage; pero tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Mientras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dexan, la de los fieros. Refiere algunos la ley 23. de d. tit. 28., y entre ellos otra especie de ánsares, que no se crian en casa, y los mas conocidos y útiles, que son las palomas. Pero en atencion á que derramándose en los tiempos de sementera y cosecha por las heredades y eras, ocasionaban por su multi-
Tom. I. 29

tud graves daños en los sembrados y mieses, se promulgó una Pragmática en 16. de septiembre del año 1784. en la que mejorando lo establecido en la ley 7. tit. 8. lib. 7. de la Recop. y en el n. 9. de la Ordenanza de caza, de que hemos hablado arriba al n. 14. se manda lo siguiente: I. Que los dueños de los palomares sean obligados á cerrarlos, y poner redes en los dos meses de octubre y noviembre, y en los tres de junio, julio y agosto, sin que las Justicias puedan ampliar ó reducir este término. II. Que hallándose las palomas en dichas dos temporadas fuera de los palomares, se les podrá tirar á cualquiera distancia por los vecinos y forasteros, bien sean labradores ó no lo sean, en los sembrados y eras, sin incurrir en pena alguna; con tal, que siendo dentro de la distancia del tiro, no se pueda hacer sino á espalda vuelta de los palomares. III. Que los dueños de los palomares, además de perder las palomas, han de pagar el daño á justa tasacion, y medio real de vellon de multa por cada una, con agravacion en casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares y demas al arbitrio del Consejo. IV. Que por

lo muy útil que es al comun la cria, aumento y conservacion de las palomas, subsista y quede en su fuerza y vigor para los demas meses y temporadas del año lo dispuesto en la expresada ley 7. y que en su consecuencia no se pueda tirar en ellos á las palomas á las inmediaciones de los palomares, ni á la distancia que previene de la legua de sus alrededores.

18 Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, siendo la razon de su adquisicion la misma que la de las fieras, de que siendo de ninguno, se hacen del que primero las ocupa, l. 5. d. tit. 28. P. 3. (1). Asimismo adquirimos el dominio por la ocupacion de aquellas cosas, que las desamparan ó echan sus dueños con la intencion que no sean suyos (2), bien sean muebles ó raíces, pues desde entónces empiezan á ser de ninguno: con el bien entendido, de que para esto deben concurrir las dos circunstancias de haberlas echado ó desamparado su dueño, y que esto

(1) §. 18. de rev. div. (2) §. 46. cod.

haya sido con la voluntad de que ya no fuesen suyas. Por falta de esta segunda circunstancia, no tiene lugar esta adquisicion de dominio en las cosas muebles que echamos al mar por el miedo ó peligro de la tempestad (1), ni en las raíces que desamparamos sin atrevernos á ir á ellas por miedo de enemigos ó ladrones, *leyes 49. y 50. de d. tit. 28.* Ni en las que llamamos *mostrencas*, esto es, que se hallan perdidas, sin saberse de quien son; las cuales se deben pregonar por espacio de 14. meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda recoger. Y si pasado este término no apareciere, se deben vender, y aplicar su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun el *Real Decreto de 27. de noviembre de 1785.* é instruccion que este cita y le acompaña. A este tenor quedan corregidas las *leyes 6. 7. y 8. tit. 13. lib. 6. de la Recop.* que hablan de este asunto.

19 La adquisicion del tesoro, esto es, dinero escondido, cuyo dueño ya no se sabe quien es, pertenecia tambien á la

(1) §. 47. *eod.*

ocupacion por su mitad, que se concedia al que lo hallaba, por razon del hallazgo, atendida la *ley 45. de d. tit. 28.* que así lo disponia á imitacion de las leyes romanas (1). Pero por ley mas reciente, que es la *1. tit. 13. lib. 6. de la Recop.* pertenece al Rey, dando la cuarta parte por galardón al denunciador. Y aunque *esta ley* solo habla al parecer de tesoros hallados en lugares pertenecientes al Rey, prueba el Sr. Covar. in *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. part. 3. §. 2. n. 4.* y mas latamente Gutier. *lib. 4. pract. quest. 36. a n. 51.* deber entenderse de todos, mayormente siendo esta la costumbre general; y que en ello no hay injusticia alguna. Y pertenecen tambien al Rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal, *l. 2. y siguientes d. tit. 13.* que hablan latamente de este asunto, y de cuanta parte se debe dar al inventor, segun la diversidad de circunstancias.

20 Referimos tambien á la ocupacion la acepcion, esto es, cuando recibimos alguna cosa por tradicion que nos hace el

(1) §. 39. *eod.*

dueño ó su procurador, nacida de un justo título idoneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta ú otra semejante; pues con hacérsenos este entregó ó tradicion, la adquirimos. Solo hay que advertir, que si el título es venta, no nos pasa el dominio, sino pagamos el precio, ó la venta se haga, dando el comprador fiadores, prendas, ó plazos, *l. 46. d. tit. 28. (1)*. Y no es menester, que la tradicion sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los Intérpretes ficcion de breve manó, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, como por exemplo, tengo yo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real; porque para ahorrer rodeos, se finge que yo se la restituí, y él me la entregó despues, *l. 47. d. tit. 28. (2)*. Y la otra simbólica, porque se hace por la tradicion de algun símbolo ó señal que representa y denota la tradicion de lo que se vende. Por este tér-

(1) §§. 40. 41. 42. *cod.* (2) §. 43. *cod.*

mino se hace del comprador el trigo que hay en un almacén, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacén, *d. l. 47. junc. la ley 7. tit. 30. d. P. 3.*; y véase otro exemplo de la vista en el *tit. sig. n. 15. (1)*. Y como las servidumbres y demas derechos ó cosas incorporales no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, *l. 1. d. tit. 30. (2)*. Tambien se hacen por la tradicion fingida del que coge los dineros ú otras cosas, que en funciones de alegría se echan al pueblo, pues aunque no los entrega corporalmente quien los echa al que los coge, como los echa con este fin, se finge que se los entrega, *l. 48. d. tit. 28. P. (3)*. Para tener lugar este modo de adquirir el dominio, debe ser dueño al tradente de lo que entrega, ó bien su procurador, y tener intencion de pasar su dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como diximos arriba *n. 11.*

(1) §. 44. *cod.* (2) *L. 1. tit. 3. P. 3.*

(3) §. 46. *Inst. de rer. dij.*

21 Vistos los modos de adquirir el dominio por la ocupacion, vamos á hablar de aquellos en que se adquiere por la accesion: cuyo nombre tomamos latamente, de manera que no solo se extienda á aquellas cosas que juntándose ó uniéndose á las nuestras constituyen con ellas un solo cuerpo, sino tambien á las que nacen de las nuestras. A esta última especie de accesion llaman los Doctores *discreta*, por la separacion de cuerpos, y á la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas, yeguas y otras bestias, l. 25. d. tit. 28. (1); y los frutos que producen nuestros campos.

22 De la accesion continua hay dos especies, natural, que acontece por obra de sola la naturaleza y beneficio de los rios, sin cooperacion alguna del hombre, é industrial, que procede de la industria y hecho de los hombres. La primera sucede de cuatro maneras: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que en él nacen, y mutacion del alveo ó cauce de los mismos. Aluvion es: *Crecimiento lento que dan*

(1) §. 19. eod.

las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez; y este aumento se hace nuestro por derecho de accesion, l. 26. d. tit. 28. (1). Pero si acaeciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno, con árboles ó sin ellos conocidamente del campo del vecino, y lo dexase junto al mio que estuviese mas abaxo, no se haria mio dicho terreno, hasta que durase tanto tiempo esta union, que los árboles echasen raíces en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, d. l. 26. en cuyas glosas 6. y 7. advierte con razon Gregor. Lop. seria lo mismo, si el no haber echado raíces en mi campo los árboles, fuese porque no los habia en la tierra unida: de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union: Y que el menoscabo debia regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

(1) §. 20. eod.

23. El dominio de las islas, que se hacen en el rio, lo adquieren por accesion los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas (1), y se debe seguir con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla se formase en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, midiéndolo con una sogá, *l. 27. d. tit. 28.* Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufruto, y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en cuanto á la propiedad, y tambien en cuanto al usufruto; pero el usufruto de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio, pertenecerá al fructuario del campo, *l. 30. d. tit. 28.* Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sino que las hubiesen formado los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece este de quien era, *l. 28. d. tit. 28. (2).* Si la isla naciese en el mar, lo

(1) §. 22. *cod.* (2) *d. §. 22.*

que sucede muy raras veces, es de el que la poblare primeramente; mas debe obedecer al Señor, en cuyo señorío está aquel lugar donde apareció, *l. 29. d. tit. 28. (1).* Si el rio muda de alveo, el nuevo se hace público como lo es el rio, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *l. 31. d. tit. 28. (2).* Si los campos se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que ántes le tenian; aunque pierden la posesion miéntras están cubiertos: mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como ántes lo hacian, *l. 32. d. tit. 28. (3).* Contamos tambien por accesion la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ageno. Cuando esto sucede, el dueño del campo adquiere el dominio del árbol, luego que este echa raíces, ó se alimenta de él, *l. 43. d. tit. 28. (4).* Y como esto acontecè por obra de la naturaleza, es natural esta accesion, ademas de las cuatro

(1) §. 22. (2) §. 23. (3) §. 24.
Inst. de rer. l. 3. §. 17. de adq. ó. am. pos.
 (4) §. 31. *Inst. cod.*

que suceden por beneficio de los rios, segun acabamos de explicar.

24. A la accesion industrial pertenece en primer lugar la conjuncion, esto es, cuando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere algunas veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo. En ello se observan las siguientes reglas establecidas en la *ley 35. de d. tir. 28.* Si á una estatua mia de oro ó plata junto un pie ó brazo, y la soldadura fuese del mismo metal, que son la estatua y pie, adquiero el dominio de este, si lo junto con buena fe, creyendo era mio el pie, con la obligacion de dar al que era dueño del pie su valor. Pero si lo juntase con plomo ó materia de otro metal, no lo hago mio, tenga mala ó buena fe. Si el dueño del pie lo juntase á mi estatua, me transfiere su dominio, si lo hace con mala fe, sabiendo ser mia la estatua, pues se presume que me le quiere dar. Y si la tuviese buena, tengo yo la eleccion ó de tener el pie en la estatua, pagando su estimacion al dueño que le juntó, ó dárselo sin pagarle el valor.

25. Tambien adquiero por accesion lo

que se escribe por otro en libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe creyendo ser suyo el pergamino, ó que tenia derecho de escribir en él, y lo quiere el dueño del pergamino, deberá pagar al que escribió lo que estimaren peritos, que merece por ello. (1). Y si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; pero no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso. Mas si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso, *l. 36. d. tir. 28.* Y si alguno pinta en tabla agena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño. Pero si pintó con mala fe, pierde la pintura, y debe ser de quien era la tabla, *l. 37. d. tir. 28.* (2).

26. Por accesion adquirimos tambien el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que lo hubiésemos hecho con mala fe, sin poderlos demandar aquel

(1) §. 33. eod. (2) §. 34. eod.

cuyos eran: lo que se estableció para precaver, que arruinándose las casas, sacando de ella los materiales, se arruinasen con deformidad de la Ciudad. Pero el que metió los materiales tiene la obligación de pagar á su dueño el valor de ellos duplicado, l. 38. d. iii. 28. (1), la cual concede esta accion al doble, hablando de este mismo asunto en el *vers. Pero y siguientes*, distingue diciendo, que si el edificante tuvo buena fe, compete contra él la accion al doble, y si la tuvo mala, debe pagar quanto jurare interesarle el que recibió el daño, nos parece, que cotejadas estas dos leyes tiene este elección contra el que edificó con mala fe, para pedir su interés, ó el doble valor de sus materiales. En la práctica jamas hemos visto, ni creemos se verá, condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe.

27 Los dos modos de adquirir que se siguen, no son tan sencillos, esto es, contienen en sí alguna mezcla ó diversidad. Sea el I. la especificacion, que no es otra cosa que: *Formacion de una nueva especie*. Si

(1) §. 29. eod.

alguno la hace de materia agena, debe distinguirse en quanto á su dominio el caso en que no puede tornar á su primer estado que tenia ántes, del en que puede tornar. En el primero pertenece el dominio al que formó la especie, y así será mio el vino y aceyte que hice de uvas y aceytunas agenas, con tal que lo haya hecho con buena fe. Y el modo de adquirir el dominio será *ocupacion*, porque considerándose enteramente nueva especie, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia; será pues tuyo el vaso que otro hubiese hecho de plata tuya. Y es la razon, por considerarse haber permanecido siempre la misma materia (1), que como mas principal y fundamento de la forma, la atraxo á sí; y por ello el modo de adquirir el dominio en este caso, es *accession*. Y adviértese, que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar al otro ó el valor de la ma-

(1) §. 25. eod.

teria que perdió, ó las expensas que hizo formando la especie con buena fe; pero no si la hubiese tenido mala, l. 33. d. tit. 28.

28 El II. es el que dimana de la posesion con buena fe. Si con ella compra alguno casa ó campo, de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos que percibiere por la obra y trabajo que puso en ellos, hasta que apareciendo el dueño de lo comprado, se comenzase pleyto entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse hasta la contestacion del pleyto, con tal que los hubiese consumido ó despendido. Pero los no despendidos ó estantes les debe tornar al dueño de la finca, sacando primero las expensas que hubiere hecho sobre ellos, l. 39. d. tit. 28. (1) Esta doctrina debe entenderse en los frutos que llamamos *industriales*, por el motivo de que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como es trigo y demas granos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros, es la percepcion ó separacion de la tierra ó árboles que les producen; porque los no se-

(1) L. 22. C. de rei vind. (1)

parados ó pendientes, se reputan parte de la cosa (1). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si así fuera tendria tambien lugar en el poseedor de mala fe, lo que no sucede, como luego veremos: ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidos la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por sí los da el campo, dice la *misma ley* 39. que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe, y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista, que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de executarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no poder hacerse en ellos mismos como á consumi-

(1) L. 44. D. cod.
Tom. I.

dos: cuya doctrina generalmente entendida, no tendria al parecer equidad. Dirémos pues con Greg. Lop. en la *glosa 9. de d. ley 39.* que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico: cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe, que debia restituir los frutos despendidos, varia la locucion, cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar, la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase, que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las expensas que hizo en su razon, *d. l. 39. al fin.* La siguiente *ley 40.* pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entrada sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadío ú otra razon derecha; pero sabiendo, que aquellos de quien la han, no tienen derecho de enagenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio de-

ben tomar la cosa con los frutos que llevarón, y con los que hubiera podido llevar su dueño: y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro excepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa agena, habla con extension la *ley 44. de d. tit. 28.*, distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de buena las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas, si el dueño de la casa no quisiere pagarselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las expensas voluntarias: bien que deberá

dexarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta ley habla con mas claridad que las 41. y 42. del propio título, que tratan del mismo asunto.

INDIAS. El imperio que exercen nuestros católicos Reyes en el mar de indias, está reconocido y admitido por las potencias extrangeras, como consta de la l. 1. tit. 2. lib. 4. de la Recop. de ind. vease tambien el tratado entre ingleses y españoles del año de 1714. art. 8. y en orden á los Batavos el art. 31. eod. Y el tratado que últimamente se ajustó entre nuestra corte, y la gran Bretaña sobre la pesca en el mar del Sur. &c.

Muchas cosas que segun el derecho antiguo se tenian por públicas, corresponden hoy en América, lo mismo que en otros Reynos, á los derechos de la magestad, vease todo el título 25. de la Recopilac. de ind. Las cosas de Universidad son aquellas cuya propiedad pertenece á todos; pero solo el uso, á cada uno en particular, como son los exidos, términos públicos, dehesas, montes, y pastos de las Ciudades Villas y

Lugares ll. 13. y 14. tit. 7. lib. 4. Recop. de ind. y acerca del modo de administrar é invertir los bienes comunes de los pueblos de indios, vease todo el título 14. lib. 6. de d. Recop. Hay ademas otros bienes de Universidad cuyo uso no pertenece á los particulares sino tan solo á la ciudad ó república, y estos bienes deben llamarse mas bien patrimonio de la Ciudad, tales son: los propios, arbitrios, y positos. tit. 13. lib. 4. Recopilacion de indias y el disponer de estos bienes toca al congreso de la Ciudad, con tal que sea en bien del comun, y dando cuenta á la superioridad, si excediere de 30 maravedís la cantidad que quiera invertirse ll. 2. y 5. tit. 13. lib. 4. Rec. de ind. y la real cédula de 20. de agosto de 1791.

En todos los pueblos de indios debe compelerse á estos á que labren una porcion de tierra, para que con los frutos se junten los bienes de comunidad ó censos l. 13. tit. 4. Rec. de ind. y estos bienes ni la superioridad podrá expenderlos, sino en bien y comodidad de los indios; aunque se diga que es necesario al bien público, ó de la Ciudad l. 10. y 15. tit. 4. lib. 6. Rec.

ind. de que se infiere que dichos bienes pueden expendirse en edificar Iglesias y mandar misiones apostólicas en bien y salud espiritual de los indios, y lo mismo en establecimientos para su instruccion como Seminarios, ó Escuelas en que se enseñen los elementos de la Religion y ciencias, en idioma español. *ll. 15. y 16. tit. 4. lib. 6. Rec. ind.* y una real cédula de 24. de enero de 1782.

Por lo que pertenece al derecho de la caza, y pesca, es constante que todo el pueblo, ó su gobernador deben reclamar sus derechos respecto de los extraños como puede verse en el *tit. 8. lib. 4. de Rec. de ind.* y la real cédula de 16. de enero de 1772. y en orden á las leyes que deben observarse en la pesca de perlas, y de la quinta parte que pertenece al Rey vease todo el título 25. de la *Rec. ind.* principalmente la ley 29.

Los bienes mostrencos no pertenecen de ninguna manera á la invencion segun la *l. 6. tit. 12. lib. 8. Rec. ind.* mas los tesoros de los indios religiosamente guardados, á los que llaman *Guacas* y las minas de metales abandonadas y sin Señor, aunque segun el

derecho de las partidas solo pertenecen al Rey, está determinado entre nosotros, que puedan ser de los particulares, baxo ciertas condiciones, pues nadie puede cabar la tierra con el motivo de buscar tesoros sin previa licencia del Rey, ó sus magistrados, quienes deben convenir en la parte que deba atribuirse al fisco, y en que los inventores resarzan los daños, que casualmente se cause á las casas, fundos, ó posesiones; y si los inventores de tesoros los ocultaren, no solo pierden la parte á que tenían derecho, sino que se les debe confiscar la mitad de sus bienes vease todo el título 12. lib. 8. *Rec. ind.* Segun el artículo 14. tit. 6. de las nuevas ordenanzas de Minería está dispuesto que cualquiera pueda descubrir, y denunciar las minas halladas, no solo en los predios comunes sino aun en los de cualquiera particular con tal que se pague el precio del territorio ocupado, y el daño que por esta causa pueda seguirse: y por real cédula de 23. de junio de 1803. aun los fundos vinculados están sugetos á la enagenacion forzada en favor de los mineros, pudiéndose denunciar con las condiciones que expresa el dicho

artículo de ordenanzas de Minería de la edición de Madrid de 1783. donde se puede ver el modo de decidir los pleytos sobre minas.

No me parece fuera del caso notar aquí con el Señor Beleña 3 foliage fol. 166. que sin embargo de que por la *l. 1. tit. 10. lib. 8. Rec. ind.* está prevenido que las platas y oro, que se extraen de las minas paguen generalmente el 5. de derechos, tuvo á bien S. M. en real cédula de 30. de diciembre de 1716. conceder en gracia de los mineros de Zacatecas, contribuyesen solamente con el diezmo en lugar del 5. y por otra real cédula de 19. de junio de 1723. que pagaran todos el diezmo en vez del 5; tanto los mineros como los aviadores, rescatadores, folleros, y demas personas, en todos los minerales, incluso el oro, y en todos los reales de minas.

TITULO II. DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29. y 3. P. 15. lib. 4. de la Recop. (1):

1. 2. Si la usucapcion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó de el de gentes; y como se define.
3. Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.
4. 5. 6. 7. 8. 9. Se explican los cinco requisitos de la prescripcion.
10. 11. 12. Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo porque se prescriben.
13. Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.
14. Quiénes pueden adquirir posesion.
15. Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.
16. 17. Modos de perderse la posesion.

POR el uso de la cosa con justo título y buena fe, se adquiere tambien

(1) Tit. 2. et 3. lib. 41. D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

artículo de ordenanzas de Minería de la edición de Madrid de 1783. donde se puede ver el modo de decidir los pleytos sobre minas.

No me parece fuera del caso notar aquí con el Señor Beleña 3 foliage fol. 166. que sin embargo de que por la *l. 1. tit. 10. lib. 8. Rec. ind.* está prevenido que las platas y oro, que se extraen de las minas paguen generalmente el 5. de derechos, tuvo á bien S. M. en real cédula de 30. de diciembre de 1716. conceder en gracia de los mineros de Zacatecas, contribuyesen solamente con el diezmo en lugar del 5. y por otra real cédula de 19. de junio de 1723. que pagaran todos el diezmo en vez del 5; tanto los mineros como los aviadores, rescatadores, folleros, y demas personas, en todos los minerales, incluso el oro, y en todos los reales de minas.

TITULO II. DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29. y 3. P. 15. lib. 4. de la Recop. (1):

1. 2. Si la usucapcion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó de el de gentes; y como se define.
3. Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.
4. 5. 6. 7. 8. 9. Se explican los cinco requisitos de la prescripcion.
10. 11. 12. Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo porque se prescriben.
13. Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.
14. Quiénes pueden adquirir posesion.
15. Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.
16. 17. Modos de perderse la posesion.

POR el uso de la cosa con justo título y buena fe, se adquiere tambien

(1) Tit. 2. et 3. lib. 41. D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio, sin culpa ni intervencion suya: aunque no dexa de tener mucha equidad fundada en exigirlo así el bien público, como veremos; de suerte que no hallamos grande reparo en decir, que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta cuestion de poco ó ningún provecho, vamos á explicarlo.

2. A este modo de adquirir llamaron las leyes romanas usucapion ó prescripcion (1), y tambien le da este último nombre el *tit. 15. del lib. 4. de la Recop.* y no es otra cosa que: *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley.* Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la República; porque sin ella estarian expuestos á infinitos pleytos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legitimo: podria clamar

(1) *Tit. 6. lib. 2. Inst.*

en cualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del estado que se dexan considerar. La llamó con razon Ciceron fin de la solicitud y de los pleytos.

3. Para tener lugar la prescripcion, son necesarios cinco requisitos: I. Razon derecha ó justo título idóneo para transferir el dominio, esto es, que por él adquiririamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enagenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadio, permuta. II. Buena fe. III. Posesion continuada. IV. El tiempo tasado por la ley. V. Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impedimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era y que me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, l. 6. y siguiente, l. 9. l. 18. d. tit. 29. P. 3.

4 El título necesario para la prescripción debe existir real y verdaderamente, sin que baste el existimado; y de ahí es, que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado, ó que se le ha dado sin ser así; sino es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ageno, que le sea tolerable ó inculpaole; como por exemplo, si habiendo dado yo orden á mi procurador que me comprase alguna cosa me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado, ó la tuviese por legado, que ignorándolo yo hubiese sido revocado; en cuyos casos tendria lugar la prescripción, *l. 14. l. 15. d. tit. 29. (1).*

5 La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, ó tenia facultad de enagenarla el que se la vendió ó dió, *d. l. 9. (2)*, La ley 12. *d. tit. 29.*, imitando las romanas (3), estableció, que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó

(1) §. 6. *Inst. usucap. l. 11. pro empt.*

(2) *L. 109. de verb. sign. (3) L. 2. pro empt.*

la cosa, á excepcion de cuando la recibia por compra, que entónces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripción la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Gregor. Lop. en la *glosa 1. de d. l. 12.* el Señor Covar. *lib. 1. var. cap. 3. n. 7.* y todos los demas intérpretes nuestros dicen, que en este particular seguimos en España al derecho canónico, que en el *cap. ult. de prescrip. de las Decretales de Gregorio IX.* establece deber durar la buena fe hasta el completo de la prescripción. Y el mismo Gregor. Lop. en la *glosa 2. de la ley 21. de d. tit. 29.* añade: debe seguirse esta misma doctrina en la prescripción de 30. años, sin embargo de que esta ley, á imitacion tambien de las romanas (1), no exige buena fe en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion 48. n. 45. y siguientes.* pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley 5. tit. 15. lib. 4. de la Recop.* Y todavia avanzan mas Covar. *in regula Possessor.* *part. 2. §. 8. n. 5.* Castill. *de rebus, cap.*

(1) *L. 3. l. 4. C. de prescript. 30. an.*

26. n. 13. y Molina de *primogen. lib. 2. cap. 6. n. 66.*, hasta decir con otros muchos que citan, que la mala fe impide tambien la prescripcion inmemorial: pero advierte el mismo Covar. en *d. 8. n. 4. y siguientes* tener lugar esta sentencia en el caso de constar ser mala la fe; porque la que solo es mala por presuncion, se quita por la prescripcion de 30. años.

6. Posesion, dice la *ley 1. tit. 30. P. 3.* es: *Tenencia derecha que ante ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*, y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia*. La palabra *derecha*, significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad, como luego lo explicaremos, y con intencion en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene á empeños ó encomienda ó arrendada ó forzada; porque estos tales no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l. 4. tit. 15. lib. 4. de la Recop.*, y no la tienen creyendo que son dueños. Esta posesion ha de ser de tres

años para poderse prescribir las cosas muebles, *l. 9. d. tit. 29. P. 3.*, y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes si fuesen raíces, *l. 18. d. tit. 29. (1)* Y la siguiente *ley 19.* añade ser necesarios treinta años, cuando el que enagenaba la cosa sabia no tener derecho para ello, sino es que lo supiere tambien aquel que podia enagenarla y callase; en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y explica entenderse por presente, el dueño contra quien corre la prescripcion estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaria por la regla de los ausentes, y el otro por el de los presentes, segun la *ley 20. del mismo título 29.*

7. La posesion debe ser continua, *d. l. 9. tit. 29. l. 7. tit. 15. lib. 4. de la Recop.* porque si llega á interrumpirse, ó bien naturalmente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente, porque se le emplaza ó pone demanda, de tal manera queda cortada la prescrip-

(1) *Princ. Inst. de usucap.*

cion, que debe empezarse de nuevo, *l. 29. d. tit. 29. l. 7. tit. 15. lib. 4. de la Recop.* (1). Pero sigue la continuacion del antecesor en su sucesor tanto singular como universal; de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe, y de consiguiente si tú poseias una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me la vendes, poseyendola con igual buena fe otro año, completaré su prescripcion, *l. 16. d. tit. 29.* la cual extiende esta doctrina al caso en que poseyendo alguno cosa agena, la empeñó, y dió al acreedor en prenda, en el cual puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo, se entiende para prescribir el dominio; pues para la posesion basta un año y un dia, en los términos que previene la *l. 3. tit. 15. lib. 4. de la Recop.* esto es, que el que tiene por un año y un dia una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede excusarse de responder sobre la posesion. Es verdad,

(1) *L. pen. l. ult. C. de anal. except.*

habla la ley de las Ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinion de Diego Perez contra la de Azevedo en el comentario de *d. l. 3.*

8 El V. y último requisito para la prescripcion es, que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga impedimento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I. Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y el hombre libre, *l. 6. d. tit. 29. (1)*. II. Las plazas, calles, exidos, dehesas y otros bienes de las Ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l. 7. d. tit. 29. (2)*. III. Las forzadas ó robadas, *l. 4. d. tit. 29. l. 5. tit. 15. lib. 4. de la Recop. (3)*. IV. Las de los menores de 25. años, las de los hijos que están en la patria potestad, y las dotales (4), sino es que siendo el marido un pródigo, callase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote, *l. 8. d. tit. 29.* Esta

(2) *§. 1. Inst. de usucap. (2) L. 23. de sacros Eccles. (3) §. 2. Inst. de usucap. (4) L. ult. C. in quib. cau. in in. l. 1. §. 2. de anal. except. l. 4. de fund. dor. Tom. I.*

doctrina en quanto á las cosas dotales debe entenderse, quando la dote fuese inestimada; porque siendo estimada, ya no son dotales las cosas que se diéron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *l. 1. tit. 5. n. 4.* Y en quanto á los menores, téngase presente, y por repetido aqui, lo que diximos en el *lib. 1. tit. 8. n. 3.*

9 Las cosas que están en el patrimonio de las Ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *titulo antecedente n. 4.* se prescriben por el tiempo de cuarenta años, pero se puede pedir la restitucion *in integrum*, *d. l. 7.* Y lo mismo sucede en las raíces, que pertenezcan á alguna Iglesia ó lugar religioso: mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la Iglesia Romana, son menester ciento, *l. 26. d. tit. 29.* La jurisdiccion suprema, civil ó criminal, que compete al Rey, no admite prescripcion alguna, aunque sea de tiempo inmemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben, ni las

alcavalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los Reyes, *l. 1. l. 2. tit. 15. lib. 4. de la Recop. l. 6. d. tit. 29. P. 3.* Pero segun *esta l. 1.* cualesquiera ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y qualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anexas y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion inmemorial, que sea probada, segun previene la *l. 1. tit. 7. lib. 5. de la Recop.* que explicaremos, hablando de los mayorazgos; diciendo tambien entónces que prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion inmemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando 40. años para la posesion, *l. 8. d. tit. 15.*

10 Hemos hablado hasta aquí de la prescripcion en quanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque quando se trata de acciones, está tan léjos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion; como que produce á favor del prescribente el cortar la accion, dándole una excepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella mis-

ma la excepcion; y con efecto las leyes romanas dan con frecuencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y en este sentido se toma en varias leyes del *tit. 15. lib. 4. de la Recop.* La 6. dice: *El derecho de executar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no ménos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no ménos; lo cual se guarde sin embargo de la ley del Rey Don Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.* Y por quanto ni esta ley ni otra alguna de la Recopilacion habla de la prescripcion de la accion mere real, debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años, que estableció la *l. 21. d. tit. 29. P. 3.* Pero debemos advertir con Antonio Gomez en el comentario de la *ley 63. de Toro*, que es la misma *6. tit. 15. lib. 4. de la Recopilacion*, entenderse esta doctrina de las acciones real y mixta, quando al que posee la cosa le faltó algun

(1) *L. pen. de except. l. 8. l. pen. et ult. C. eed.*

requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio, concluído el tiempo, que hemos referido ser necesario, y hecho ya dueño, cesa contra él toda accion: Azevedo explica latamente esta *l. 6.*

11 Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes: I. La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II. La que compete á Boticarios, Joyeros y otros Oficiales mecánicos, y á los Especieros, Confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas, y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió; y para impedir esta prescripcion basta cualquier peticion de la deuda, aunque hubiese sido extrajudicial, *l. 9. d. tit. 15. lib. 4. de la Recop.* III. La que tienen los Letrados, Procuradores y Solicitadores para pedir sus salarios, no habiéndose contestado sobre ello, ántes que hayan pasado los tres años, *l.*

32. tit. 16. lib. 2. de la Recop., la cual manda ademas, que no pueda renunciarse su contenido; y que si se renunciare, no lo impida la renuncia.

12 La accion de un comunero de alguna herencia, ó cualquiera otra cosa, para que se divida, y se le dé su parte, no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, l. 5. d. tit. 15. lib. 4. de la Recop. que así lo establece sin señalar la razon. Creemos puede serlo el que posee á nombre de todos los comuneros el que así posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion, que tambien es de ellos.

13 Pusimos arriba al n. 6. la definicion de la posesion; y de ella se infiere, que no pueden poseer propriamente las servidumbres ni otras cosas incorporales; mas usando de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo tiene, es como manera de posesion, l. 1. tit. 30. P. 3. en cuya glosa 4. añade Greg. Lop. llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprehende baxo la palabra *posesion*. Se divide la posesion en na-

tural y civil. Es natural, la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como quando uno está en su casa ó heredad: civil, quando sale de la casa ó heredad no con ánimo de desampararla, sino porque no puede estar siempre en ella, y le vale tanto como la otra, l. 2. d. tit. 30.

14 Todo hombre sano de entendimiento puede ganar, ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, á excepcion de lo perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense, por razon del usufruto que le compete, l. 3. d. tit. 30. Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos, que tuvieren en guarda; y tambien el Oficial ó Síndico del comun de alguna Ciudad, para dicho comun, como si todos comunalmente se hubiesen apoderado de la cosa, l. 4. d. tit. 30.

15 Para adquirir la posesion, se requieren dos cosas. La una, voluntad ó intencion de ganarla; y la otra, entrar cor-

poralmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir, que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradición fingida ó presunta en los mismos términos, que hemos explicado en el título antecedente al n. 20. tratando de la adquisición del dominio. De ello nos traen algunos ejemplos las leyes 6. 7. 8. y 9. de d. tit. 30. y el de la 6. tiene la singularidad de ser sin tradición de símbolo ó nota, y sin ficción de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa, á voluntad del que la enajena, representándose con esto la verdadera tradición: cuyo modo de adquirir es también extensivo al dominio, *junt. d. l. 6. con la 47. tit. 28. P. 3. (1)*. Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre la tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l. 22. tit. 29. l. 5. tit. 30. P. 3.* Y lo mismo debe de-

(1) *L. 1. §. pen. l. 18. §. 2. de adq. v. am. pos.*

irse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (1). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al n. 6. *l. 10. d. tit. 30.* Aquella es derecha, que procede de título que por su naturaleza sea translativo de dominio, *l. 11. d. tit. 30.* Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufruto, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l. 5. d. tit. 30.* Pero advierte Gregor. Lop. en la glosa 2. de la misma deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo.

16 Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos cuales son aquellos por qué se pierde. Trata de ellos la ley 17. *d. tit. 30.* diciendo, que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raíces: I. Si echan de la cosa raíz al poseedor por fuerza. II. Si la entra otro alguno no estando él delante, y cuando vie-

(1) *L. 8. commod. v. cont.*
Tom. I.

ne despues no le recibe dentro en ella. III. Cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dexar en ella, ó le echarán de allí por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen (1). Pero debemos advertir, que el referir esta ley distintamente los tres modos de perder alguno la posesion de las cosas raíces, allí: *Non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

17. Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raíces, si el río en sus avenidas, ó el mar en su crecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l. 14. d. tit. 30.* Y adviértase, que

(1) *L. 15. de adq. v. am pos.*

segun la ley 32. *tit. 28. d. P. 3.* esta doctrina tiene solamente lugar mientras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas, como ántes lo haciamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion de que la perdiésemos ó les echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderiamos, *l. 13. d. tit. 30.* Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun río, *d. l. 14.*, lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habiamos cogido, con la diferencia, que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l. 14. l. 18. d. tit. 30. l. 19. tit. 28. d. P. 3. (1).* Y que se pierde tam-

(1) *§. 12. Inst. de rer. dis.*

bien la posesion desamparando el que tenia la cosa, con ánimo de no tenerla, l. 12. d. tit. 30., es cosa clara. Podriamos tratar aquí de las acciones ó juicios que llaman interdictos, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dexarlo para despues del título general de los juicios.

INDIAS. Solamente tenemos aquí la duda sobre la l. 9. tit. 15. lib. 4. Recop. Cast. por la cual se prescriben dentro de tres años los salarios que se deben á los criados, y otros. El Vela, Carleval, Acevedo y Silva, tratan con extension sobre si en este caso se presume mala fe del deudor, y si la prescripcion se interrumpa por interpelacion extrajudicial. Las Reales cédulas de 16. de septiembre, y 26. de octubre de 1784., mandadas observar por otra de 19. de mayo de 1785. derogan todo privilegio y foro secular, excepto el militar, para que todos los sirvientes, artesanos jornaleros &c. puedan ocurrir á los Jueces ordinarios para pedir quanto se les deba y que, desde el dia de la interpelacion extrajudicial hasta el dia de la solucion, corre en favor de los operarios el logro mercatorio de 6. por 100, y 3. respecto

de los sirvientes á quienes de la misma manera se les haya detenido la parte de sus salarios maliciosamente.

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES

REALES Y PERSONALES.

Tit. 31. P. 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre real ó predial, y como se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe, y á qué se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufruto.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

COMO las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio,

(1) Tit. 3. 4. et 5. lib. 2. Inst.

bien la posesion desamparando el que tenia la cosa, con ánimo de no tenerla, l. 12. d. tit. 30., es cosa clara. Podriamos tratar aquí de las acciones ó juicios que llaman interdictos, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dexarlo para despues del título general de los juicios.

INDIAS. Solamente tenemos aquí la duda sobre la l. 9. tit. 15. lib. 4. Recop. Cast. por la cual se prescriben dentro de tres años los salarios que se deben á los criados, y otros. El Vela, Carleval, Acevedo y Silva, tratan con extension sobre si en este caso se presume mala fe del deudor, y si la prescripcion se interrumpa por interpelacion extrajudicial. Las Reales cédulas de 16. de septiembre, y 26. de octubre de 1784., mandadas observar por otra de 19. de mayo de 1785. derogan todo privilegio y foro secular, excepto el militar, para que todos los sirvientes, artesanos jornaleros &c. puedan ocurrir á los Jueces ordinarios para pedir quanto se les deba y que, desde el dia de la interpelacion extrajudicial hasta el dia de la solucion, corre en favor de los operarios el logro mercatorio de 6. por 100, y 3. respecto

de los sirvientes á quienes de la misma manera se les haya detenido la parte de sus salarios maliciosamente.

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES

REALES Y PERSONALES.

Tit. 31. P. 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre real ó predial, y como se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe, y á qué se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufruto.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

COMO las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio,

(1) Tit. 3. 4. et 5. lib. 2. Inst.

como hemos manifestado en el título 1. de este lib. n. 10., pareció á los Componedores del Libro de las Partidas tratar de las servidumbres en el título 31. de la Partida 3., despues de haber tratado en los dos antecedentes del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es: *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que ha una casa en otra, y se llama *urbana*; y la otra que ha una heredad en otra, y se dice *rústica*. Las que son de este género se llaman reales, porque dicen respeto, y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas personales, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona sin señalamiento, respeto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufruto, *l. 1. tit. 31. P. 3.* que luego explicaremos. Estas se expresan siempre con el nombre específico que tienen; de suerte que cuando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 247.
de las reales, que tambien suelen llamarse prediales, por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios, uno dominante, por cuyo respeto y beneficio se constituye, y otro sirviente, que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituir las, á excepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el Juez (1).

2 Servidumbres urbanas, que como acabamos de decir, son las que ha una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l. 2. de d. tit. 31. (2)*, y son: I. El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia. II. El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa. III. El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa. IV. El derecho de echar el

(1) §. 1. *Inst. de sero. rust. et urb. præd.*

(2) *d. §. 1*

agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino por canal, caño, ó de otra manera. V. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes romanas llamaron á la I. de estas servidumbres *oneris ferendis*, á la II. *tigni immitendi*, á la III. *laminum*, á la IV. *stillicidii, vel fluminis avertendi*, á la V. *altius non tollendi* (1), y la VI. no la establecieron formalmente. Sus Intérpretes dixeron haber entre la I. y la II. la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en cuanto al pilar ó columna: cuya diferencia adopta Greg. Lop. en la glosa 2. de. d. ley 2. diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres menos frecuentes; y tambien manifesta haberlas nuestra citada ley 2. diciendo al fin

(1) L. 23. §. 3. fam. ersc. l. 18. com. div.
(2) Princ. eod.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 249.
despues de haber referido las expresadas:
O alguna otra semejante de estas que sea a pro de los edificios.

3 Rústica servidumbre es, segun diximos, aquella que ha una heredad ó campo en otra, y son tambien muchas sus especies; las mas frecuentes las que se siguen (1): I. *Senda*, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pie ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y no en par. II. *Carrera*, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III. *Via*, esto es, derecho de ir por heredad agena á la nuestra, á pie ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madera arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y sino la señalaron, la de ocho pies en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura, l. 3. d. tit. 31. (2).

(1) Princ. eod. (2) L. 8. de serv. rust. præd.
Tom. I.

4 IV. La que los romanos llamaron *aquæductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligación del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abaxar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l. 4. d. tit. 31.* Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente, que naciere en heredad agena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, sino es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l. 5. d. tit. 31. (1)*. V. El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias, con que labro mi heredad, en prado ó de-

(1) *L. 2. §. de serv. rust. præd.*

hesa, *l. 6. d. tit. 31. VII.* El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en la heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ella el aceyte que recojo en la misma, *l. 7. d. tit. 31. (1)*.

5 Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l. 9. l. 13. d. tit. 31. (2)*, reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l. 11. d. tit. 31.* Y si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tambien por su parte, como por la de los otros: mas si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *l. 10. d. tit. 31. (3)*. Y lo mismo debe decirse en quanto al predio dominante (4). Y adviértase, que las servidumbres son indivi-

(1) *§. 2. Inst. cod.* (2) *§. 3. cod.*

(3) *L. 11. de serv. præd. rust.* (4) *d. §. 3.*

duas, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni en los del sirviente, que posean el predio; y de consiguiente se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, *l. 9. l. 18. d. tit. 31.*

6 La servidumbre es una cualidad tan inherente ó afixá á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamente en cuanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, sí no que pasa al nuevo poseedor, *l. 8. l. 12. d. tit. 31.* No podrá pues enagenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enagenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua, que ya tuviere en su campo, á otro, para que este riegue la suya, *d. l. 12.* y es la razon, porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad agena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7 Tres son las maneras de constituirse

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 253.
 las servidumbres expresadas en la *l. 14. d. tit. 31.* I. Por contrato ó concesion entre vivos. II. Por testamento ó última voluntad. III. Por el uso. De la I. y II. cualquiera puede formarse los exemplos; y en cuanto á la III. debe advertirse, que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego, y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las discontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y las discontinuas por el inmemorial, *l. 15. de d. tit. 31.*, y allí Greg. Lop. en su *glosa 3.* Continuas decimos ser aquellas de que usamos cada dia, como se explica dicha *ley 15.*, poniendo por exemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba *n. 2.* Y discontinuas, por lo contrario las de que no usamos cada dia, de las que pone también exemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el *n. 3.*, y lo son asimismo las tres últimas que hemos explicado al *n. 4.* La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la *misma ley*

15. en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las discontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, da á entender manifiestamente, que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gomez, 2. var. cap. 15. n. 27. vers. *Item*, que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I. y II. de las urbanas, arriba n. 2., se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso: pero en las negativas, cual es la V. de las mismas urbanas, desde que el prescribente prohíbe al otro usar de la libertad. Si posees pues enfrente de mi casa una área ó solar, que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, sino es que habiéndolo querido hacer te lo impedí, y desde entonces hubiesen pasado 10. á 20. años.

8 En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradición;

y baxo de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gomez d. cap. 15. n. 27. vers. *Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. Y añade allí mismo, que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso del tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño; y lo mismo dice por via de limitacion Greg. Lop. en la glosa 3. de d. l. 15., como sucederia si creyéndote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ó utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquirian por el uso, aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de adquirir servidumbres por el uso, lo establecieron y fundaron muy bien las leyes romanas (1). Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gomez y Greg. Lop. en los lugares citados; y es muy conforme á

(1) *L. ult. in fin. de præsc. long. temp.*

256. LIBRO II. TITULO III.
lo que establecen de la prescripcion de las cosas corporales las leyes 6. 9. y 18. tit. 29. P. 3. como hemos notado en el título antecedente núm. 3.

9 Son tambien varios los modos de perderse ó extinguirse las servidumbres: I. Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se extingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, l. 17. d. tit. 31., porque el hombre no usa de sus cosas en manera de servidumbre, ó como suele decirse á ninguno sirve su cosa, l. 13. d. tit. 31. II. Por la remision ó condonacion de la servidumbre, que hace el dueño del campo á que se debe, d. l. 17. Y no es menester que la remision sea expresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciese alguna cosa que impedia su uso, l. 19. d. tit. 31. (1).

10 III. Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de pre-

(1) L. 8. quem. serv. am.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 257.
sentes y ausentes las discontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las discontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocandose los tiempos, l. 16. d. tit. 31. Pero debemos advertir entenderse esta doctrina en las servidumbres rústicas; porque de las urbanas, que se deben á los edificios, establece la misma ley 16. perderse por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, á buena fe, como por exemplo, de que usa la misma ley, cerrar la ventana por donde entraba la luz. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el otro que no la usó: lo contrario será, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños el predio, que era comun, l. 18. d. tit. 31, que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y en el segundo dos (1).

(1) L. 16. quemad. serv. am.

Tom. I.

36

11 Servidumbres personales, que como diximos arriba n. 1. se suelen expresar con sus nombres específicos de *usufruto, uso, y habitación*, son las que se deben á las personas, sin respeto alguno á cosas. Es la principal y frecuentísima el usufruto, que no es otra cosa que: *Derecho de usar de casas, tierras, ganados, u otra cosa agena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos*. Pertenecen pues al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa, en que tiene el usufruto, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propiamente frutos, ó cuando lo sean, son extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Los puede vender como quisiere; pero no podrá enagenar ni empeñar la misma cosa: ántes bien tiene obligacion de dar fiadores de que no se perderá, ni empeorará la cosa por culpa suya; y cuando se acabe el usufruto, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, l. 20. d. tit. 31. Y ademas debe alíñarla y cuidarla bien, de manera que si

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 259.
 fuere casa, ha de repararla y cuidarla que no caiga, ni se empeore por su culpa, y si fuere heredad labrarla y cultivarla bien, plantando cepas y árboles en lugar de los que se sacaren. Y si fueren ovejas, y algunas se murieren, debe poner y criar en lugar de ellas otras tantas reses de sus hijos. Y tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho, á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos, l. 22. d. tit. 31. (1).

12 Los modos de constituirse el usufruto son los mismos tres, que hemos explicado arriba n. 7. tratando de las servidumbres reales, l. 14. l. 20. d. tit. 31., de suerte, que en esto no hay diferencia alguna entre unas y otras servidumbres: á excepcion del modo legal de constituirse el usufruto de los bienes adventicios del hijo de familias á favor del padre que le tiene en su poder, á beneficio de la ley 15. tit. 17. P. 5. (2), cuyo usufruto da al padre otras prerogativas, á mas de las que tienen los otros fructuarios, que pueden verse en Gomez en la ley 6. de Toro nn. 11. y 12. Cas-

(1) §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. adq-

(2) L. ult. §. 5. C. de bon. quæ liber.

tillo de *usufr.* cap. 3. y otros muchos que cita; siendo una de ellas el no poder el hijo enagenar sin consentimiento del padre la propiedad que es suya, *Gom. en el n. 11. (1)*. Y véase lo que diximos en el *tit. 7. lib. 1. n. 40*. Pero la hay en los modos de acabarse; porque á mas de extinguirse tambien, como las servidumbres reales, por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario, y por la remision, y en quanto al no usarse por el tiempo de 10. años entre presentes, ó 20. entre ausentes, se acaba por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l. 24. d. tit. 31*. Y asimismo se acaba enagenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l. 24. l. 3. tit. 8. P. 5*. Los intérpretes para explicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario.

(1) *L. 7. §. 2. l. 68. §. 2. de usufr. et quæmad.*

El uno real ó de comodidad, consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro personal inherente á su persona: de los cuales puede enagenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enagenar este, siempre se extingue, y va á unirse con la propiedad. Quemándose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de otra manera, se extingue tambien su usufruto, *l. 25. d. tit. 31. (1)*. Y si fuere dexado á alguna ciudad ó villa, sin expresion de tiempo, dura cien años (2), y pasados ellos se acaba, y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro Lugar, les quedaria salvo el derecho que habian en aquel usufruto, *l. 26. d. tit. 31*. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este: pero no el que tiene el padre ó la

(1) *§. 1. Insr. de usu et habit. (1)*

(2) *§. 3. eod.*

madre en los bienes, que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2. tit. 7. n. 16.*

13. La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es: *Derecho de usar de cosa ajena fructifera, aprovechándose de solos aquellos frutos, que necesita para sí, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufruto, á excepción de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia; y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20. tit. 31. (1)*; y de consiguiente si muriere, teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l. 21. d. tit. 31. (2)*. III. Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los

(1) *L. 18. eod.* (2) *L. 5. §. 2. quib. mod. usuf. v. us. amit.*

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 263.
tributos ó pechos sobre ella impuestos, sino es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (1). La tercera servidumbre personal se llama habitacion ó morada: es *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se dexa para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l. 27. d. tit. 31.*

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1. Partida 6. y tit. 4. lib. 5. de la Recopilacion (2).

1. *Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*

(1) *L. 56. de usuf. et quæmad.*
(2) *Tit. 10. lib. 2. Inst.*

madre en los bienes, que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2. tit. 7. n. 16.*

13. La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es: *Derecho de usar de cosa ajena fructifera, aprovechándose de solos aquellos frutos, que necesita para sí, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufruto, á excepción de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia; y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20. tit. 31. (1)*; y de consiguiente si muriere, teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l. 21. d. tit. 31. (2)*. III. Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los

(1) *L. 18. eod.* (2) *L. 5. §. 2. quib. mod. usuf. v. us. amit.*

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 263.
tributos ó pechos sobre ella impuestos, sino es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (1). La tercera servidumbre personal se llama habitacion ó morada: es *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se dexa para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l. 27. d. tit. 31.*

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1. Partida 6. y tit. 4. lib. 5. de la Recopilacion (2).

1. *Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*

(1) *L. 56. de usuf. et quæmad.*
(2) *Tit. 10. lib. 2. Inst.*

3. Solemnidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.
4. Solemnidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego, y de los codicilos.
5. Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.
6. Otras divisiones de testamentos.
7. Los que no pueden ser testigos en ningún testamento.
8. Quiénes son los que solo están prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.
9. Quiénes tienen prohibicion de testar.
10. 11. 12. 13. Se puede dar á otro poder para testar; y lo que hay que advertir sobre el comisario.
14. Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.

LOS modos de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora á tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad

de bienes, qual es la herencia, que no es otra cosa, que: *Universal patrimonio de alguno con sus cargas*. Su adquisicion consta de dos partes, delacion, y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le defiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella. Se defiere por testamento, y faltando este, ab intestato, princ. y l. 3. tit. 13. P. 6. (1).

2. Testamento, dice la ley 1. tit. 1. d. P. 6. es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos: y no es otra cosa, que: *Voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o departe lo suyo en aquella manera, que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l. 2. d. tit. 1.* Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos ó abiertos*, y los de la otra *escritos ó cerrados*, d. l. 1. ll. 1. y 2. tit. 4.

(1) L. 1. cum duab. seqq. de her. per.
Tom. I. 37

lib. 5. de la Recop. (1). Cada cual requiere sus solemnidades, que copiarémos de estas leyes 1. y 2. que las establecen, variando en parte las que habian establecido las leyes 2. y 3. P. 6.

3 Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo ménos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo ménos han de ser 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 otras calidades, que el derecho requiere, vale el testamento, *d. l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* la cual manda valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel,

(1) §. 14. *Inst. de test. ord.*

que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar, en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento: Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa, para que la dé á otro, á quien substituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, el substitute ó substitutos lo puedan haber todo. Segun esta famosa ley, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia: cuya proposicion en el derecho romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

4 En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la ley 2. de d. tit. 4. que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y sino supieren, y el

testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano: Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo ménos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos testamentos y codicilos, sino tuvierén la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5 Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres leyes 1. y 2. del tit. 4. lib. 5. de la Recop. por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa explicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas, que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen.

I. Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legitimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre extraños, establecidas en dichas leyes; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba

Gomez en la ley 3. de Toro (es d. l. 2.) n. 48. II. Que la disposicion de d. l. 2. en cuanto dice, que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas como lo estableció la ley 3. tit. 12. P. 6., y lo prueba lata y fundadamente Greg. Lopez en su glosa 2., y lo mismo siente Gom. en d. l. 3. de Toro n. 69. III. Que asimismo, lo que dice del testamento del ciego d. l. 2., se entiende del abierto, como que este no lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lop. en d. glosa 2. Gomez en d. l. 3. n. 51. y Azeved. en d. l. 2. n. 25. IV. Que nos parece bien, por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Azev. en d. l. 2. n. 25. y siguientes, de ser necesario intervenga escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos; aunque Antonio Gom. en d. l. 3. n. 52. se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del escribano. V. Que ni en el tes-

tamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados; porque dichas leyes 1. y 2. que expresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Así lo prueba Antonio Gomez en dicha ley 3. de Toro n. 29. cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria, que defiende Azevedo en d. l. 1. n. 48, y siguientes, y en d. l. 2. n. 5. VI. Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas* lib. 2. tit. 10. §. 14. n. 6. rechazamos con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gomez en d. l. 3. n. 47. de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no intervenga escribano, pudiendo haberle; y en el n. 7. la del Señor Covar., que en el cap. 10. de *testament.* n. 3. pretende probar, que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6 Que ademas de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas frecuente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares; y la otra en los

que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. *Pagánicos* se llaman los de los paysanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 5. de la *Recop.* segun fueren abiertos ó cerrados. *militares* son llamados los que hacen los soldados (las leyes de las Partidas les suelen apellidar *caballeros*) estando en hueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exentos de toda solemnidad la ley 4. tit. 1. P. 6., imitando en esto las leyes romanas (1); de suerte, que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y si no estaban en la hueste, debian testar como los paysanos. Pero en las *ordenanzas generales del ejército*, artículo 4. *tratad.* 8. tit. 11., y despues mas completamente en *cédula de 24. de octubre del año de 1778.* declara y manda el Rey, que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de cualquier modo en que consre su voluntad. Y en quanto á la otra

(1) *Princ. Inst. de milit. testam.*

division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del Rey, en cuyo caso rarísimo, valdria, aunque no hubiese otro testigo sino el Rey, *l. 5. d. tit. 1. P. 6.* El otro hecho con fe privada, es el que ordinariamente se hace.

7 Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y cuando deben ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quienes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden ser todos aquellos que no están prohibidos de serlo. Refiriendo pues los que lo están, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley 9. de d. tit. 1.* segun se sigue. I. Los condenados por cançiones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los apóstatas, que habiendo dexado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judies, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mugeres. IV. Los menores de 14. años. V. Los esclavos, VI. Los mudos. VII. Los sordos. VIII. Los locos, miéntras estuviesen en la locura. IX.

Los pródigos (1). En los del n. I. juzga Gregor. Lop. en la *glosa 2. de d. l. 9.*, que se comprehenden todos los infames con infamia de derecho, de los que hablaremos en el *lib. 2. tit. 27.* Y en los del n. V. añade la misma *ley 9.* al vers. *Però*, que si algún esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazón, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque despues se averiguase ser esclavo (2).

8 Los testigos inhábiles, que acabamos de referir, lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen hábiles ó idonéos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l. 14. tit. 16. P. 3.*, que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l. 11.*

(1) §. 6. *Inst. de test. ordin.* (2) § 7. *cod.*

d. tit. 1. P. 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos; en que se les dexan las mandas, *d. l. 11 (1)*. Lo demas perteneciente á testigos en pleytos y contratos, lo trataremos quando hablémos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l. 13. d. tit. 1. P. 6.* Están prohibidos los siguientes. I. Los menores de 14 años, si son varones, y de 12, si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (2). II. El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de la partida al loco ó mentecato (3). III. El desgastador ó pródigo (4). IV. Los mudos ó sordos, que no saben escribir, ni pueden hablar, cuales son los que lo padecen desde su naciencia; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma, *d. l. 13.* V. Los Religiosos profesos, *l. 17. d. tit. 1.*

(1) §. 3. *eod.* (2) §. 1. *Inst. quib. non est perm.* (3) *d. §. 1.* (4) §. 2. *eod.*

y en su *glosa 1. Greg. Lop.* Segun las leyes de las *Partidas* tampoco podian testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que están baxo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley 3. y á los hijos la 4. tit. 4. lib. 5. de la Recop.*; bien que de los condenados exceptúa *d. l. 3.* los bienes, que por razon del delito fueren confiscados, ó se hubieren de confiscar á favor del Rey ú otro.

10 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley 5. y siguientes, d. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* Se previene en *d. l. 5.* que el Comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejorías del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede substituir vulgar, pupilar ni exemplarmente, ni hacerles substitucion de cualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas

en esta manera; el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da el poder por su nombre, á quien manda que el comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y nada mas.

II Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario para que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos expresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento; puede el comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocare heredarle ab intestato; y si parientes tales no tuviere el testador, estará obligado el comisario, dexando á la mujer del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y

provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l. 6. d. tit. 4.* El comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4. meses, si estuviere en la ciudad, villa ó lugar, donde se le dió el poder, al tiempo en que se le dió; y si entónces estaba ausente, pero dentro de los Reynos de España, dentro de 6. meses, y si estuviere fuera de estos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos términos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos ab intestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso deberá hacerlo, y si pasado el término no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l. 7. d. tit. 4.* Matienzo en esta *l. 7. glosa 2. n. 3.* citando muchas, y Antonio Gomez en la *33. de Toro* (es la misma *ley 7.*) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

12 Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de

este á sus herederos ab intestato: los cuales, no siendo descendientes ó ascendientes legitimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y sino lo cumplieren dentro de un año, contándose desde la muerte del testador, podrá compelerles la Justicia, á petición de cualquiera del Pueblo, *l. 10. d. tit. 4.* Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, sino es que este le hubiese dado poder para mas, *l. 11. d. tit. 4.*

13 El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l. 8. tit. 4.* Ni tampoco el que el mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento, puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, aunque se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declara-

cion alguna, *l. 9. d. tit. 4.* Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, su derecho se refunde en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la Justicia para la decision, en los términos que refiere la *l. 12. de d. tit. 4.* Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades, que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l. 13. d. tit. 4.*

14 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el Juez, cualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l. 1. l. 2. tit. 2. P. 6.* y añade Gregor. Lop. en la *glosa 1. de d. l. 1.* citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le dexa, como el hijo preterido, que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l. 1. (1).* Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el

(1) *L. 3. C. quemad. test. aper.*

Juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder, para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del Juez, debe pagar al que lo demandase todo quanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l. 2.* Y debe ser abierto delante del Juez y los testigos que son escritos en él. Pero ántes que el Juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dixere ser así, debe ser abierto ante ellos y leído, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el Juez, si entendiere que la tardanza había de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (1). Y de esta manera se puede abrir,

(1) *L. 7. test. quemad. aper.*

aunque no estuviere delante ninguno de los testigos, ante quienes fué hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento, para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmáron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l. 3. d. tit. 2.*, la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, *l. 5. l. 6. d. tit. 2.* De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente.*

INDIAS. Los Indios por razon de vivir regularmente en poblaciones cortas, pueden hacer sus testamentos con plena libertad, y con solos tres testigos, *l. 9. tit. 13. lib. 1. y l. 32. tit. 1. lib. 6. Recop. ind.* y si murieren intestados, ó hubieren dispuesto de sus bienes en memorias simples ó sin solemnidad, debe cuidarse de que sus hijos ó parientes hayan de heredar conforme á derecho, como se encarga á los Jueces eclesiásticos, y se manda á los seculares en la *Tom. I.*

l. 9. Vease al Señor Beleña último foliag. pag. 69. ab intestatos.

El conocimiento de todas las causas de herencia, tanto por testamento, como ab intestato, toca solamente á los Jueces seculares, aunque los herederos, ó el testador sean eclesiásticos, ó la herencia se déxe para causas pias, ó en favor de la anima del testador, real cédula de 15. de noviembre de 1781. promulgada aquí en 27. de abril de 1784.

Todos los militares de América gozan para sus testamentos de los privilegios expuestos en este título, por declaracion de la real cédula de 24. de octubre de 1778. y no es necesario que el militar esté en expedición, pues donde quiera puede usar de estos privilegios, y todo el que goce del fuero militar, d. real cédula y la ordenanza general de Ejército. *trat. 3. tit. 11.* pero las milicias urbanas, que no estan en actual exercicio; y que están sin alguna señal ó subordinacion á la disciplina militar, sino que solo estan preparadas para una necesidad muy urgente, no gozan de este privilegio. Mandam. real. de 19. de febrero de 1786. vease tambien la ordenanza citada. *c. 4. n. 1.* y el *8. n. 16.*

Supuesto que á los siervos les es permitido el tener peculio, como es constante, y se comparan en todo con los siervos conducticios, es evidente que tambien se les debe permitir el poder testar como lo ordena la real cédula de 31. de mayo de 1789.

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO,

SUBSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*

2. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*

3. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién vaya la herencia, cuando el testador instituye á los pobres.*

4. *En qué partes debe dividirse la herencia.*

5. *Puede morir en cualquiera parte testado, y en qué partes.*

(1) *Tit. 13. 14. 15. y 16. lib. 2. Inst.*

l. 9. Vease al Señor Beleña último foliag. pag. 69. ab intestatos.

El conocimiento de todas las causas de herencia, tanto por testamento, como ab intestato, toca solamente á los Jueces seculares, aunque los herederos, ó el testador sean eclesiásticos, ó la herencia se déxe para causas pias, ó en favor de la anima del testador, real cédula de 15. de noviembre de 1781. promulgada aquí en 27. de abril de 1784.

Todos los militares de América gozan para sus testamentos de los privilegios expuestos en este título, por declaracion de la real cédula de 24. de octubre de 1778. y no es necesario que el militar esté en expedición, pues donde quiera puede usar de estos privilegios, y todo el que goce del fuero militar, d. real cédula y la ordenanza general de Ejército. *trat. 3. tit. 11.* pero las milicias urbanas, que no están en actual exercicio; y que están sin alguna señal ó subordinacion á la disciplina militar, sino que solo están preparadas para una necesidad muy urgente, no gozan de este privilegio. Mandam. real. de 19. de febrero de 1786. vease tambien la ordenanza citada. *c. 4. n. 1.* y el *8. n. 16.*

Supuesto que á los siervos les es permitido el tener peculio, como es constante, y se comparan en todo con los siervos conducticios, es evidente que tambien se les debe permitir el poder testar como lo ordena la real cédula de 31. de mayo de 1789.

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO,

SUBSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*

2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*

4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién vaya la herencia, cuando el testador instituye á los pobres.*

5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*

6. *Puede morir en cualquiera parte testado, y (1) Tit. 13. 14. 15. y 16. lib. 2. Inst.*

parte intestado, y cuando tiene lugar el derecho de acrecer entre los herederos.

7. Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.
8. 9. Se explican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.
10. Qué sea substitucion, sus especies, y se explica la vulgar.
11. 12. De la substitucion pupilar.
13. De la substitucion exemplar.
14. De las substituciones compendiosa, brevecua y fideicomisaria.
15. Del derecho de deliberar.
16. 17. Del inventario.
18. 19. De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.
20. 21. 22. 23. De la desheredacion.
24. 25. Modos de romperse el testamento; y penas de los que impiden testar.
26. De los testamentos que se rescinden por la querrela de inoficiosos.

Aunque según diximos en el título antecedente n. 3. no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos con-

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 285.
 fesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es: Nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l. 1. tit. 3. P. 6. Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, l. 2. d. tit. 3, por lo que para saber quiénes puedan serlo, es lo mas expedito referir los prohibidos, y son: I. Los desterrados para siempre, llamados en latin *deportari*. II. Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del Rey; pero á estos se les puede legar. III. Los Hereges y los Apóstatas (1). IV. Las cofradias, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra derecho y contra la voluntad del Rey, l. 4. d. tit. 3. Y adviértase, que aunque esta ley no hace mencion de los Moros ni de los Judíos, están tambien prohibidos, como lo convence la ley última tit. 7. d. P. 6. vers. Eso mesmo. Por la ley 4. de d. tit. 3. la muger que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida

(1) L. 3. C. de apost. l. 4. C. de heret.

heredera por ningun extraño ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *l. 3. tit. 1. lib. 5. de la Recop.*, que concede licencia á todas las mugeres, que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

2. A los que que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos, porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á excepcion de ciertas y determinadas personas, que no pueden hacerlo, y son los siguientes: I. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del Rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dexar dichos sus padres ó madres la quinta parte de sus bienes, *l. 7. l. 10. tit. 8. lib. 5. de la Recop. (l. 9. l. 12. de Toro)*. Y sino tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 287.
legítimos, *d. l. 7. con la siguiente*. Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la sucesion de sus madres; salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dexarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entónces se dice dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre la pena de muerte natural, *d. l. 7.* Pero de la sucesion del padre están los espurios tan excluidos, que solo les puede dexar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutierrez, *lib. 3. pract. quest. 94. de la ley 9. de d. tit. 8.* II. Los hijos de los Clérigos, Frayles ó Monjas profesas no pueden ser instituidos, ni gozar de legados, donaciones ó ventas, que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l. 7. y su antecedente la 6.*, que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por Clérigos deben entenderse aquí los ordenados de orden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l. 6. un. 3. y 4.* Y adviér-

tase que las leyes 6. y 7. tit. 18. lib. 5. de la Recop. que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la ley 4. tit. 3. P. 6. al fin; bien que á Gregor. Lop. en la glosa 11. de d. l. 4. ya le pareció debía limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin expresar por quienes.

3 IV. Nada pueden percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea Clérigo ó Religioso, ni sus parientes, ni su Iglesia ó Religion, auto-acordado 3. tit. 10. lib. 5. de la Recop., confirmado por cédula publicada en 18. de agosto de 1771, en la que se añade la pena de privacion de oficio del escribano, que autorizase cualesquiera instrumentos en su contrayencion; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en d. auto-acordado la justa causa de esta prohibicion, de evitarse las persuasiones, sugeriones y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. En explicacion de lo que dice esta cédula sobre la nulidad del instrumento que declara, nos

parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda, en la persona del Contador. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Así vemos, que la l. 8. tit. 7. P. 6. al fin, al piso de disponer que es nulo el testamento, en que el hijo deshereda á su padre, sin expresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en cuanto á la deheredacion: pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la ley 8. tit. 6. lib. 5. de la Recop. (24. de Toro) que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni menos dexé de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien así las leyes romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena

(1) *Autent. ex causa C. de liber. præter. desump. ex Nov. 115. cap. 3. in fine.*
Tom. I. 40

mas allá del particular, en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

4. El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad qual es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *l. 6. d. tit. 3. P. 6.* que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (1). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que se nombrase por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de qual de los dos quiso hablar; ó nria en este caso su herencia á los mas próximos parientes, que hubieren de sucederle ab intestato. Ni tampoco valdria, si el testador señalase al heredero por injurias ó dictos especiales, como si dixere, nombro en heredero á Juan, que es traidor, ó herege, para deshonrarle ó infamarle. Pero sí valdria, si en general dixese de él, que era malo, sin expresar la especie de maldad, *l. 10. d. tit. 3.* Y si instituyero

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

herederos á los pobres de alguna ciudad ó villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los hospitales de aquella ciudad, y señaladamente en aquellos, que por sus achaques no pueden salir de los hospitales. Pero si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel, en que hizo el testamento, *l. 20. tit. 3.*, en cuya glosa 7. dice Gregor. Lop. deber entenderse en el caso que el testador tuviere allí su domicilio.

5. Cuando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere, pero la comun ú ordinaria division es en 12. partes, que se suelen llamar onzas (1), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas porciones iguales que ningun otro. Al total de 12. onzas llaman las leyes romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium* (2), cuyos nombres se expresan tambien en las nuestras de las Partidas, y su noticia es útil para el caso

(1) *§. 5. Inst. de her inst.* (2) *d. §. 5. §. 8. cod.*

en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin expresion de partes. Si nombrára á varios, sin expresar partes en ninguno, todos las tendrían iguales; y si en todos las expresase, cada cual sacaría la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrían aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el *as*, y llenado ó excedido el *as*, lo que faltase hasta el *tripondio*, y con la misma regla hasta el *tripondio* (1). Si por exemplo pues dixere el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3, Diego sea heredero; tendría este 5. que faltan para completar el *as*; y si al primero señalaba 8., al segundo 7. y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaría 9. que faltan hasta el *tripondio*; y por la misma razón tendría 12. si entre los otros dos tuviesen señaladas otras doce, como todo esto consta en las *leyes* 17. 18. y 19. *d. tit. 3.* que en esto imitaron á las romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. También las imitó la *ley* 14. *de d. tit. 3.*

(1) §. 6. *cod.*

disponiendo, que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debía este llevarse toda la herencia (1). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del derecho romano, la consideramos corregida por la *ley* 1. *tit. 4. lib. 5. de la Recop.*, de la que hemos hablado en el *tit. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6. Entre las leyes romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno parte testado, y parte intestado, á cuyo tenor decidian el caso último del *n. anterior*, y otros semejantes. Pero el *de d. célebre l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* que arriba hemos transcrito, *tit. antecedente n. 3.* convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.* morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto, sin embargo de que lo prohibia la *ley* 15. *de d. tit. 3.* Este axio-

(1) *L. 1. §. 4. de her inst.*

ma establecido formalmente en una ley de los romanos (1), les precisó á admitir el derecho de acrecer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituído en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doctrina tuvo lugar en España por la citada *ley 14. de d. tit. 3.* hasta que la corrigió, como hemos dicho, la *1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* Dirémos pues, consiguiente á esta corrección, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrecer en las herencias; pero que tendrá lugar, cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l. 1.* se guardase y cumpliase religiosamente; á la manera, que por la misma razon siempre lo ha tenido en los legados, cuando hay conjunción real. Y segun esta regla, no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituído en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia; ó son muchos los instituídos con partes expresas para cada

(1) *L. 7. de div. reg. jur.*

uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó ab intestato los demas bienes vacantes, ó partes de que no dispuso el testador. Véase á *Vela disp. 47. á n. 58.* Pero si el testador instituyese á muchos juntándolos ó en toda la herencia; ó en alguna parte de ella, como por exemplo, en el tercio ó en el quinto, dirémos habria entre ellos derecho de acrecer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

7. El testador puede instituir heredero no solo puramente, ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien baxo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa, que: *Añadida que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, ó se promete.* Su naturaleza es, que si se cumple ó sucede el acontecimiento, vale lo expresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y mientras se espera, está en pendencia, *l. 1. tit. 4. P. 4. (1).* Es

(1) *L. 26. de cond. inst. l. 8. de per. er com. rei vend.*

muy frecuente su uso en testamentos y en contratos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo cual merece que se trate de ellas con alguna extension. Sus divisiones son las siguientes: I. En posibles é imposibles. Posibles son aquellas, que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen; y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, ó por ser perplexas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dixese: *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare al Cielo con la mano*; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *l. 1. l. 3. tit. 4. P. 6. (1)*. Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celeberrimo Jurisconsulto Papiniano (2) que nos ha parecido notarla aquí, á saber: *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofen-*

(1) *L. 15. de cond. inst. (2) d. l. 15.*

den la piedad, exístimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres, como si uno dixera: Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo, ó no le dieres á comer. Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno ni sirven, pues se tienen por no puestas, y el heredero ó legatario cogen lo que se les dexa, como si se les hubiere dexado pura y simplemente, *d. l. 3.* Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados baxo de condicion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes romanas (1). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que expresamente lo establezca, hemos querido notar aquí esta doctrina, por sentarla Greg. Lop. en la *glosa de la ley 17. tit. 11. P. 5. Gomez lib. 1. var. cap. 11. n. 60.* y todos nuestros intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que así contraen, se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse: cuya inteligen-

(1) §. 10. *Inst. de inut. stipul.*
Tom. I. 41

cia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento, que se hace pensando en la muerte; y por su favor se han constituido muchas cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplexas*, que ellas en sí mismas se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que se quiere, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dixeres: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro, l. 5. d. tit. 4. P. 6. (1)*. También hará nulo el testamento la condicion imposible de hecho, *l. 4. d. tit. 4*, que pone un exemplo, sobre el cual puede verse la *glosa 1. de esta ley de Greg. Lop.* y la *4. de la l. 6. tit. 4. P. 4.* en que trata latissimamente de este asunto.

3.º Dexando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder

(1) *L. 16. eod. de cond. instir.*

estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *l. 2. d. tit. 4*, pasamos á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber: II. En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que están en nuestro poder, como si dixerá Pedro, que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales, las que penden de la casualidad ó ventura, como si te los legase, si te hiciesen Obispo. Y mezcladas ó mixtas, las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro, ó de la casualidad, como si te los legare, si te casares con Fulgencia, la que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concurra la de esta, *ll. 7. 8. y 9. de d. tit. 4*. III. En expresas y tácitas. Son expresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los exemplos que hemos referido; Y tácitas las que así no se manifiestan; pero se entienden expresadas. De estas unas se subentienden, porque así lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos, que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion, *si nacieren. l. 20. tit.*

11. P. 5. (1). Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no expresó esta condicion (2). Lo contrario será si los instituidos son estraños, *l. 10. d. tit. 4. P. 6.* Y si uno fuese hijo, y el otro estraño, juzga muy bien Gregor. Lop. en la *glosa 13. de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. No encontramos tratada en las leyes de España la celeberrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las roma-

(1) *L. 1. §. ult. de cond. et demonstr.*

(2) *L. cum avus 102. cod.*

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 301.
nas. Si sucediese en España, nos inclinariamos á que deberia resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos cuando la examinamos latamente en nuestro Digesto, *lib. 35. tit. 1. n. 4.* Y en los siguientes *nn. 5. 6. 7. 8. y 9.* explicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del tiempo en que deben cumplirse las condiciones: que omitimos aquí por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la *ley 14. de d. tit. 4.* estableciendo en el *vers. Pero*, que aquel á quien se dexa algo, baxo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese antes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dexase de casarse con la determinada persona (1), sino es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella, segun derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiera la tal persona, sí lo ganaria.
9 Quando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla

(1) *L. 31. de condit. et demonstr.*

para conseguirse lo que se dexa, *l. 8. d. tit. 4.* Y lo mismo en las potestativas, sino es que suceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, *l. 7. d. tit. 4. l. 22. tit. 9. P. 6.* Pero debe advertirse, que si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por exemplo: *Lego á Pedro cien pesos sino fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores de que los restituirá si fuere, *d. l. 7. (1)*, á cuya famosa caucion llamaron los romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los intérpretes tanto estraños como nuestros, y entre estos Gomez, *2. var. cap. 11. n. 37.* En nuestras *Instituciones lib. 3. tit. 16. n. 6.* notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro baxo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l. 12. d. tit. 4.* Y quando instituye heredero baxo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las po-

(1) *L. 7. l. 8. eod.*

ne conjunctivamente, como si dixera: *Sea Pedro heredero si se casare y fuere á Madrid;* pero si lo hace disjunctivamente diciendo, *ó va á Madrid;* bastará se cumpla qualquiera de ellas, *l. 13. d. tit. 4. (1).*

10 Y últimamente concluyendo este asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica, y apoyada por nuestros autores, por útil al Estado, y conforme á las buenas costumbres, la doctrina de las leyes romanas (2), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse, quando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere muger; pero deberá cumplirse quando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gomez, *in l. 4. Taur. n. 8.* Covar. Gutier. y otros. Tratamos tambien con extension de ella en nuestro *Digesto lib. 35. tit. 1. n. 11. y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse, quando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo exemplos sacados de leyes romanas (3). De que sea nula la condicion de

(1) *§. 11. Inst. de her. inst.*

(2) *L. 22. et passim de cond. et demonst.*

(3) *L. 63. l. 64. §. 1. de cond. et demons.*

no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adiciones ó expresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran *miéntras se mantengan doncellas ó sin casarse*; porque no respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorro á las hijas miéntras esten destituidas del auxilio de marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y miéntras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adiciones en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones, *Castill. lib. 4. contrav. cap. 55. Parlador. differ. 147. Barbos. de dic. usufrequent. diction.*

Danec. 93. n. 4.
 11 En lugar de los que el testador instituya herederos en primer grado, puede nombrar otros en grado siguiente, que se llaman substitutos, y su institucion substitucion, que es: *Institucion en segundo ó ulterior grado.* De ella pone seis especies la

ley 1. tit. 5. P. 6. que irémos explicando, y son: I. Vulgar. II. Pupilar. III. Exemplar. IV. Compendiosa. V. Brevilocua ó recíproca. VI. Fideicomisaria. La V. no tanto es especie de substitucion, como modo de substituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de substituir, como luego verémos. La vulgar llamada así, porque la puede hacer cualquiera del pueblo, y á quien quisiere, *l. 1. d. tit. 5.* se hace regularmente por palabras negativas, baxo esta fórmula: *Pedro sea heredero, si no fuere, séalo Juan.* Y por quanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l. 1. l. 2. d. tit. 5.* (1) suelen explicarlo los intérpretes diciendo, que el caso general de esta substitucion comprehende los particulares de impotencia y de noluntad. Se puede tambien hacer sin expresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dixera, que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por noluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo esta-

(1) *L. 3. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.*

Tom. I.

blece *d. l. 2.*, manifestando con ello, que baxo del caso de la impotencia se comprehende el de la noluntad: lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas. Si el testador nombrára tres ó mas herederos, señalando á cada uno partes, y substituyéndoles vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la substitucion, y uno de ellos no fuese heredero, tendrían los otros la porcion vacante, segun las partes que tenían señaladas en la institucion, y no por partes iguales, *l. 3. d. tit. 5. (1)*, cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la substitucion, que en la institucion á uno mas, y á otro ménos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la substitucion vulgar hecha en estos términos de estar substituidos entre sí los mismos instituidos, es la que se llama reciproca (2). Como para tener entrada el substituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no lo tendrá si este tomare la herencia, ó di-

(1) *§. 2. eod.* (2) *L. 4. §. 1. de vulg. et pup. subst.*

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 307.
giendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, *l. 4. d. tit. 5.*

12 Pupilar substitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúber, *l. 1. l. 5. d. tit. 5. (1)*. Y por quanto esta *ley 5.* en seguida de haber nombrado á los hijos del testador, añade, é á los que descienden de ellos, de suerte que segun ella podrian los abuelos substituir pupilarmente á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues, *l. 8. tit. 1. lib. 5. de la Recop. (47. de Toro)*, que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlo sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso, poco frecuente, podria servir la citada añadidura de *d. l. 5. de las Partidas*. La fórmula expresa y ordinaria de esta substitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, sólo Pedro. Y*

(1) *Pr. Inst. de pup. subst.*

tambien puede hacerse calladamente sin esta expresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de 14. años, y Pedro y Juan mis amigos; y cualquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo, l. 5. d. tit. 5;* la cual establece asimismo, que baxo la substitution vulgar expresa se comprehende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14. años si es varon, ó de 12. si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea Pedro, lo será tambien este en el caso de que habiéndolo sido el hijo, murió en la referida edad. Pero pone una excepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras ende* en el caso de que, teniendo el testador dos hijos en su potestad el uno mayor de 14. años, y el otro menor, les substituye entre sí vulgarmente; porque entónces no sería el mayor substituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la excepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales; y por lo mismo fué su voluntad, que el mayor solo recogiese á su favor la substitution vulgar del menor;

puesto que este no podia recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener substituto pupilar. Y que lo mismo sería si en lugar del hijo mayor fuese insituído un extraño aunque menor, por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar substituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entónces muerto este en la edad pupilar, heredaría el substituto los bienes, que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, l. 6. d. tit. 5. (2). Y aunque esta ley exige en estos casos, que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop., segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el tit. 4. de este lib. n. 3. Es efecto de la substitution pupilar, que el substituto recoja todos los bienes del insituído, de cualquier parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se

(1) *L. 2. C. de impub. et al. subst.*
 (2) *l. 4. Inst. de pup. subst.*

& Jo dicitur
 7. Esto es
 conforme
 a dno. an
 tiquo p
 el q. del
 militar
 p. d. i. p. i.
 van a su
 hijo de la
 legitima
 q. era en
 soncarlo
 de la b. i.
 n. a. l. a.
 y i. p. i. a.
 ban de
 4 las he
 red. la
 mitud de
 dno. bie
 nes.
 por res enes,
 su insti-
 tuta par
 raso 1. q. al
 fin d. tit.
 16. d. i. a. q.
 el substi
 tuto pupi-
 tar no
 succede
 ra en la
 su heredes.

Considera como testamento del hijo, l. 7.
 d. tit. 5. (1), con total exclusion de la
 madre del pupilo, como expresamente lo
 establece la ley 12. del mismo tit. 5. vers.
 E si aquel, hablando de la pupilar com-
 prendida en la compendiosa, y lo prue-
 ba Gom. 1. var. cap. 4. n. 7. Y añade al
 siguiente n. 8. suceder lo contrario en la
 pupilar tácita contenida en la vulgar, fun-
 dado en textos del derecho romano, que á
 nuestro dictámen no lo prueban, como ha-
 centos ver en nuestras *Institutiones Romano-*
Hispanas, lib. 2. tit. 16. n. 17. y siguientes:
 Solo se exceptúa el substituto, que el arro-
 gador dió á su hijo adoptivo, el qual no
 heredará mas bienes, que los que el arro-
 gado hubo del padre arrogador, ó por su
 contemplacion, l. 9. d. tit. 5. (2). La cau-
 sa de haberse introducido esta substitucion
 es, porque no pudiendo testar los que es-
 tán en la edad pupilar, por no tener el
 correspondiente entendimiento para ello,
 pareció justo y útil lo pudiesen hacer por
 ellos sus padres, en cuya patria potestad

Pr. cod. (1) L. 10. §. 6. de
 vulg. et pup. subst.

en la legitima de los *Sui*, ni *Quasi-*
Sui heredes.

están, l. 11. d. tit. 5. Y como esta es neces-
 aria para su substistencia, de ahí es, que
 siempre que cese, de cualquiera manera
 que sea, desfallece ó se acaba la substi-
 tucion, como tambien por salir el hijo de
 edad pupilar, l. 10. d. tit. 5. Por esta mis-
 ma ley no era admitido el substituto pupi-
 lar, cuando el hijo instituido no queria la
 herencia de su padre. Pero por quanto la
 famosa ley 1. tit. 4. lib. 5. de la *Recop.* que
 acabamos de citar dispone, que si el here-
 dero no admite la herencia, vale, y debe
 observarse todo lo demas que se halla orde-
 nado en el testamento, diremos que en
 este particular corrige á d. l. 10. d. tit. 5.

14 Exemplar substitucion se llama aque-
 lla, que hacen los padres ó las madres
 á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo:
*Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si mu-
 riere en la locura ó enagenacion de potencias,
 que padece, establezca por heredero á suyo ó en
 su lugar á Juan (1).* Se llama así, por ha-
 berse introducido á exemplo de la pupilar;
 por concurrir en los locos y mentecatos la
 propia razon que en los pupilos, de no po-

(1) §. 1. *Inst. de pup. subst.*

der testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *cuasi pupilar*. Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias: I. Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la exemplar tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre (1); y es la razon, porque la exemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II. Que en la pupilar puede el padre nombrar por substituto á quien le parezca, y en la exemplar debe nombrar á los hijos del loco, si los tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos (2). III. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la exemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento, l. 11. d. tit. 5. (3). Y en el caso en que este despues de haber recobrado el juicio lo volviese á perder, es cuestion si debe considerarse que dura ó

(1) L. 9. C. de impub. et al. subst.

(2) D. l. 9. (3) §. 1. Inst. de pup. subst.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 313.
se ha restablecido la substitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el Señor Covar. in cap. Raynuius §. 6. n. 11. con la solidez que acostumbra, inclinando á la media sentencia de que dura, si el interválo del recobro es breve, y no, si es largo: lo que penderá del arbitrio del Juez. A la misma inclina Greg. Lop. en la glosa 9. de d. l. 11. Y todos convienen, en que puede darse substituto exemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los demas, que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. d. §. 6. n. 1.

15 Compendiosa substitucion, que segun diximos arriba n. 8. mas es modo de substituir, que propia especie de substitucion distinta de las otras, es aquella: Que puede comprehender y comprehende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes, de suerte que coprehende la vulgar, la pupilar, y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como lo explica Antonio Gomez, 1. var. cap. 7. La ley 12. de d. rit. 5. P. 6. pone su siguiente fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo*, Tom. I.

y cuando quier que él muera, sea su heredero Juan. Si el heredero no fuese el hijo, debería omitirse su expresion. Tampoco es mas que modo de substituir, la que se dice substitucion *brevilocua, recíproca ó mútua*, la cual acontece cuando el testador dispone que sean substitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos, los estableciese herederos, diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos, y los establezco por substitutos al uno del otro.* Así lo explica la *ley 13. d. tit. 5.* añadiendo, que hecha de esta manera, contiene quatro substituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Greg. Lop. en la *glosa 3. de d. l. 13.* que el hablar esta de hijos así substituidos, es por exemplo, porque tambien puede tener lugar esta substitucion en herederos estraños: bien que entónces no podia comprehenderse la pupilar. Y últimamente substitucion fideicomisaria es aquella, en que el testador pone de algun modo en la fe del heredero, que nombra, que restituya á otro la herencia, como si dixera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando, que restituya mi herencia á Juan.* Y el heredero esta-

blecido de esta manera debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la quarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trebeliánica, l. 14. d. tit. 5. (1).* Lo que añade al fin *esta ley*, que el heredero así instituido puede ser apremiado por el Juez á que admita la herencia, está derogado por la célebre *ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* que tantas veces hemos citado, y dispone lo que diximos arriba *tit. 4. u. 3.*

16. Como no sea justo que se precisa á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dexan, sin exâminar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas que los bienes, las cargas á que queda obligado por la admission de la herencia, se les concedió el derecho de deliberar, *pr. del tit. 6. P. 6. (2)*, que no es otra cosa, que *Facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si les conviene admitir ó desechar la herencia.* Compete este derecho tanto á los herederos ab intestato, como á los testamentarios. Y pueden pedir plazo para ha-

(1) §. 5. *Inst. de fideicom. her.*

(2) *L. 9. de jur. delib.*

cer uso de él al Rey ó al Juez del lugar, donde está la mayor parte de la herencia del difunto, debiéndolo hacer ántes que se otorguen por herederos de palabra ó de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia, para instruirse mejor de lo que les conviene, *l. 1. d. tit. 6. (1)*. El Rey puede dar un año de plazo, y el Juez nueve meses (2), cuyo término puede coartar hasta cien días, si entendiere poder bastar estos. Y si acaso muriese el heredero ántes de haberse concluído el término que se le habia concedido, tendrá su heredero el que restáre (3). Pero si falleciere despues de concluído el plazo; sin haber admitido la herencia, y fuese extraño, esto es, no descendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la cual el finado habia obtenido el término de deliberar. Mas si descendiese del testador que le habia dexado heredero, podria su heredero haber la herencia, aunque aquel á quien heredaba hubiese muerto despues del plazo que

(1) *L. 5. de adq. vel om. her.* (2) *L. ult. §. 13. C. de jur. delib.* (3) *L. 19. C. eod.*

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 317.
se le concedió, *l. 2. d. tit. 6. P. 6.* la cual recomienda Greg. Lop. en su *glosa 10.* Despues de admitida la herencia, ya no la puede desamparar, *l. 18. d. tit. 6. (1)*. Miéntras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia, sin prece-der mandato del Juez, dado por alguna justa razon, como seria para pagar el entierro del difunto, ú otras cosas precisas, que si no se hiciesen tendrian daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *l. 3. d. tit. 6.*, que pone varios exemplos (2). Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas cosas de ella, las debe restituir á aquel, á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuántos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creído, estimando el Juez, segun su arbitrio la suma, en que debe jurar, *l. 4. d. tit. 6.*

17. Despues de establecido el derecho ó beneficio de deliberar, establecieron los romanos otro llamado de *inventario*, que am-

(1) *§. 5. Inst. de her. cual.* (2) *L. 5. l. 6. de jur. delib.*

bos han sido adoptados por nuestras leyes. Inventario es: *Escritura que se hace de los bienes del finado*, el cual es mas desembarazado y útil á los herederos; porque hecha esta escritura ó inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Y debe començarle dentro de 30. dias desde que supiere que es heredero, y acabarle hasta tres meses. Pero si todos los bienes del difunto no estuviesen en un lugar, se le puede dar el plazo de un año, de mas de los tres meses, para que pueda reconocerlos y ponerlos en la escritura. Esta escritura debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos, á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que esten presentes cuando se hiciere. Y si por ventura alguno de estos fuese en otra parte, ó estando en el lugar no quisiere ir cuando le llamaren, entónçes debe hacerse la escritura ante tres testigos, que ademas de ser hombres de buena fama, conozcan al heredero ó herederos: Y al fin de la escritura debe el heredero escribir de su mano, que todos los bienes del testador están es-

critos en el inventario lealmente, y sin ningun engaño. Y si no supiere escribir debe rogar á un escribano público, que lo escriba en su lugar delante de dos testigos, *l. 5. d. tit. 6. Gregor. Lop. en la glosa 8. de esta ley* juzga, que tambien deben ser citados los acreedores (1). Si los legatarios no hubiesen estado presentes á la confeccion de inventario, y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que jure el heredero que no encubrió cosa alguna, ni hizo engaño ninguno en aquella escritura; y tambien que juren los testigos que se hallaren presentes, que el inventario fué hecho bien y lealmente; y así lo debe mandar el Juez, *l. 6. d. tit. 6. P. 6.*

18. Hasta que sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden pedir cosa alguna al heredero aquellos, á quienes se dexa algo en el testamento. Pero durante este tiempo, nada pierden estos de su derecho. Ni tampoco debe el heredero pagar las mandas que dexó el testador, hasta que primero haya pagado sus deudas, en conformidad

(1) *L. ult. C. de jur. delib.*

de lo que diximos de no deber pagar más de lo que restare despues. Y aun despues de pagadas estas, puede retenerse la quarta parte de la herencia, que llamen *falcidia*; de la que trataremos mas adelante, *l. 7. d. tit. 6.* Los gastos que hubiese pagado el heredero por el entierro del difunto, ó por otra justa razon, no los debe notar en el inventario; y si acaeciére alguna contienda sobre ellos, lo deberá probar por testigos ante quien los pagó, ó por su juramento. Y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el difunto, le quedará salvo, *l. 8. d. tit. 6.*, á diferencia del heredero que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se mezclan y confunden con los del finado, por la admision de la herencia, *l. 10. d. tit. 6.* En el dia la *ley 13. tit. 6. lib. 5. de la Recop. (30. de Toro)* mandando que los gastos del entierro se saquen del quinto de la hacienda, y no de su cuerpo, nos precisa á que digamos, que esta decision corrige limitando la doctrina de *d. l. 8. tit. 6. P. 6.* en quanto dice, que no deben notarse en el inventario los gastos del entierro, á que solo tenga lugar cuando el testador á nadie dexó el quinto

de sus bienes, porque si lo hubiese dexado á alguno, deberian notarse como cargo que habria este de pagar ó tomar sobre sí en la division de la herencia. Si al heredero le fuese probado, que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes del difunto, deberá pagar el doble valor de lo encubierto ó hurtado á aquellos que deben recibir algo del testador. Y los pleytos que ocurrieron sobre inventario, les ha de sentenciar el Juez dentro de un año á mas tardar, *l. 9. d. tit. 6.* Y si hubiere admitido la herencia, dexando pasar el tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, á pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la quarta parte, *d. l. 10.*

19 El heredero, tanto que lo sea abintestato como por testamento, puede admitir la herencia, ó en voz diciendo llanamente que quiere ser heredero, ó con hechos sin expresarlo con palabras, como si usase de los bienes como heredero y dueño de ellos, labrando las tierras, ó arrendándolas, ó usando de los bienes en otra manera semejante.
Tom. I.

te (1). Pero si usara de ellos por piedad ó para que no se perdiesen ó menoscabasen las cosas, como por exemplo, dando á comer á los ganados ó caballerías, ó cuidando de los enfermos; por tal uso como este, no se diria que quiso mostrarse heredero: bien que será bueno, que manifieste ó proteste ante algunos, que lo hace por piedad y no con intencion de ser heredero, *l. 11. d. tit. 6.* Al primer modo de admitir la herencia llamaron los romanos, *adition*, y al segundo *gestion por heredero* (2). Para que el establecido por heredero, ó el que tenga derecho para serlo por parentesco lo pueda ser, debe ser cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar; pues si lo dudare, no puede entrar ni ganar la herencia, ni la puede renunciar aunque quiera. Y la misma prohibicion tiene, pendiente la condicion, el que estuviere instituido baxo de ella, y el que ignorase la condicion del que le estableció, si podia ó no hacer testamento, *l. 14. d. tit. 6.* (3), y cualquiera debe admitir la he-

(1) §. 6. *Inst. de her. cual.* (2) *L. 5. §. 7. de adq. her.* (3) *d. §. 6.*

rencia so condicion, sea la que fuese, pues la admision debe hacerse siempre puramente, *l. 15. d. tit. 6.*

20 En quanto á los hijos que están en poder de sus padres, y los menores de 25 años, debe admitirse lo siguiente, prevenido todo en la *ley 13. de d. tit. 6.* Si alguno estableciere por heredero á un hijo que está en poder de su padre, con la intencion que gane la herencia para su padre, no la podria ganar para sí, sino para su padre, y con otorgamiento de este, y seria peculio profecticio. Pero si la madre ó cualquier otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia, y tenerla sin consentimiento del padre; y no estando el hijo en el lugar, puede entrar en ella el padre, y será peculio adventicio del que tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufruto. Si el heredero fuere loco, mentecato ó menor de siete años, deberá entrar en la herencia el que les tenga en su guarda, ó el padre á nombre del hijo, si le tuviere en su poder. Y si fuese menor de catorce años, podrá el mismo entrar en ella; pero con otor-

gamiento de su padre, ó de aquel que le tuviese en guarda. Si muriere alguno sin testamento dexando á su muger en cinta, ó creyendo que lo está, debe esperarse á que para, y en el entretanto no puede ninguno entrar en la herencia, *l. 16. d. tit. 6.* Las diligencias que han de practicarse en este caso para la custodia y seguridad del parto, y evitar todo engaño, las explica con mucha extension la *ley 17. d. tit. 6.* La *ley 21. tit. 3. P. 6.* adoptó la division de herederos en suyos, necesarios y estrafios, establecida en las leyes romanas (1). Pero por quanto los esclavos que eran los necesarios, apenas les tenemos, y los rigores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y substituciones; es mejor division decir, que unos son necesarios, esto es, que deben necesariamente ser instituidos ó desheredados, cuales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes; y en voluntarios que son todos los otros. A los descendientes para poder ser herederos, les basta que tengan capacidad de serlo al tiempo en que

(1) *Pr. Inst. de hered. cual.*

muiere el testador, aunque no la tuviesen cuando se hizo el testamento; pero los demas la deben tener en tres tiempos, que son, cuando les establecen ó se hace el testamento, el de la muerte del testador, y cuando aden ó admiten la herencia, *l. 22. d. tit. 3.* Por los dos mismos modos que puede el heredero admitir la herencia, puede desecharla, esto es, en voz, ó por hechos que manifiesten su voluntad de no querer ser heredero, *l. 18. d. tit. 6. (1).* Desechando un descendiente la herencia de su ascendiente, puede entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes á la misma no hubiesen sido enagenadas, en cuyo caso solo podria entrar siendo menor de 25. años, *l. 20. d. tit. 6.*

21 Hasta aquí hemos hablado de la institucion de heredero, beneficios que este tiene para entrar con seguridad en la herencia, y modos de admitirla; debemos ahora hablar de la desheredacion. Desheredar es: *Excluir de la herencia á aquel, que por derecho le pertenecia, l. 1. tit. 1. P. 6.* Los ascendientes pueden desheredar á sus

(1) *§. 6. eod.*

descendientes, que esten en el primer lugar para heredarles, ab intestato (cuya circunstancia debe entenderse en todos los que desheredan) si dieren justa causa, y fueren de edad de 10. años y medio á lo ménos; y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto de sus ascendientes, l. 2. tit. 7. d. P. 6., la cual añade lo mismo de los parientes de travieso, respecto de sus colaterales: bien que dice, que lo pueden hacer sin razon ó con ella; y que omitiéndolos á ellos, pueden instituir á un extraño. La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal cierta, sea varon ó hembra, esté ó no en poder de quien deshereda, de manera que pueda saberse ciertamente quien es el desheredado. Y no quita la fuerza á la desheredacion el que hable mal de su hijo el padre que le deshereda, como si teniendo un solo hijo dixera: *Desheredo á mi hijo ladron, que no merece llamarse mi hijo* (1). Debe ser la desheredacion sin condicion (2), y de toda la herencia, y no de

(1) L. 3. de liber. et posth. (2) L. 3. §. 1. de inoffic. testam.

una cosa solamente: si no se hiciese así no valdría, l. 3. d. tit. 3. (1).

22 La desheredacion hecha por justa causa priva al desheredado de la herencia que le pertenecia por parentesco de quien le desheredó. Y si este alegare varias causas, basta que el heredero pruebe una, para que produzca su efecto la desheredacion, l. 8. d. tit. 7. Las leyes 4. 5. 6. y 7. de d. tit. 7. refieren 14. de dichas justas causas que puede tener el padre para desheredar á su hijo, previniendo la citada ley 8., que por ninguna otra le puede desheredar, adoptando en todo esto lo que Justiniano estableció en las leyes romanas (2). Pero debemos advertir haber otras dos causas de desheredacion mas recientes que las de leyes de las Partidas, las que hemos notado de paso en el lib. 1. tit. 4. nn. 16. y 30., y son el haber contraído matrimonio clandestino, l. 1. tit. 1. lib. 5. de la Recop., y el casarse los hijos sin el consentimiento de sus padres, ú otros en su defecto, segun el tenor de la pragmática del año 1776. que hemos referido en el lib. 1. tit. 4. nn.

(1) L. 19. de liber. et posth.

(2) Nov. 115. cap. 3.

3. y 4., que contiene otras penas que pueden verse en ella, como tambien hay contra los que contraen matrimonio clandestino en *d. l. 1. tit. 1. lib. 5. de la Recop.*

23 Las justas causas para desheredar los hijos á los padres, son 8. expresadas en la *ley 11. d. tit. 7. (1)*. Son ménos, porque á los padres les son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les están prohibidas á estos para con sus padres. Si los padres ó los hijos no expresan en la desheredacion alguna de las justas causas, son nulos sus testamentos, *l. 10. l. 11. d. tit. 7.* Y en quanto á las desheredaciones de los hermanos, establece la *ley 12. d. tit. 7.*, que puede desheredar ó preterir un hermano á otro con razon ó sin ella, con sola la limitacion de que no instituya heredero á hombre que fuese de mala vida ó infamado: en cuyo caso podria el hermano quebrantar su testamento, y haber la herencia, sino es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas que expresa la *misma ley 12. (1)*, y la probare el heredero escrito.

(1) *Nov. 115. cap. 3. (2) D. Nov. 115. cap. 4. §. 1. et seqq.*

24 Si el testador que tuviere descendientes, ó en su defecto ascendientes, no instituyese herederos, ni desheredase á los que están en primer lugar, sino que les omitiese sin hacer mencion de ellos, instituyendo heredero á otro, en quanto á su herencia, seria nulo el testamento, *l. 10. d. tit. 7. l. 1. tit. 8. P. 6.* Pero si les preteriera sin nombrar heredero alguno, juzgamos seria válido despues de la *ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.*, por la cual para que el testamento valga, no es necesario que contenga institucion de heredero, como tenemos dicho arriba *tit. 4. n. 3.* Así lo sienten entre otros muchos Matien. en *d. l. 1. glosa 10. n. 49.* Ayllon *ad Gom. 1. var. cap. 11. n. 2.* y Pichar. in *§. igitur quartam de inof. test. n. 24.* Y es la razon de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas que dexó el testador, en quanto no le mengüen su legitima, y en ello no recibe agravio, como lo recibiría en el primero, si en su lugar se nombrase heredero á un extraño.

25 El testamento bien hecho puede romperse ó perder su fuerza de varias maneras.

neras. Se rompe en primer lugar, si al testador despues de haberlo otorgado le naciese algun hijo que estuviere preterido, el cual naciendo lo romperia. A este hijo llaman las leyes *póstumo*, aunque con rigor solo se llaman así los que nacen despues de muerto su padre, *l. 20. tit. 1. P. 6. (1)*. Se rompe tambien por otro testamento cumplido ó perfecto que otorgare despues el testador, *l. 21. d. tit. 1. (2)*; porque su voluntad es tan libre en este particular, que la puede mudar siempre que le parezca, sin que hombre alguno pueda hacer testamento tan firme, que no lo pueda mudar despues cuando quisiere hasta el dia de su muerte, *l. 25. d. tit. 1. (3)*. Pero si el segundo testamento no fuese acabado ó perfecto, no romperá al primero, *l. 23. d. tit. 1. (4)*. Tampoco lo romperá aunque acabado fuese, en el caso que la *ley 21. tit. 1.* pone por excepcion de la regla establecida en la misma, á saber, cuando el

(1) *L. 3. §. de injur. rup. et irr. fac. rest.* (2) *§. 2. Inst. quib. mod. rest. inf.*

(3) *L. 22. de legat. 3. (4) §. 7. Inst. eod.*

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 331.
testador instituyó á alguno heredero en su primer testamento, y habiendo oido nuevas que habia muerto, y creyéndolo así otorga segundo en que diga, que por quanto no puede ser su heredero el que tiene nombrado, á causa de ser muerto, segun se ha dicho, nombra á otro; y despues fué hallado ser vivo el instituído en primero; pues entónces valdrá este, y tendrá la herencia el que fué instituído en él, por haber sido falsa la razon en que se fundó el testador para hacer el segundo testamento; pero valdrán las mandas que hizo el testador en ambos testamentos (1).

26 Otros tres casos propone la siguiente *l. 22. d. tit. 1. P. 6.*, de los cuales omitiremos el tercero, por considerarlo derogado por las *leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* Es el primero, cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituyó herederos á sus hijos, hace otro segundo, el cual no romperá el primero, sino hiciere mencion de él (2). Y el segundo, cuando el primero contiene cláusula dero-

(1) *L. ult. de her. inst.* (2) *Nov. 107. cap. 2.*

gatoria; porque entónces para romperse por el segundo, es preciso se haga en este mencion del primero, diciendo el testador señaladamente que lo revocaba, y que no hiciesen daño á aquel testamento que entónces hacia, las palabras que hubiese dicho en el primero. Pero como esto pende de la voluntad del testador, dice el Señor Covarrub. *de testam. part. 2. rubr. á n. 57.*, y Greg. Lop. en la *glosa 2. de d. l. 22.* citando á otros, que derogará el segundo al primero, siempre que se conozca por las conjeturas que erlo así el testador. Otro modo hay de romperse el testamento sin que el testador haga otro, y solo tiene lugar en el cerrado ó escrito. Sucedería si el testador á sabiendas quebrantase el sello del escribano, rayase las firmas ó las rompiese; pero si esto aconteciese por casualidad, no perdería su valor, *l. 24. d. tit. 1.*

(1). Debiendo ser tan libre la voluntad de testar, y estando tan aprobada por las leyes esta libertad, es justo sufran penas los que la embarazan. Cualquiera pues que impidiese á otro el poder testar, pierde el derecho que debía haber en los bienes de

(1) *L. 2. de his quæ in test. del.*

aquel á quien impidió, en cualquier manera que los debiese haber, y lo que perdire debe ser de la Cámara del Rey, *l. 26. d. tit. 1. P. 6.* Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño, probado esto tendría obligación de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *l. 29. d. tit. 1.* Los modos reprobados de impedir los refiere la *ley 27. del mismo tit. 1.*

27. Tambien pueden rescindirse ó perder la fuerza los testamentos á instancia de los desheredados que acusan de inoficioso, esto es, hecho contra la piedad ó merced que debian guardar los testadores, el testamento en que fueron desheredados, cuya acusacion llamaron *querella inofficiosi testamenti* las leyes romanas. Tiene lugar esta querella ó acusacion quando pretende el desheredado ser falsa la causa de desheredacion que expresó el testador, y obtendrá victoria, y se rescindirá el testamento, sino probare ser cierta el heredero instituido á quien toca probarlo, *l. 8. l. 10. l. 12. tit. 7. d. P. 6. (1)*, como insinuamos arriba

(1) *Nov. 115. cap. 1.*

n. 22., y en el 24. diximos tambien ser nulos los testamentos en que los ascendientes sin instituir heredero á otro, preterieren á sus descendientes, ó estos á aquellos, sin hacer mencion de ellos; y por lo mismo de no valer ó ser nada, dice la ley 1. tit. 8. P. 6., que no se quebrantan, pues no puede quebrantarse lo que no vale. Y asimismo diximos en el n. 23. al vers. *Si los padres*, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin expresar causa alguna, fundados en las leyes 10. y 11. de d. tit. 7., que lo prueban bastantemente; y hablando de lo mismo d. l. 1., dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contexto, parece quiere significar que no vale, previa la rescision, esto es, que deben ántes rescindir-se: de modo que la cuestion de si eran nulos, ó necesitaban rescindir-se tales testamentos, tan reñida, atendido el derecho romano entre sus intérpretes, queda á nuestro entender tambien dudosa en las leyes de las Partidas, é inclinamos mas á que necesitan de rescision. Si el desheredado callase dexando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia,

no podrá intentar la querrela de inoficioso testamento (1), salvo si fuese menor de 25. años, que puede hacerlo durante su menor edad, y cuatro años despues, l. 4. d. tit. 8. Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dexaba, ó defendiendo el testamento, como Abogado ó Procurador de otro, ó le consintiese de cualquiera otra manera semejante, no podrá querrellarse contra él, l. 6. d. tit. 8. (2). Si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legitima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de pedir el suplemento de su legitima; porque ni está preterido, ni desheredado, l. 5. d. tit. 8. (3). Quebrantado el testamento va la herencia á los herederos ab intestato; pero se conservan los legados que en él se dexan, l. 7. d. tit. 8. (4), y las mejoras de tercio y quinto, l. 8. tit. 6. lib. 5. de la Recop. (24. de Toro) como tenemos dicho.

(1) L. 8. §. ult. seq. de inof. test.

(2) L. 23. §. 1. eod. (3) Nov. 115. cap. 1. (4) D. Nov. cap. unde, auth. Ex causa de lib. præter.

TITULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO
Y QUINTO, LEGADOS, FIDEICOMISOS,
LEY FALCIDIA, Y DE LOS CODICILOS.

Tit. 6. lib. 5. de la Recop. tit. 9. P. 6.

1. De las legítimas de los hijos y de los padres; y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.
2. Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.
3. Dónde pueden hacerse las mejoras, y cuándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.
4. De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.
5. Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.
6. 7. Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos; y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.
8. 9. Tres exemplos que explican la doctrina antecedente.
10. 11. 12. Cosas que no se llevan á cola-

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 337.
cion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.

13. Qué sea legado, y quíenes y á quíenes puede legarse.
14. 15. Del legado de las cosas ajenas y de las empeñadas; y qué deba decirse cuando el testador legare la escritura y cosas no existentes.
16. Del legado de las cosas que están fuera del comercio, y de las incorporales.
17. Del legado general.
18. Qué deba decirse cuando el testador erró en el nombre de la persona ó de la cosa.
19. 20. Del legado que se hace con causa ó con modo; cuándo pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y se le deben sus frutos: y qué ha de decirse cuando se lega á dos una misma cosa.
21. 22. Cuándo se extinguen los legados.
23. Cuándo se lega dos veces una cosa.
24. Dónde se puede pedir la cosa legada.
25. 26. De la ley Falcidia.
27. 28. De los Fideicomisos.
29. De los Codicilos.

1 **E**S digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de Tomo. I. 46

tercio y quinto, porque apenas hay testamento de padres entre hijos que no las contenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de su quinta parte, que hablando substantivamente, solemos llamar el quinto, el cual, y no mas pueden dexar por su alma, y á quien les parezca, *l. 12. tit. 6. lib. 5. de la Recop. (28. de Toro)*. Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á excepcion del tercio, del cual, y no de mas, tienen libertad de disponer, como quisieren, *l. 1. tit. 8. d. lib. 5. (6. de Toro)*. Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dexar el quinto á estraños, tiene libertad para dexar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos, aunque á estos les viva su padre, *l. 2. d. tit. 6. (18. de Toro)*. Y aun añaden Molina de Hispan. primog. lib. 2. cap. 11. n. 5. y Covarr. lib. 1. var. cap. 19. n. 4. vers. *Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere, cuya opinion nos parece

bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gomez en *d. l. 18. de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr., que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los estraños, en quanto no puede dexarse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2. Quando el padre dexa á alguno de sus hijos el tercio ó el quinto de sus bienes, se dice, que les mejora, y de ahí viene, que el *tit. 6. del lib. 5. de la Recopil.* tiene la inscripcion: *De las mejoras de Tercio y Quinto*; porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros, en quanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, *l. 214. del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del alma del testador, como dice Gomez en la *ley 17. de Toro n. 2.* Pero exceptua bien Angulo de meliorat. en la *ley 9. glosa 2. n. 25.* el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio; porque entonces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le res-

taba al testador despues de extraida la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse ántes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuentes en la *ley 25. de Toro, cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere así; porque estando instituido por favor del alma del mismo testador, que se saque ántes el quinto, que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3. Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque hasta entónces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, sino es que hubiesen entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo ménos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de escribano, ó finalmente sino es que la mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio, ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse cuando el

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 341.
padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas, en que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo á derecho, *l. 1. d. tit. 6. (17. de Toro)*. Y en quanto á promesas de mejorar ó no mejorar, establece la *ley 6. del mismo tit. 6. (22. de Toro)* estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes, que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo, que tambien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha pasados los dias de su vida. Se exceptúa de esto último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4. Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l. 7. d. tit. 6. (23. de Toro)*. Y de ahí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las

otras donaciones que los hijos traxeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley 9. d. tit. 6. (25. de Toro)*; porque estas saliéron ya del patrimonio del padre quando se otorgáron. Y en la misma razon se funda la *ley 5. de d. tit. 6. (21. de Toro)* en quanto dice, que los mejorados sufran á prorata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que sobrare despues de haberse pagado las deudas. (1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, ni disminuuya sus bienes, si solo carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l. 13. d. tit. 6. (30. de Toro)*. Ni puede dexar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la legitima de sus hijos, *l. 11. tit. 4. P. 6. (2)*, y siéndolo todos sus bienes, á excepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aquí la especial doctrina de la *ley*

(1) *L. 39. §. 1. de verb. sign.*

(2) *L. 32. C. de inof. testam.*

11. d. tit. 6. (27. de Toro), que permite á los padres imponer gravámen de restitucion á la legitima de sus hijos en el siguiente órden: I A favor de sus descendientes legitimos. II De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III De los ascendientes. IV De los parientes. V y último de los estraños. Cuya imposicion de gravámen perpetuo cesa en el dia por la *cédula del año 1789.* que explicamos mas abaxo en el *tit. sig. n. 2.*

5 Está permitido á los padres señalar las mejoras que hiciere en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona esta facultad, *l. 3. d. tit. 6. (19. de Toro)*, que no admite, á nuestro dictámen, la restriccion de *Azev. en d. l. 3. n. 32.* y *Angulo de meliorat. l. 3. glosa 4. n. 1.*, de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debiéron haber observado, que dicha *ley 3.* tuvo los mismos Autores, y fué establecida en el mismo tiempo y ciudad de Toro, que la *5. tit. 4. d. lib. 5. de la Recop. (31. de Toro)*; y de consiguiente, que si la intencion de sus Auto-

res hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrían expresado así, como lo hicieron en la citada *ley 5.* hablando de la facultad de mejorar, desheredar, y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibición á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora, y así vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I Dicha *ley 3.* cuando prohíbe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor mencion del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creíble quisiese incluirle en la prohibicion general; puesto que en la obligacion general no se comprehenden las cosas, que por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, *l. 5. tit. 13. P. 5. (1)*, lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el *axioma 106.* II Porque la facultad de señalar bienes en que con-

(1) *L. 6. de pignor.*

siste la mejora, se versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y cuando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiese señalamiento, sin que les sea permitido á los demas descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, sino es que la cosa no tuviere cómoda division, *l. 4. d. tit. 6. (20. de Toro)*. Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando á prorata las deudas del difunto, *l. 5. d. tit. 6. (21. de Toro)*; pues deben sufrir esta carga, como diximos arriba *n. 4.*, y tambien quedan válidas cuando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como iusinuamos en el *n. ult. al fin del título antecedente.*

6 Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima, *l. 10. d. tit. 6. (26 de Toro)*. Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se

aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y qualquiera donacion que exceda estos cotos de legítima y las mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados; por que ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, *l. 3. tit. 8. d. lib. 5. (29. de Toro)*. Puede verse á Azev. en *d. l. 10. n. 26.* y á Covar. in *cap. Reynaldus §. 2. n. 16. et seqq.*, que concilian de esta manera las citadas *leyes 26. 29. de Toro*, que á algunos han parecido contrarias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiére, lo haya perdido ó pierda, *l. 1. tit. 2. lib. 5. de la Recop.*, que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534.

7 No prohíbe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en frau-

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 347.
de de ella, como lo prueba Azevedo comentándola latamente, y explicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. En el *n. 6. y siguientes* exâmina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutierrez, fundado en otras varias. Inclínamos á la de este Autor, principalmente por la poderosa razon, de que siendo el vivo espíritu de dicha *ley 1.* en todas sus partes, el coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, ántes con estrechez, que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, quando á las mugeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien, en que las dotes que se las dieron ó prometieren, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre,

segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l. 3. tit. 8. lib. 5. de la Recop. (29 de Toro).*

8 Pongamos tres exemplos, que abrazando casi toda la doctrina que hemos sentado, den mas cómoda instruccion: I. Un padre dexó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorado en el tercio á Pedro, y á Juan en el quinto. Tenia 1700 pesos: debia 200: legó 100 y en su entierro se gastaron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baxa quedarán 1500, de los cuales tocarán á Juan 300 por su quinto, y de los restantes 1200 pertenecerán á Pedro 400 por el tercio: y los 800 sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon de quinto; de suerte que de este, solo le quedarán 150. Si en este exemplo tuviere el testador un nieto, podrá dexarle las mejoras, y dexándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II. exemplo:

El mismo padre ademas de lo referido en el primer exemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se acumularán pues ó unirán estos 400 pesos á los 800 que quedan despues de extraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200, que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por quanto la hija tenia ya recibidos 400 habrá de restituir 100, por ser la dote en este exceso inoficiosa; sino es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el qual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 dotales, y los restantes 800 se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9 III. exemplo: El mismo padre no habiendo dexado mas hijos, que los tres referidos en el I. exemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000 y á Juan otra por causa de 300 Pedro se entenderá mejorado en los 1000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legitima. Y en atencion á que las mejoras di-

cen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que segun hemos visto solo importaba 1500, será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores exemplos. Se executará pues la division en la manera siguiente: De los 1500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1300: importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2100, y dividido este en partes iguales; importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Segun esto de los 1500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que juntos con los 1000 que tenia por su donacion, forman su total haber de 1400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos á los 300 que tiene por su donacion, la forman la legítima de 700 que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

10 Con lo que hemos dicho hasta aquí, está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta examinar las

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 351.
dudas que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para executarse ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres, lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos, los bienes que hubieren recibido de sus padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias*, ú otra causa que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentado con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron, se quisieren apartar de la herencia, lo podrán hacer; salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demas herederos el exceso en que fueren, *d. l. 3. tit. 3. lib. 5. de la Recop. (29. de Toro)*. Y esimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l. 3. tit. 15. P. 6.*; pero no el castrense; ni quasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan libres para sí, sin derecho alguno

de sus hermanos à ellos, *l. 5. d. tit. 15.*
 11 Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios, ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, *l. 3. tit. 4. P. 5. d. l. 5.* Pero quieren nuestros intérpretes, que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, à exemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contexto de *d. l. 5.*; porque ademas de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion, exclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exento en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en quanto á los libros, en el caso de que en sí ò equivalente existieren en poder del mismo hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, que no amentan el patrimonio, y de los alimentos no hay imputacion.*

12 Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio, los Doctorados ú otros grados de las Universidades, ú otras cualesquiera dignidades que no tienen salario, ni otros frutos civiles, si que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen, que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, si que ántes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celeberrimo Jurisconsulto Papiniano (1). Y en verdad, si la cosa se mira á fondo ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad, que: *Premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias, que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigiliass, en beneficio de la Republica?* ¿Y quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa, pretender los demas hijos, que su hermano así condecorado impute en parte suya el linero expendido por este testimonio, que ya se consumió? Dirémos pues, que si un hijo condecorado así,

(1) *L. 1. §. 16. de collat.*
Tom. I.

fuese mejorado en tercio y quinto, sacaría sus mejoras enteras, sin que las disminuyera en parte alguna lo gastado en su grado. Así lo dispusimos en la division de la herencia de Don Josef Perez Mesia, corregidor que habia sido de Salamanca, que tuvimos el honor de ordenar: en la cual era uno de los herederos su hijo el Señor Don Francisco Perez Mesia, Doctor del derecho civil en la Universidad de dicha ciudad, que murió despues Consejero del Supremo Consejo de Castilla. Y aunque uno de los coherederos manifestó disentir al principio, cedió despues á la fuerza de las razones que hemos referido, que conoció muy bien, por su notoria pericia; y no dexa de hacer al caso lo que expresa *d. l. 5. tit. 15. P. 6. al fin.*

13. El nombre general de *mandas*, de las que trata el *título 9. de la Partida 6.* comprehende en nuestras leyes á lo que hablando con separacion llamamos legados y fideicomisos particulares ó singulares, que fusion y a igualados en los efectos en las leyes romanas por Justiniano (1). Dexó sin embargo alguna muy leve diferen-

(1) §. 3. *Inst. de legat.*

cia, y siempre quedó que una cosa fuese legado, y otra fideicomiso. Hablarémos nosotros con esta separacion, llamando *legados* á las *mandas*, que dexa el testador con palabras directas; porque con efecto está mucho mas recibido en el uso el nombre *legado*, que el de *manda*. Y decimos, que legado es: *Una manera de donacion que dexa el testador ó en codicilo á alguno.* Puede hacerlo todo hombre que puede hacer testamento ó codicilo; porque en ellos deben hacerse, y pueden dexarse á todos aquellos que pueden ser instituidos herederos, bastándoles para coger el legado el tener capacidad de adquirirle al tiempo en que muriere el testador, *l. 1. d. tit. 9. P. 6.* Y para que valga el legado deberá constar ciertamente de la persona del legatario, en los mismos términos en que lo diximos del heredero al *n. 3. del título antecedente, l. 9. d. tit. 9. (1).*

14. Puede el testador legar las cosas suyas y las de su heredero, y tambien las ajenas, esto es, que son de algun otro. Pero para que el legado de estas valga, es menester sepa el testador cuando las le-

(1) *L. 9. §. 8. de her. inst.*

ga, que no son suyas, sino es que las legara á persona que tuviese alleganza con él, así como á su muger ó algun pariente, en cuyo caso valdria aunque lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si hubiere duda de si el testador lo sabia ó lo ignoraba, toca al legatario probar que lo sabia. Y cuando vale este legado, debe el heredero comprar la cosa legada, para darla al legatario, ó no queriéndola vender su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dar su estimacion á juicio de dos peritos al mismo legatario, *l. 10. d. tit. 9. (1)*. La razon de haber de probar la ciencia el legatario, és por ser el actor á quien toca la prueba, *l. 1. tit. 14. P. 3. (2)*. A que se añade tener el heredero á su favor la presuncion (3). Si el testador legare una cosa empeñada, que lo estaba por tanto ó por mas de lo que ella valia, débela huir ó redimir el heredero, y darla franca al legatario, tanto en el caso que sabia estar empeñada, como si lo ignorara. Pero si estaba dada á peños ó en prenda por mé-

(1) §. 4. *Inst. de legat.* (2) *D. §. 4.*
 (3) *D. §. 4.*

nos de lo que valia, solo en el caso de que supiere el testador que estaba empeñada, tendrá esta obligacion; porque si lo ignoraba, será del mismo legatario la obligacion de redimirla, *l. 11. d. tit. 9. (1)*. Y si teniendo el mismo testador en su poder alguna cosa empeñada á su favor por dinero que hubiese dado sobre ella, la legara al que la empeñó, vale el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega; pero queda este con la obligacion de haber de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *l. 16. d. tit. 9.*, y de consiguiente solo se entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que le lega ó condona la deuda, *l. 47. d. tit. 9. (2)*.

15 No solo pueden legarse las cosas ya existentes, sino tambien las que están por venir, como los frutos que han de nacer

(1) §. 5. *cod.* (2) *L. 3. §. 1. de liber leg.*

de tal campo, *l. 12. tit. 9. (1)*. Si dixere el testador, que legaba cien pesos que tenía en el arca, los deberá dar el heredero al legatario, si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare ménos, cumplirá dando lo que se hallare. Y si encuentra mas, solo debe dar los cien pesos, *l. 18. d. tit. 9.* la que con esta decision da mucha prueba de que en caso de duda siempre está la presuncion á favor del heredero.

16 Las cosas que están fuera del comercio de los hombres absolutamente por todo respecto, como son las sagradas, no se pueden legar; y á esta clase pertenecen de alguna manera las cosas que señaladamente son de los Reyes, como los Palacios, que no pueden enagenarse sin mandato de los mismos Reyes. Ni tampoco las que son del pro comunal de alguna ciudad ó villa, como las plazas y los edificios. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio solamente por cierto respecto que está en ella misma. No valdrá pues el legado de los mármoles, pilares ó maderas que están puestas como par-

(1) §. 7. *Inst. de legat.*

te integrante de los edificios; de suerte que ni aun su estimacion deberá dar el heredero, *l. 13. d. tit. 9. (1)*. Se ha prohibido este último legado para conservar la hermosura de la ciudad, y precaver la fealdad de los edificios, *d. l. 13. l. 16. tit. 2. P. 3. (2)*. Si la cosa legada mudase de condicion sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio cuando se legó, dexase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana fué consagrada, no valdria el legado, quedando el heredero sin obligacion de pagar la estimacion que ántes tenía, *d. l. 13. (3)*. No solo puede legar el testador las cosas corporales, sino tambien las incorporales, como los derechos, deudas que se le debieren, y servidumbres en cosas suyas. Y si despues pidiere y cobrar la deuda que habia legado, se acaba el legado, pues se entiende que le revocó (4). Otra cosa seria, si el deudor la pa-

(1) §. 4. *Inst. de legat. l. 41. §. 1. cum duab. seqq. de legat. 1.* (2) *L. 42. C. de ædif. privat.* (3) §. 2. *Inst. de inut. stipul.* (4) §. 21. *Inst. de legat.*

gare de su grado ó voluntad sin habérsele pedido; porque entónces debería el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion que hubiese cobrado el testador, por entenderse ser la intencion de este tenerla guardada á este fin, *l. 15. d. tit. 9.*

17 Cuando el testador legare una cosa generalmente sin señalar ninguna determinadamente, como por exemplo un caballo, será del legatario el derecho de escogerle, si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor. Mas si no tenia, será en escogencia del heredero comprar uno comúnmente bueno, esto es, mediano ó regular, para darlo al legatario, *l. 23. d. tit. 9.*, que pone en un siervo el exemplo que acabamos de poner en un caballo; y añade, que debe tener lugar esta doctrina en las bestias ú otras cosas semejantes, esto es, segun entendemos, que tengan sus límites por la misma naturaleza. Porque hablando en seguida en el *vers.* Pero de casas que no los tienen por naturaleza, sino por obra ó disposición de los hombres, establece otra regla, á saber: Que si el testador lega unas casas sin señalarlas, debe dar el heredero unas de las del testador,

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 361.
cualesquiera que sean; y si solo tuviere algunas (usa del número plural por el singular), aquellas mismas: y que si por ventura el testador no tuviese casas ningunas, no vale el legado (1). Si lega el testador á alguno la escogencia ú opcion de dos cosas, para que escoja la que le pareciere, no podrá el legatario arrepentirse, despues de haber escogido una (2). Y si la escogencia fuese puesta en el arbitrio ó mano de un tercero, y este no escogiere dentro de un año, por no poder ó no querer, pasa al legatario el derecho de escoger, *l. 25. d. tit. 9.* (3).

18 Para que valga el legado, basta que el testador señale la persona del legatario, y la cosa legada, si el legado no es general; de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular por su voluntad; como si dexese Pedro al que se llama Juan, ó campo Tusculano al que se

(1) *L. 13. l. 71. de legat. 1.* (1) *L. 5. de legat. 1.* (3) *L. ult. §. 1. C. comun. de legat.*
Tom. I. 49

dice Ticiano, con tal siempre que conste de la persona y cosa por otras señales ó demostraciones seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres en todas las tierras, sin imposición particular, como son pan, paños, laton, oro, y otras semejantes, no valdría el legado, aunque quisiese probar el legatario ser la voluntad del testador, que valiese en lo que era la cosa, en cuyo nombre erró, como si queriendo legar oro, le apellidase laton; *l. 28. d. 9. de leg. 1.*

19. A las veces añade el testador en los legados algunas expresiones que forman condicion, causa, ó modo. De las condiciones hablamos ya latamente en el título antecedente, sin que haya necesidad de añadir cosa alguna. Causa es: *Motivo de cosa pasada, que expresa el testador tener para legar;* como si dixera: *Legó á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios, ó me hizo este ó el otro servicio.* Y cuando así sucede, no impide el valor del legado el que sea falsa la causa, *l. 20. l. 21. d. tit. 9. P. 6.*

(2). Modo es: *Expresion del fin para que se*

(1) §. 29. *Inst. de legat. l. 4. de legat. 1.*

(2) §. 31. *Inst. de legat.*

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 363.
hace el legado; por exemplo, si el testador dixere: *á Juan lego cincuenta pesos, para que me haga un sepulcro.* Y entónces debe entregarse desde luego á Juan el legado, dando fador de que cumplirá lo que mandó el difunto, y gana su dominio luego que lo cumpliere, ó hizo quanto estuvo de su parte para cumplirlo, *d. l. 21.* Y en todo legado de cosa cierta, que se dexa puramente ó sin condicion, pasa el dominio de la cosa al legatario, luego que muere el testador, de manera que aunque él falleciese antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, pertenecería esta á su heredero. Pero en los legados condicionales si muere el legatario antes de la existencia de la condicion, no vale el legado, y queda el dominio de la cosa legada en el heredero del testador, *l. 34. d. tit. 9. (1).* Si se legase el usufruto de alguna cosa, se deberá al legatario desde que el heredero entrare en la herencia, y no antes, *l. 35. vers. El cuarto, d. tit. 9. (2).*

(1) *L. un. §§. 1. 5. et 7. C. de cad. tol. l. 3. quan. dies leg. v. fideic. cedat.*

(2) §. 19. *Inst. de legatis.*

20 Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento *l. 37. d. tit. 9. (1)*. Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el día en que el heredero entró en la herencia, *d. l. 37. en cuya glos. 4. juzga Grego Lop.* set muy probable, que despues de la *l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* se le deben desde la muerte del testador. Si el testador legó á dos una misma cosa, ó bien ayuradamente en una misma oracion, ó á cada uno de por sí, esto es, separadamente en dos oraciones, la partirán igualmente entre sí; y si uno de ellos, ó por haber muerto, ó haber renunciado su parte, no lo tomare, acrecerá al otro, *l. 33. d. tit. 9. (2)*. Es libre el legatario en admitir ó no lo que se dexa; pero no podrá admitir una parte de alguna cosa que se de lega, y desechar la otra, aunque sea un cuerpo que contiene en sí muchas cosas, como

(1) *d. l. un §. 6. (2) §. 8. Inst. de legat.*

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 365
una manada de ganado, que tiene mucha cabezas (1); mas de sus herederos podrá uno admitir la que le toca, y el otro desechar la suya, como tambien el legatario á quien dexan muchas cosas, podrá tomar la que quisiere, y dexar las otras, si no es que lle dexaren una cosa con carga, y la otra sin ella, en cuyo caso no podrá tomar esta, y dexar aquella, *l. 36. d. tit. 9. x. d. l.* Veamos ahora los modos por los que desfallacen ó pierden el valor los legados que deo tuvieron en su principio. Se extinguen en primer lugar el legado por la revocacion del testador, aunque la haga en juicio, conservando el testamento en su fuerza, ó suprimiendo la escritura en que estubo ascripto, *l. 39. d. tit. 9. (2)*. Tambien se extingue si la cosa legada se perdió, ó murió sin culpa del heredero, *l. 4. d. tit. 9. y si de la cosa legada hiciese el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse al pristino estado de la materia, como de lana, paños, de madera, una casa, ó una nave, l. 42. d.*

(1) *L. 6. de legat. 2. (2) L. 16. de adim. vel transf. leg.*

tit. 9. (1). Y añade esta misma ley, que si lega el testador un carro ó carreta, se le debe dar al legatario con la bestia que la traia; y que si esta muere, se extingue el legado, sino es que el testador en su vida metiese otra en lugar de la muerta. No pone la razon, que creemos no poder ser otra, que la de considerarse la bestia lo principal, y el carro lo accesorio; pues es bien sabida la regla, de que no consi- tiendo lo principal, no tiene lugar lo ac- cesorio (2). Si diere el testador la cosa que tenia legada, se entiende ó presume que lo hizo con intencion de revocar el le- gado, y quedará extinto. Lo contrario se presume si la vendio, ó empeño, y por ello en este caso tendrá el heredero la obliga- cion de dar al legatario el precio por que fué vendida, ó empeñada, bien que en uno y otro podrá probar lo contrario de la pre- suncion el que interesase en ello, l. 17. l. 49. d. tit. P. 6. (3).

- (1) L. 88. de legat. 3. (2) L. 129. §. 1. de div. reg. jur. l. 2. de pecul. leg. (3) §. 12. Inst. de legat. l. 8. l. 24. §. 3. de adim. v. transf. leg.

22 Se extinguirá tambien el legado, si despues de hecho el testamento adquiriere el legatario el dominio de la cosa, por do- nacion, ú otro titulo lucrativo; pero no si la adquiriere por oneroso, como compra, ó cambio; porque entonces puede pedir al heredero la estimacion de ella, l. 43. d. tit. 9. (1). Es titulo lucrativo el que nada cuesta, como donacion, legado, y oneroso, el que cuesta algo, como compra, permuta. La razon de extinguirse en el primero de los dos casos, que acabamos de referir, es el axioma: que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa (2). En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una mis- ma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad, en términos de que no se pudiese quitar, nada podia pedir en su razon por el otro testamento. Pero si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de dicha cosa, bien podria pe- dir despues la cosa en virtud del otro, l. 44. d. tit. 9 (3).

- (1) §. 6. Inst. de legat. (2) L. 17. de oblig. et act. (3) d. §. 6. Inst.

23 Si legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña, á uno mismo, no está el heredero obligado á darla mas de una vez; y lo mismo sería si le legara muchas veces cierta cantidad de dinero, ú otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, sino es que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces lo expresó (1). Pero si habiéndole legado en el testamento cierta cuantía, se la legara otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, salvo si probare haber sido la voluntad del testador, que solo se le diera una vez, *l. 45. d. tit. 9.* de suerte que en el primero de estos dos últimos casos, está la presuncion á favor del heredero, y en el otro del legatario.

24 Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en el lugar donde existiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se hallare la cosa legada: y si el heredero mudase engañosamente la cosa de

(1) *L. 34. §. 3. de legat. 1.*

un lugar á otro para hacer perjuicio al legatario, la debe llevar á su costa al lugar de donde la traspasó, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en general, como si el testador dixese: *lego á Pedro un caballo*, sin expresar cual, ó legare cierta cantidad de cosa que se pueda contar, medir ó pesar, podrá pedir Pedro el legado en el lugar de la morada del heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquier otro en que el heredero empezare á pagar los legados; si el testador señaló lugar y tiempo, así se ha de cumplir, *l. 48. d. tit. 9.*

25 Es muy famosa en el derecho romano la *l. Falcidia*, establecida para menguar los legados, á fin de asegurar la adición de la herencia, sin la cual no podia, según aquel, subsistir testamento alguno (1). De ella se trata tambien con bastante extension en el *titulo 11. de la P. 6.* Pero como por derecho mas nuevo contenido en la celebre *l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* que tantas veces hemos citado, no es hoy necesaria en España la adición de hereda-

(1) *Pr. Inst. de leg. Falcid.*
Tomo. I. 50

dero, para que el testamento valga, opinó Antonio Gomez, *lib. 1. var. cap. 12. n. 11.* y otros, que en el día no tiene lugar entre nosotros dicha ley Falcidia. Pero tenemos por mucho mas probable la opinion contraria, que latamente defienden, soltando las objeciones Pichard. *in Inst. pr. de lege Falcidia n. 33. et seqq.* Matienzo. *in d. l. 1. glos. 19. nn. 18. et 19.* Molina de *Hispan. primog. lib. 1. cap. 17. nn. 10. et 11.* Castillo de *usuf. cap. 60.* y otros muchos. Sentada esta sentencia, decimos, que por esta ley debe quedar al heredero la cuarta parte de la herencia, la cual tomando el nombre de la misma ley, se llama tambien la *cuarta falcidia*. Si el testador pues consumiera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará á cada legatario la cuarta parte de lo que se le dexa, para formar su falcidia; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion lo que le falte para completarla. Y si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador, á quienes se debe su legitima en los términos que hemos explicado, hablando de las mejoras de tercio y quinto, deberá siempre sacar dicha su

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 371.
legítima; pero no podrá sacar ademas la falcidia, como lo prueba bien Gregor. Lop. en la *glosa 3. de la ley 1. de d. tit. 11.* cuya ley establece lo que llevamos dicho; y añade, que tambien se saca la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte (1).

26 Antes de sacar el heredero su cuarta, se deben baxar y pagar las deudas, que tenia el difunto, las espensas de su muerte, y las que se hicieren por razon del testamento, ú otros escritos pertenecientes á los bienes del mismo difunto, *l. 2. d. tit. 11. (2)*: así lo dispone *esta l. 2*; pero en quanto á gastos de entierro, téngase presente lo que diximos en el *tit. preced. n. 18.* que solo son carga de la herencia, que baxan su valor quando á ninguno se dexa el quinto, porque si se dexare á alguno, de este y no de la herencia son cargo, *l. 13. tit. 6. lib. 5. de la Recop. (30. de Toro)*. El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del difunto; de ma-

(1) *L. 2. C. de don. mort. caus.*

(2) *§. 2. Inst. de leg. Falc.*

Para que el aumento ó disminucion de su Patrimonio, sucedido despues de ella, es en beneficio ó perjuicio del heredero; porque á los legatarios siempre les quedaria la misma porcion, que si no se hubiese aumentado ó disminuido, *l. 3. d. tit. 11*, que pone exemplos (1). No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados siguientes: I. Los que dexa el testador á la Iglesia, hospital de pobres, lugar religioso ú otra obra de piedad. II. Los que fueren dexados en testamento militar, *l. 4. d. tit. 11. (2)*. III. Los de cosa cierta que hiziere el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enagene, *l. 6. d. tit. 11. (3)*. Si el heredero hubiese pagado algunos legados sin sacar su quarta, creyendo ser bastante la herencia, para pagarlos así todos, deberá pagar todos los otros cumplidamente; sino es que despues que comenzó á pagar así, se descubriese alguna deuda grande del difunto, que no se supiese ántes; porque entónces bien la

(1) *§. 2. eod.* (2) *Aut. similiter C. de leg. Falc. l. 12. C. de test. milit.*

(3) *Nov. 119. cap. 11.*

podria sacar de aquellos legados, que todavía no hubiese pagado, *d. l. 6*. Pierde el derecho de sacar la falcidia aquel heredero, que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados, para que no valiesen, y aquel que hubiese hurtado alguna de las cosas que legaba el testador, ó negase maliciosamente, diciendo ser suya propia, si fuere vencido en juicio por cualquiera de estas razones. Ni se saca tampoco la falcidia, cuando lo prohíbe el testador, *d. l. 6. (1)*. Ni cuando el heredero no hubiese hecho inventario, *l. 7. d. tit. 11. (2)*.

27 Expuesto lo perteneciente á legados, pasamos á hablar brevemente de los fideicomisos, comprehendidos tambien como diximos en nuestras leyes baxo el nombre general de *mandas*, y con efecto, lo mismo manda ú ordena el testador unos que otros. Se dividen los fideicomisos en universales y singulares ó particulares. De los primeros hablan la *1. y 14. tit. 5. y la 8. tit. 11. P. 6.* y de los segundos, la *3. y algunas siguientes del título 9. de la misma*

(1) *Nov. 1. cap. 2.*

(2) *L. ult. C. de jur. delib.*

P. 6. Fideicomiso en general es: *Todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguna*. Universal ó hereditaria es aquel, en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro. Cuando esto suceda, tiene el heredero derecho de retener la cuarta parte de la herencia, que habiendo adoptado tambien el nombre latino, llamamos *trebeliánica*, y es muy semejante á la *falcidia*. Debe imputar en ella el heredero las cosas que el testador le hubiere mandado, si las hubo. Y si los frutos que tomó de la herencia mientras la tuvo, montaren tanto como la cuarta, no debe tomar cosa ninguna de la herencia, si no que la debe dar libre y entera; y si importaren ménos, los tendrá á cuenta de la cuarta, y tomará de la herencia lo que le faltare para completarla. Si los frutos montaren mas que la cuarta, se quedarán con todos ellos en lugar de la cuarta, si el testador señaló dia en que hubiese de restituir la herencia, y él cumplió el plazo. Pero si el testador no señaló dia cierto, y aquel á quien debía restituírse la herencia, fué negligente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 375.
 frutos sin contarles en la quarta. Y si el heredero fué rebelde, difiriendo maliciosamente la restitucion, quanto quiera que valgan mas los frutos que la quarta que debe haber, será obligado á darlos con la herencia. Toda esta doctrina es literal en *d. l. 8. tit. 11. P. 6*, la cual ademas expresa no deber entenderse en el caso de ser hijo del testador el que debe restituír la herencia; porque este retendrá todos los frutos que hubiere percibido de la herencia, sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe; y lo mismo creemos deberá decirse, cuando el heredero fuere ascendiente del testador, por persuadirnos concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independiente de la voluntad del testador. Pero acordamos con Gregor. Lop. en la *glosa 9. de d. l. 8.*, en conformidad de lo que diximos de la quarta *falcidia arriba n. 25.*, que el hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima y quarta *trebeliánica*.

28. La diferencia que añade en seguida la misma *ley 8.* entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que la áde por premia, de que solo aquel

y no este, puede sacar la cuarta y tomar frutos, no tiene entrada en el día en que cesa la precisión de apremiar al heredero á que admita la herencia; por poderla admitir por sí el substituto, cuando él la desecha. *l. 1. tit. 4. lib. 5. de a Recop.* Y advertimos últimamente en este particular de fideicomisos universales, que el heredero, que restituye debe, pagar por razon de su cuarta á proporción las deudas del difunto, *d. l. 8. al fu.* Fideicomiso singular es aquel, en que el testador manda al heredero ó á aquel á quien lega algo, dé á otro alguna ó algunas cosas singulares; en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella quinta que montare lo que se le legó. (1). Y adviértase, que puede uno gravar con fideicomisos no solo en su testamento, sino tambien en codicilo, y tanto á los herederos ab intestato como á los testamentarios, *l. 3. tit. 9. P. 6. (2).*

29 Falta para concluir este título, que digamos algo de los codicilos. *La ley 1. tit.*

(1) §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. rel.*
 (2) §. 10. *Inst. de fideic. her.*

12. *P. 6.* dice ser codicilo: *Escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos, o antes;* y que esta escritura tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer ó menguar las mandas, que hubiesen hecho en el testamento: Y que la puede hacer el que no tiene prohibicion de hacer testamento (1): Y que tambien son dos sus especies, nuncupativo y escrito. Las solemnidades que en uno y otro deben observarse, las hemos notado en el *n. 4. del tit. 4.* Solo pues añadiremos ahora, que en el codicilo no se puede instituir heredero directamente, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento (2), ni tampoco desheredar (3); pero sí podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero ab intestato diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado, lo mandará ó rogara al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar este la cuarta parte de la herencia,

(1) *L. 6. §. 3. de codic.* (2) §. 2. *Inst. de codic.* (3) *L. 3. C. de testam.*
 Tom. I.

llamada *trebeliánica* en latin, *l. 2. d. tit. 12. l. ult. tit. 11. P. 6.*, cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el *n. 27.* hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca que quien lo hizo, quiso que no valiese el primero (1); ni por haberle nacido despues un hijo al que lo otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, *l. 3. d. tit. 12.* como hemos visto.

TITULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 7. lib. 5. de la Recop.

1. Los mayorazgos se semejan mucho á los fideicomisos familiares, y su definicion.
2. Antes se podian fundar sin licencia del Rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados ántes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.
3. Origen de los mayorazgos.
4. 5. 6. 7. 8. Division de los mayorazgos en

(1) *L. 3. C. de codic.*

varias especies, con explicacion de estas.

9. I. regla: Varias cosas que deben observarse en los mayorazgos: Que todos se deben gobernar en caso de duda, al tenor del regular, cual lo es el Reyno de España.
10. II. regla: Los mayorazgos son indivisibles.
11. III. regla: La sucesion en los mayorazgos es perpetua; y los bienes que comprehende no se pueden enagenar.
12. IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes quatro cosas, línea, grado, sexo, y mayor edad.
13. V. regla: Concluída una línea, se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.
14. VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del Príncipe, y en el hijo arrogado.
15. Otras líneas que han inventado los intérpretes.
16. VII. regla: La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.
17. VIII. regla: En los mayorazgos no se succede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.

llamada *trebeliánica* en latin, *l. 2. d. tit. 12. l. ult. tit. 11. P. 6*, cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el *n. 27.* hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca que quien lo hizo, quiso que no valiese el primero (1); ni por haberle nacido despues un hijo al que lo otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, *l. 3. d. tit. 12.* como hemos visto.

TITULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 7. lib. 5. de la Recop.

1. Los mayorazgos se semejan mucho á los fei-comisos familiares, y su definicion.
2. Antes se podian fundar sin licencia del Rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados ántes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.
3. Origen de los mayorazgos.
4. 5. 6. 7. 8. Division de los mayorazgos en

(1) *L. 3. C. de codic.*

varias especies, con explicacion de estas.

9. I. regla: Varias cosas que deben observarse en los mayorazgos: Que todos se deben gobernar en caso de duda, al tenor del regular, cual lo es el Reyno de España.
10. II. regla: Los mayorazgos son indivisibles.
11. III. regla: La sucesion en los mayorazgos es perpetua; y los bienes que comprehende no se pueden enagenar.
12. IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes quatro cosas, línea, grado, sexo, y mayor edad.
13. V. regla: Concluída una línea, se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.
14. VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del Príncipe, y en el hijo arrogado.
15. Otras líneas que han inventado los intérpretes.
16. VII. regla: La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.
17. VIII. regla: En los mayorazgos no se succede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.

18. IX. regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes, que comprehende, al inmediato sucesor, por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria voluntad en este.
19. X. regla: Todas las mejoras hechas en casa de mayorazgo, ceden al mayorazgo.
20. XI. regla: Modos de probarse el mayorazgo.
21. XII. regla: Todas las leyes ceden á la voluntad del testador, que puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.
22. 23. 24. 25. Qué sea mayorazgo incompatible, y se explican todas sus especies.

ES celebrísimo en España el asunto de mayorazgos, por los muchos que hay, y las gravísimas cuestiones, que sobre ellos se suscitan, y ocupan tanto á los tribunales, aunque en el día está cortada la libertad de fundarlos, como luego veremos. Los romanos no los conocieron; pero tuvieron fideicomisos familiares, que se les asemejan lo bastante, aunque no dexan de diferenciarse en algo; y por esta semejanza, cuando nuestros autores mayorazguis-

tas se vén apurados en las cuestiones, que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las romanas, que hablan de los fideicomisos. No lo reprobamos, porque faltando las leyes que nos deben gobernar, no puede negarse que tienen mas fuerza para la persuasion las sábias de los romanos, que el modo de pensar de los autores particulares. ¿Quién no se embelesa de ver la moralidad, justicia y finura de las sentencias de Papiniano, Ulpiano y otros, de que estas se formáron, recibidas con tanto aplauso en todas las naciones, y adoptadas en la mayor parte con respeto en las nuestras sapientísimas de las partidas? de suerte que su insigne glosador Gregor. Lop. no tuvo reparo en decir en la glosa 10. de la ley 10. tit. 5. P. 6. no ser la intencion de estas leyes corregir las romanas, cuando no lo expresan; si no ántes bien deben por ellas suplirse, entenderse y limitarse. Nuestro célebre mayorazguista Luis de Molina en su famoso tratado de primog. Hispan. lib. 1. esp. 1. n. 22. define el mayorazgo, diciendo ser: *Derecho de suceder en los bienes dexados con la obligacion, que se*

han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo. Y añade, que no debe abandonarse esta definición por el motivo de haber algunos mayorazgos, en que no sucede el primogénito, sino el segundogénito y otros que no son perpetuos, sino temporales; porque estos modos de suceder, ó no son mayorazgos, ó cuando mas lo son impropios. Y por otra parte las definiciones en el derecho todas son peligrosas (1); pues no pudiéndose formar con la exáctitud y escrupulosidad que las de filosofía, basta que expliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

2. Antes no era necesaria la licencia del Rey para fundar mayorazgos, como lo prueba Molina en *d. cap. 1. n. 25.* Pero por *Real cédula de 14 de mayo de 1789.* se manda, que en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por vía de agregación ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenación de bienes raíces ó estables, por medios di-

(1) *L. 202. de div. reg. jur.*

rectos ó indirectos, sin preceder licencia del Rey, la cual se ha de conceder á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo ó mejora llega ó excede, como deberá ser, á tres mil ducados de renta; si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en las carreras militar ó política con utilidad del Estado, y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raíces, lo que se deberá moderar disponiendo que las dotaciones perpetúas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fixo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de banco, ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Y se declaran nulias las vinculaciones, que en adelante se hicieren en contrario, con derecho á los parientes inmediatos del fundador, para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se expidió *otra cédula en 3. de julio de 1795.* en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anteriori-

dad á la otra citada del año 1789, aun- que los fundadores murieren despues. Y en 24 de agosto del mismo año 1795, se mandó en otra cédula, que las referidas vinculaciones anteriores á la prohibición del año 1789, deben estar sujetas al pago de 15 por 100, para aumentar el fondo de amortización de vales reales; como tam- bien las nuevas que se hicieren con real licencia en los términos que la permite la expresada de 14 de mayo de 1789.

3 El citado Molina en dicho *lib. 1. cap. 2.* deriva el origen de los mayorazgos de la ley divina; porque ya en el *cap. 25 del Génesis* se hace mención de la venta del derecho de primogenitura que Esaú hizo á su hermano Jacob, y en el 27 se lee, que Isaac concedió su bendición y derecho de primogenitura á su hijo Jacob: cuyo ori- gen comprueba la *ley 2. tit. 15. P. 2.* re- friendo varias cosas en honor de los pri- mogénitos. Pero esto lo entiende rectamen- te de los mayorazgos ó primogenituras to- mados generalmente; porque segun el mis- mo prueba en *d. lib. 1. cap. 1.* no puede dudarse de que nuestros mayorazgos se di- ferencian mucho de aquellas primogenitu-

ras. Por lo cual contraídos á los mayoraz- gos de España, dirémos con el mismo Mo- lina en *d. lib. 1. cap. 2.* desde el n. 7. que se derivan del mismo Reyno de España, y el modo de suceder en él, establecido en la citada *ley 2. tit. 15. P. 2.*

4 Los mayorazgos considerados lata- mente, en cuanto comprehenden tambien á los impropios, se dividen en regulares é irregulares. Regulares son aquellos: *En que se succede segun el orden prescrito para la suc- cesion de este Reyno en d. l. 2. tit. 15. P. 2.* Y por lo contrario irregulares aquellos: *Cu- ya sucesion se desvia poco ó mucho del modo de suceder señalado en la misma ley 2.* De estos refiere nueve especies principales Roxas de *Almansa de incompatibil. disp. 1. quest. 1. n. 3.* á saber: I. De agnacion verdadera. II. De agnacion fingida ó artificiosa. III. De masculinidad nuda. IV. De femineidad. V. De eleccion. VI. Alternativos. VII. Sal- tuarios. VIII. De segundogenitura. IX. In- compatibles. De todos los cuales vamos á dar alguna nocion.

5 El de agnacion verdadera ó rigurosa es aquel: *A cuya sucesion son admitidos úni- camente los varones descendientes de varon en Tom. I.*

varon del fundador, sin mediar hembra alguna. La ley de las XII. tablas, tan famosa en el derecho Romano, hizo tal distincion entre la agnacion y cognacion, que llamaba á la legitima sucesion y tutela á los agnados, y excluía totalmente á los cognados, aun en el caso de no haber agnados; de suerte que ni aun á los hijos admitia á la sucesion de sus madres. Este rigor se fué templando poco á poco por varios senadoconsultos; y despues los Pretores llamáron tambien á la sucesion á los cognados, aunque en orden posterior, hasta que desagradado Justiniano de esta diferencia, la abolió enteramente, haciendo una masa de agnados y cognados, llamándolos indiferentemente (1). Esta abolicion ha sido adoptada por nuestras leyes, que llaman tambien con indiferencia á agnados, esto es, parientes de parte de padre, que son de la misma familia y apellido, y á los cognados que lo son de parte de madre, y de consiguiente de familia distinta. Pero sin embargo de esta indiferencia en nuestras leyes, nos manifiesta la experiencia, que animados

(1) Nov. 118. capp. 4. et 5.

muchos hombres, y con especialidad los de superior gerarquía, del espíritu de un amor preferente hácia sus agnados, los anteponen en todo á sus cognados; y aun otros llamando á aquellos, excluyen del todo á estos, respirando el mismo humor que la ley de las XII. tablas, que solo atendia á la conservacion del honor y riquezas de la familia, sin hacer caso de la cognacion. Y como nuestras mismas leyes se han esmerado tanto en sostener la voluntad de los testadores, con notable exceso á las romanas, como lo hace ver á todas luces, entre otras, la 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. que tantas veces hemos alabado, no es de extrañar que se observen entre nosotros tantos mayorazgos de rigurosa agnacion, en que estan excluidas del todo las hembras y sus descendientes, aunque lo sean tambien del mismo fundador, y estos son los que llamamos de agnacion rigurosa y verdadera.

6 De agnacion fingida ó artificial se llama aquel mayorazgo: A cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó algun extraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues succedan al primer llama-

mado sus hijos y descendientes varones de varones. Se dice así, porque el fundador, que no tiene agnacion propia en que perpetuar su mayorazgo, la finge y la llama. Pues por lo regular los que los fundan exigen, que los poseedores lleven siempre su apellido y armas: flaqueza humana, de que adolecen algunos hombres. Roxas de Almanza, en *d. quest. 1. §. 4. n. 103.* lo ilustra con los exemplos de la legitimacion por oblacion á la Curia, y de la adopcion. Y añade, que á las veces fundan tambien estos mayorazgos algunos, que teniendo agnados verdaderos, lo disponen así, faltando estos, y lleva en exemplo de esto el *auto-acordado 5. tit. 7. lib. 5.* que varió de esta suerte la sucesion de nuestra Monarquía. Mayorazgo de pura ó simple masculinidad es aquel: *A cuya sucesion se admiten solamente los varones, sin distincion de si vienen por varon ó por hembra.* Y de femineidad aquel: *En que solamente suceden las hembras, ó por lo ménos son preferidas á los varones.* Tres de sus especies refiere Roxas en *d. §. 4. n. 150.* Convendria tal vez reformar todos los de esta clase, reduciéndolos á la de regulares, porque léjos de contribuir á mantener el

lustre de honor y riquezas en una familia que debe ser el fin de todos los mayorazgos; hacen necesariamente saltuario este lustre de familia en familia, con las malas consecuencias que es fácil considerar. Estos son mis clamores siempre que oigo hablar de uno de esta especie, que fundó como unos 50. años ha en esta ciudad de Valencia Doña Vicenta Romeu, viuda de Don Josef Mallent, sin embargo de tener á la sazón tres hijos varones.

7 Mayorazgo de eleccion ó electivo se llama aquel: *En que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador, de elegir en sucesor al hijo ó pariente suyo, que le pareciere, con tal que existiendo parientes del fundador sea uno de ellos.* La facultad, aunque esté indefinidamente concedida, no es tan libre que pueda el poseedor elegir á un extraño, habiendo parientes del fundador, como lo resuelve Roxas de Almausa en *d. cuestion 1. §. 6. n. 159.* citando á muchos, y entre ellos á Aguila, que refiere haberse decidido así en un Mayorazgo de los Ibarras. Mayorazgo alternativo, ó de alternativa naturaleza es aquel: *A cuya sucesion llama el fundador á uno de una línea durante su vida,*

y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que así siga en adelante la sucesion, alternando las líneas. Saltuario llaman los autores á aquel mayorazgo: En el qual no se atiende á la primogenitura, sino solo á la prerogativa de mayor edad entre todos los parientes del fundador, de manera que muriendo el poseedor, succede el mas viejo de los parientes, aunque no sea hijo ó descendiente del último poseedor, que haga muerto con ellos. Se dice saltuario, porque en él la sucesion no sigue por líneas como los otros, sino que salta de una en otra, esto es, busca siempre la mayor edad, sin atenderse á líneas, y por ello se suele también llamar de hecho. La irregularidad de estos dos últimos mayorazgos participa algo del defecto, que hemos notado en el de femineidad. Mayorazgo de segundogenitura propia se llama aquel: *A cuya sucesion son siempre llamados los segundogénitos, por orden sucesivo: cuyo uso es muy raro.* Cuando el fundador llama al segundogénito por primera vez, y despues á los descendientes de este por orden de primogenitura, solo puede decirse impropriamente de segundogenitura; porque el orden perpetuo de succeder, en que con-

siste la esencia del mayorazgo, es de primogenitura. El uso de estos ya no es tan raro, porque ocurren á las veces muchas razones que lo persuaden. Y finalmente, mayorazgo incompatible es aquel: *Que no puede estar juntamente con otro en una misma persona: de los cuales hay varias especies como luego veremos.* La irregularidad de estos consiste solamente en la incompatibilidad; porque nada impide que en lo demás sean regulares.

§ Las especies de mayorazgos irregulares, que hemos referido hasta aquí, son las principales, conocidas por los autores por sus propios nombres, que hemos notado. Hay otras muchas mas que no lo tienen, y tantas cuantas se antojen á los fundadores, que pueden poner los llamamientos y condiciones que les pareciere, con tal que sean posibles y honestas. A qué especie pertenezca el mayorazgo, es tratado largo, que contiene muchos y difíciles casos; y por ello excede los límites de un Instituta. Los mas frecuentes se pueden ver en Roxas de Almansa, que los examina latamente en toda d. cuestion I. disp. I, en Molina, Torre y otros, que han escrito

largamente de mayorazgos. Solo pues expondrémos las reglas principales de los mayorazgos regulares, tocando muy poco de los irregulares.

9 Sea pues la I. regla: El Reyno de España es un verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas mayorazgos, que como á miembros se derivan y toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda, el mayorazgo se reputa regular, *l. 13. tit. 7. lib. 5. de la Recop.* Y si se disputa sobre el orden de suceder, se debe decidir la causa según las leyes de suceder establecidas para la sucesion del Reyno, como enseñan Molina *lib. 1. de primog. cap. 2. n. 16. y siguientes*, y otros. Pero debemos advertir, no entenderse por estas leyes el *auto-acordado 5. tit. 7. lib. 5.* que hemos citado en el *n. 6.* porque este solo dice respecto á la sucesion de la Monarquía, sin que sirva de exemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida *ley 2. tit. 15. P. 2.*

10 II. regla: Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles; no solo porque tambien lo es el Reyno cabeza de

todos los mayorazgos, *d. l. 2.*, sino tambien porque el fin principal de los mayorazgos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el cual, como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en cuanto al exercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna cualquiera division, como lo enseña Molina en *d. lib. 1. cap. 11.* Solo un caso rarísimo exceptúa el mismo en el *lib. 3. cap. 1. n. 19.* de que naciesen dos varones, ó no habiendo varones, dos hembras en un parto, y en tales circunstancias, que no se pudiese saber quién nació primero: en el cual el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos, *l. 12. tit. 33. P. 7.*

11 III. regla: La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos, que vienen de la familia del fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad, que faltando

la descendencia del primogénito, quedasen sus bienes libres, si dexara otros descendientes suyos; sino que por el contrario se entenderá que, tambien llamó á estos. De suerte, que de sola la palabra *mayorazgo*, se infieren todas las sucesiones, que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas que las de la regla antecedente; Molina *d. lib. 1. cap. 4.* Gomez en la *ley 40. de Toro n. 64.* y otros. De ahí viene, que los bienes amayorazgados son por su naturaleza inenagenables. Solo el Rey puede conceder facultad para enagenarlos, y lo suele hacer cuando lo exige la pública causa, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella, que directamente mira á la utilidad pública. Y necesidad ó utilidad del mayorazgo la hay, cuando las cosas, en que consiste el mayorazgo, han de perecer ó arruinarse, si no se reparan; ó se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concede sino con conocimiento de causa, y citado primero el inmediato sucesor, Molina *lib. 4. cap. 3.* y en el *cap. 7. n. 4.* y siguientes añade, que

esta facultad no se pone en execucion, sino faltando bienes libres, aun cuando no se exprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace, que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de 10. ó 20. años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de 30. ó 40. años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gomez en *d. l. 40. de Toro. n. 90.* Pero añade allí mismo, tener lugar la prescripcion inmemorial; y en esto todos convienen, por que el haber pasado tanto tiempo, hace presumir que concurrió la licencia del Rey, y todo lo necesario para la enagenacion, Molina *lib. 4. cap. 10.* Greg. Lop. en la *glosa 3. al fin de la ley 10. tit. 26. P. 4.* en donde da tambien la razon que suele darse, de que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio (1).

12. IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, que recomienda mucho Molina en el *lib. 3. cap. 4. nn. 13. y 14.* diciendo deben conservar-

(1) *L. 3. §. 4. de ag. quot. et aest.*

se en la memoria. La primera, la línea, para que los de la línea del último poseedor sean primero, que los de las otras líneas. La segunda, el grado, esto es, que el mas próximo pariente de dicho poseedor excluye al mas remoto. La tercera, el sexó; porque siempre el varon excluye á la hembra, aún siendo de la misma línea y grado. Pero si la hembra fuese de mejor línea y grado, no se entenderá excluida por los varones mas remotos, ántes se preferirá á ellos; y se juzgará llamada, especialmente despues de la *ley 13. tit. 7. lib. 5. de la Recop.*, que en los mayorazgos que despues de ella se fundaren, esto es, despues del día 5. de abril de 1615, que es el de su fecha, no quiere sean excluidas las hembras, si no fuere en caso, que el fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas por precisas, claras y evidentes que sean. Y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexó. Y adviértase por lo tocante á la proximidad, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representa-

cion, no solo en la línea recta, sino tambien en la transversal; y de ahí es, que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto ántes de fundarse el mayorazgo, sino es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras, y literalmente, sin bastar argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren: lo que manda observarse así la *ley ult. d. tit. 7.* en los mayorazgos que en adelante se fundaren. Dicha ley tiene la misma antigüedad del día 5. de abril de 1615.

13. V. regla: Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y así en adelante á la del tercero ó cuarto, *Molina lib. 3. cap. 6. nn. 30. y 31;* y los que están en la línea recta del fundador, se prefieren á los demas. Pero debe advertirse, que para tener lugar esta prelacion, es menester que los de dicha línea sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes, sin añadir *legítimos*; porque quando se trata del honor de la familia, como en los mayorazgos, baxo la apelacion de hijos, no se entienden los ilegítimos, Greg.

Lop. en la *glosa* 10. *quest.* 8. v. *Et quod de d. l. 2. tit. 15. P. 2.* Mol. *d. lib. 3. cap. 3. n. 45.* Y adviértase, que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron de putativo, contraído segun los ritos de la Santa Iglesia, ignorando los contrayentes, ó alguno de ellos el impedimento que tenían para contraerle, *l. 1. tit. 13. P. 4.* lo que dice Molina, *d. lib. 3. cap. 1. n. 15.* deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador, que solo debían suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

14 VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contraxeron el matrimonio. Y deconsiguiente, si su padre ántes de este matrimonio, nacido ya el ilegítimo, hubiese contraído otro, y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogenito, y será preferido al legitimado. Y es la razon, porque habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, sería cosa inicua privarle de

este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legítimo, Molina *d. lib. 3. cap. 1. n. 7.* Antonio Gomez latamente en la *ley 9. de Toro n. 63. y siguientes*, citando á otros. Si el hijo fuere legitimado por rescripto del Príncipe, le excluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, como puede verse en el Hermenegildo de Roxas *de incompatibilit. part. 1. cap. 6. §. 6.* Molin. *lib. 1. cap. 4. n. 44. lib. 3. cap. 3.* que exáminan con extension este asunto. Y el hijo arrogado ó adoptivo está enteramente excluído, el mismo Rox. *d. part. 1. §. 10.*

15 Además de las líneas recta y transversal de parentesco, que á todos són notorias, han inventado otras los intérpretes, dándoles nombres, como son la actual ó efectiva, habitual, paterna, materna, contentiva, de substancia, cualidad, simple masculinidad, femineidad y eleccion. Las explica dicho Roxas en el citado *cap. 6.* latísimamente. Todas pertenecen á la recta, ó á la transversal; y las omitimos aquí, porque contienen mas confusion que pro-

vecho; y con dificultad se decidirá por ellas algun caso, que no puede resolverse por las claras reglas que ponemos.

16 VII. regla: La proximidad de parentesco, por cuya razon se succede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador, *d. l. 2. tit. 15. P. 2.* y en ella Greg. Lop. *glosa 18. al fin*, y mas claramente en la *ley 9. tit. 1. P. 2.* allí: *O alguna de los otros, que son mas propincuos parientes de los Reyes al tiempo de su finamiento.* Y tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso, que el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solos pertenece la sucesion de los mayorazgos, *Mol. d. lib. 3. cap. 9, n. 2.*

17 VIII. regla: En los mayorazgos no se succede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre, *d. l. 2. allí: Da quier que el señorío hubieron por linage, e mayormente en España, l. 9. tit. 7. P. 2.* allí: *Por razon de linage.* Y de ahí es, que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado. Pero respecto del fundador, todos

succeden por derecho hereditario; porque le consiguen por su voluntad, *Molina d. lib. 1. cap. 8. n. 10.* De esto se infiere, que el poseedor deberá pagar todas las deudas, á que está tenido el fundador, sino es que las hubiese contraído despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que contraxo su antecesor, como no esten contraídas por necesidad precisa en conservar los bienes del mayorazgo, *Mol. d. lib. 1. cap. 10,* que todo lo empieza en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se propone. Antonio Gomez en la *ley 40. de Toro n. 72.* en donde habla tambien latamente. Allí lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta discusion de casos.

18 IX. regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes pertenecientes á él, al sucesor, sin ningun acto de aprehension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos, en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el mismo tenedor le haya dado la posesion

de ellos, l. 8. tit. 7. lib. 5. de la Recop. (45. de Toro). Y por quanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley, sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los autores *civilissima*, y dicen unánimes tener lugar, aunque el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo, Mol. d. lib. 3. cap. 12. n. 24. Gom. en d. l. 45. de Toro, n. 112. Mieres de majorat. part. 3. quæst. 2. Y tambien en los mayorazgos fundados sin licencia del Rey, como lo prueban Mol. lib. 1. cap. 1. desde el n. 25. y Covar. lib. 3. var. cap. 5. n. 5. contra Anton. Gom. en d. l. 45. n. 116. Y tiene extension á la cuasi posesion de las cosas incorporales ó derechos, Mol. d. cap. 12. n. 23; y así lo prueban las mismas palabras de la ley, allí: *O de otra qualquier calidad que sean.*

19 X. regla: Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieron en las casas de mayorazgo, labrando, reparando, reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion de los dichos edificios á las mugeres de los que los hicieron por razon

de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos, l. 6. tit. 7. lib. 5. de la Recop. (46. de Toro). Solo habla esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios, en los términos que acabamos de referir. Pero sin embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por exemplo, como que es lo mas regular; por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes, Mol. d. lib. 1. cap. 26. n. 15. y siguientes. Azev. en d. l. 6. n. 2. Algunos han querido notar, sin razon, de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos autores, Anton. Gom. en d. l. 46. n. 4. y otros, tiene justicia.

20 XI. regla: El mayorazgo, segun la ley 1. tit. 7. lib. 5. de la Recop. (41. de Toro), se puede probar por tres modos: I. Por la escritura de la institucion de él, con la escritura de la licencia del Rey que la dió. II. Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. III. Por costumbre inmemorial probada con las calidades, que incluyan haber tenido y poseído los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es,

segun las reglas de mayorazgo; y que los testigos sean de buena fama, y digan, que así lo viéron ellos pasar por tiempo de 40. años, y así lo oyéron decir á sus mayores y ancianos, y que ellos siempre así lo viéron y oyéron, y nunca viéron ni oyéron decir lo contrario, y que así es la pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de *d. l. 1.* sobre el cual advertimos con Molina y otros, que el I. de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del Rey, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como ántes se podía hacer, y hacia, no es precisa: Mol, *lib. 2. cap. 8*; bien que añade en el *n. 9.* ser muy raro que se funde sin escritura, y que no le consta haber sucedido: que el modo II. se entiende, cuando habiéndose perdido la escritura deponen de su tenor los testigos, que la viéron, y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba cancelada ni viciada en parte alguna, Azev. en *d. l. 1. n. 6. y siguientes*: que la escritura

con que quiera probarse el mayorazgo, no es menester que sea pública; porque la ley solo requiere que haga fe, allí: *Siendo tales las dichas escrituras, que hagan fe*; y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen, Mol. *d. cap. 8. n. 10*: que dichos tres modos están puestos por via de exemplo, y no taxativamente, pues podrá probarse por otros, de los cuales refiere varios Molina, *d. cap. 8. n. 5*: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley, dice Azevedo en su comentario *n. 27.* citando á Burgos de Paz y Covar, ser peculiar en este asunto; porque en los otros no es menester, que digan los testigos, que así lo oyéron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covar. en el *cap. Possesor part. 2. §. 3. n. 7.* que así está admitido en la practica. Y convendría tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia; porque incluyéndola los litigantes en sus preguntas, las contestan los testigos ignorándola, ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la experiencia.

21 XII. y última regla: En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad

del fundador, *l. 5. l. ult. d. tit. 7. lib. 5. de la Recop.* Es pues permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren, posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que no cumpliéndolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dice ser indubitable *Molina d. lib. 2. cap. 12. n. 34.* en donde examina tambien cuando son condiciones las leyes ó adiciones que pone, y cuando son modos. Y de ahí viene ser innumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula. Las 12 reglas que aquí van puestas, y hemos formado con el posible cuidado, entresacándolas de las mismas leyes y nuestros autores mas célebres, están acomodadas á los mayorazgos regulares, y son como sus primeros elementos, y sirven tambien para los irregulares á excepcion de la circunstancia por la cual lo son; porque en las demas siguen la naturaleza de los regulares: como por exemplo en el de femineidad, cesa sola la regla de preferir el varon á la hembra, y las demas se observan.

22 En conclusion del asunto de ma-

yorazgos, pasemos á examinar algunas cosas dignas de saberse, que ocurren en los incompatibles. Mayorazgo incompatible diximos arriba *n. 7.* ser aquel, que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. Son varias sus especies. En primer lugar es la incompatibilidad, ó por la ley ó por el hombre: en segundo es expresa ó tácita: en tercero es personal, ó real ó lineal: en cuarto es absoluta ó respectiva: y quinto y último es, ó para adquirir ó para retener. Incompatibilidad por la ley es la que establece la *ley 7. tit. 7. lib. 5. de la Recop.* mandando, que si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es, 58823 reales, ó 5347 ducados, ó reales y 18 maravedises, como lo explica *Herm. de Roxas de Incomp. part. 8. cap. 1.* se deben dividir entre los hijos, dando al primogénito la eleccion para que elija el que quisiere, y pasando el otro al segundogénito, y faltando él, á la hija. Y si de dicho matrimonio hubiese un solo hijo, tendrá los dos, diferenciándose la division para sus hijos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en el

caso de juntarse dos mayorazgos no por matrimonio, sino por derecho de sucesion, es cuestion harto dificil, que tiené por una y otra parte muchos patronos, exâminada latamente por Herm. de Roxas en *d. part. 8. cap. 1. n. 26. y sig.* y por el otro Roxas *disp. 3. cuest. 2. desde el n. 5,* en donde juzga mas verdadera la opinion negativa; y desde *el n. 10.* explica, que sí que alcanza á aquellos mayorazgos, que despues de contraído el matrimonio, se defieren al marido ó á la muger. Pero añade el mismo Roxas de Almansa en *d. disp. 3. cuest. 9. n. 14.* no estar en uso esta incompatibilidad. Incompatibilidad por el hombre es: *La que viene por voluntad del fundador.*

23 Incompatibilidad expresa es: *La que con palabras de la ley ó del fundador se expresa, cual es la legal que hemos explicado.* Tácita: *La que no expresándose con palabras, se infiere de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundacion.* Sucede esto quando el fundador pone la condicion, que el poseedor haya de llevar sus armas solas, sin mezcla de otras: en cuyo caso será incompatible con otro que deba llevar las de su fundador; porque es imposible llevar las

solas armas de uno, y al mismo tiempo las de otro, Herm. de Rox. *part. 1. cap. 1. n. 32.*

24 Personal incompatibilidad es: *La que impide á una sola persona que tiene un mayorazgo, que pueda tener otro, pasando su derecho, en quanto al que no quiere, á su primogénito ó inmediato sucesor.* Real ó lineal es: *La que impide, que el poseedor de un mayorazgo, y toda su línea pueda obtener otro, que deberá por lo mismo pasar á su hermano segundogénito ó á su línea.* Averiguar si la incompatibilidad es personal ó real, es cuestion de las mas dificiles en este asunto en varios casos que se ofrecen, que debe resolverse interpretando bien la mente del fundador. La trata latísimamente Roxas de Almansa *disp. 1. cuest. 4. y 5,* é inclina á que quando no se pueda salir de la duda, se ha de reputar ántes real que personal; y al *n. 32. y sigg. de d. cuest. 4.* señala la diferencia, porque las incompatibilidades de oficios de la República, beneficios y dignidades son personales y no reales. Absoluta incompatibilidad es: *La que impide, que el poseedor de un mayorazgo tenga otro; sea el que fuere.* Respectiva: *La que solamente*
Tom. I.

impide al que posee un mayorazgo, que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas.

25 Incompatibilidad para adquirir es: *La que impide al poseedor de un mayorazgo, que pueda adquirir otro de cualquier manera que sea. De ahí es, que si vacare otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, saltándole á él, se deferiria al otro mas próximo que le seguia. Incompatibilidad para retener es: La que solo impide al que posee un mayorazgo, que pueda retenerlo juntamente con el otro que le viene despues. En este caso se le defiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la ley 8. tit. 7. lib. 5. de la Recop., en los términos que hemos explicado al n. 18, y solo está obligado á dexar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la referida ley 7. Roxas de Almansa d. disp. 1. quæst. 3. n. 54. y disp. 2. quæst. 10. n. 29. Los modos de fundar los mayorazgos, son los mismos que hemos notado n. 3. tit. antec. ser los de hacer las mejoras de tercio y quinto, l. 4. d. tit. 7.*

TITULO VIII.

DE LAS SUCESIONES
INTESTADAS.

Tit. 13. P. 6. y tit. 8. lib. 5. de la Recop. (1).

1. *Quién se dice intestado.*
2. 3. *El primer orden de suceder á los intestados comprehende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legitimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y qué sea suceder en estirpes y en cabezas: y cuándo el hijo se considera abortivo.*
4. *Cuándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y cuando los adoptivos: y quienes son naturales.*
5. *De la cuarta marital que se debe á la muger en la sucesion de su marido.*
6. *El segundo orden de suceder es el de los ascendientes.*
7. *El tercer orden de suceder es el de los laterales, y cómo se regula en los legitimos.*
8. 9. 10. *Cómo suceden en este tercer orden los legitimos á los naturales, ó al contrario.*

(1) Tit. 1. lib. 3. Inst.

impide al que posee un mayorazgo, que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas.

25 Incompatibilidad para adquirir es: *La que impide al poseedor de un mayorazgo, que pueda adquirir otro de cualquier manera que sea.* De ahí es, que si vacare otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, saltándole á él, se deferiria al otro mas próximo que le seguia. Incompatibilidad para retener es: *La que solo impide al que posee un mayorazgo, que pueda retenerlo juntamente con el otro que le viene despues.* En este caso se le defiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la ley 8. tit. 7. lib. 5. de la Recop., en los términos que hemos explicado al n. 18, y solo está obligado á dexar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la referida ley 7. Roxas de Almansa d. disp. 1. quæst. 3. n. 54. y disp. 2. quæst. 10. n. 29. Los modos de fundar los mayorazgos, son los mismos que hemos notado n. 3. tit. antec. ser los de hacer las mejoras de tercio y quinto, l. 4. d. tit. 7.

TITULO VIII.

DE LAS SUCESIONES
INTESTADAS.

Tit. 13. P. 6. y tit. 8. lib. 5. de la Recop. (1).

1. *Quién se dice intestado.*
2. 3. *El primer orden de suceder á los intestados comprehende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legitimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y qué sea suceder en estirpes y en cabezas: y cuándo el hijo se considera abortivo.*
4. *Cuándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y cuando los adoptivos: y quienes son naturales.*
5. *De la cuarta marital que se debe á la muger en la sucesion de su marido.*
6. *El segundo orden de suceder es el de los ascendientes.*
7. *El tercer orden de suceder es el de los laterales, y cómo se regula en los legitimos.*
8. 9. 10. *Cómo suceden en este tercer orden los legitimos á los naturales, ó al contrario.*

(1) Tit. 1. lib. 3. Inst.

11. Término de este tercer orden de suceder.
 12. Los Religiosos profesos, y los Conventos en su representacion, están enteramente excluidos de la sucesion intestada.
 13. A quiénes y cómo se han de entregar los bienes de los intestados.
 14. 15. 16. De la obligacion que tiene el cónyuge sobreviviente, de reservar á favor de sus hijos los bienes, que adquiere trayendo causa del difunto ó sus mismos hijos, en el caso de contraér segundo matrimonio.

Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo, ó aunque le hubiese hecho válido, se rompió ó rescindió en los términos que hemos referido, l. 1. tit. 13. P. 6. (1), la cual cuenta tambien por intestado al que habiendo otorgado testamento, no quiere ó desecha la herencia el heredero, que él instituyó: lo que está expresamente derogado por la ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. como ya hemos notado. Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus

(1) Pr. cod.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS. 413.
 ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á sus descendientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso (1).

2 Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levisimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, l. 2. y siguientes d. tit. 13. Es pues en España el primer orden de suceder abintestato el de los descendientes del difunto, sin distincion de varones ó hembras, retenidos en la patria potestad, ó salidos de ella, l. 3. d. tit. 13. Comprehende á todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos, cuyo padre haya ya fallecido. Estos entónces entran ocupando el lugar de su padre, y ello mediante, se consideran tan próximos del difunto, como los hijos de este en el primer

(1) Nov. 113.

grado. Y por lo mismo de ser admitidos en lugar y representacion de su padre, no sacan mas porcion que la que sacaria su padre si viviera, *d. l. 3.*, y esta se la dividirán entre sí en partes iguales. Los intérpretes para explicar esto con claridad y generalidad, han formado una regla fundada en las mismas leyes, diciendo que las sucesiones, ó son en estirpes ó en cabezas. Estirpe no es otra cosa, que origen de generacion, y así el padre es estirpe de los hijos, el hijo de los nietos. Succeder pues en estirpe, es succeder representando su estirpe, y por ello este modo de succeder se llama por derecho de representacion: Y succeder en cabezas, es succeder por su propia persona, sin representacion de otra. Cuando se succede en estirpes se hacen tantas partes ó porciones, quantas son las estirpes; y cuando en cabezas, quantas son las personas. Declarémoslo mas en un exemplo: Muere uno dexando á Pedro, hijo, dos nietos nacidos de otro hijo Juan, ya difunto, y tres de otro hijo Diego, tambien difunto. Pedro succederá en cabeza, y los nietos hijos de Juan y Diego, en estirpes, ó en representacion de sus padres, y por ella

se consideran en el primer grado en que está Pedro; y la herencia se dividirá entre partes iguales, una para Pedro, otra para los dos hijos de Juan, y otra para los tres hijos de Diego, *d. l. 3. (1)*.

3 Y adviértase, que en esta línea de descendientes la representacion es infinita, esto es, no tiene término señalado; y de ahí es, que si falleciese un padre, dexando á un hijo, y de otro hijo un biznieta, cuyo padre y abuelo fuesen ya muertos, succederian igualmente al difunto su hijo y el biznieta, aquel por la sucesion en cabezas, y este por la en estirpes, *d. l. 3. (2)*. El hijo que muere recien nacido, no hereda á sus padres, cuando se considera abortivo. Para que no lo sea es menester que haya nacido vivo todo, y que á lo ménos despues de nacido haya vivido 24 horas naturales, y sido bautizado. Y de la misma suerte se considerará parto abortivo y no natural, cuando naciese el hijo en tiempo, que no pudiese vivir naturalmente, aunque faltáran las tres circunstancias re-

(1) *§. ult. Inst. de her. quæ ab int. def.*

(2) *d. §. ult.*

feridas, *l. 2. tit. 8. lib. 5. de la Recop.*, en cuyo comentario examina latamente Azevedo desde el n. 90. con relacion á la *ley 4. tit. 23. P. 4.* si es tal el que nació al octavo mes de la preñez de su madre, inclinándolo á la afirmativa. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; y ceden á ellos los legitimados para heredar á sus padres por rescripto del Príncipe, aunque este sea anterior al nacimiento ó legitimacion de aquellos, tanto en la sucesion del padre como en la de la madre. Pero para suceder en los bienes de los otros parientes, y en las honras y preeminencias, son iguales á los hijos legítimos, *l. 10. d. tit. 8. (12. de Toro)* que corrige á la *ley 11. d. tit. 13. P. 6.*, en cuanto llamaba á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre.

4. Si el padre difunto no dexó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las 12 en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, *l. 8. d. tit. 13.* sin que lo embarace la viuda de dicho difunto, *l. 9. d. tit. 13.* De los espurios no

hallamos que estén llamados á la sucesion de su padre; ántes persuade no estarlo la *ley 7. de d. tit. 8. (9. de Toro)*, que solo los llama, para suceder á su madre como vamos á ver. Succeden pues á su madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes. Pero los nacidos de dañado y punible ayuntamiento están excluidos, *d. l. 7.* Diximos quienes son estos al n. 2. del *tit. 5.*, y la misma exclusion tienen los nacidos de clérigos ordenados en órdenes mayores, ó de frayles ó monjas profesas, *d. l. 7. y su antecedente la 6.* Hijo natural es, segun nuestras leyes: *El que es nacido de padres, que al tiempo que naciere ó fuere concebido, podian casar justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola.* Esta definicion está sacada á la letra de la *ley 9. d. tit. 8. lib. 5. de la Recop. (11. de Toro)*: segun la cual, hay dos medios para probar ser el hijo natural, el uno el reconocimiento del padre, y el otro el haber nacido de una concubina ó muger, que tenia el padre en su casa, sin tener otra, Azeved. en *d. l. 9. Gomez en Tom. I.*

UNIVERSITATIS
 NOMINA
 AL DE
 A
 M
 A
 N
 A
 F

d. l. 11. Y adviértase no ser necesario, que el reconocimiento sea expreso: bastará el tácito, que se acredita por hechos y conjeturas, como prueban latísimamente refiriendo algunos hechos Castillo *de conjec. et interpret. ultim. volunt. cap. 125. desde el n. 18.* Cervantes en *d. l. 11. n. 139.* y otros varios. En quanto á los hijos adoptivos les dan el derecho de suceder á su padre adoptivo las *leyes 8. y 9. tit. 16. P. 6.* Pero nuestros intérpretes, atendiendo á las *leyes 5. tit. 6. lib. 3. l. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real,* y á la *1. y 10. tit. 8. lib. 5. de la Recop.* juzgan que debe esto entenderse, quando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales, Gregor. Lop. *glosa 5. de d. ley 8. Pichardo lib. 3. inst. tit. 1. §. 4. n. 4;* y aun en este caso es de dictámen Azevedo en *d. l. 1. de la Recop. n. 66,* que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo excluyen á dichos hijos, bien fundado en *d. l. 1.*

5 Este primer orden de suceder, al paso que excluye á los otros dos, admite con los descendientes á la muger del difunto, que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente: la cual

tiene derecho de heredar la cuarta parte de sus bienes, que no ha de montar mas de cien libras de oro. Del valor de estas libras puede verse á Covar. en el tratado *de veter. num. col. cap. 6.* Anton. Gom. *2. var. cap. 4. n. 6,* y allí á Ayllon que cita á muchos: Gutierrez *de jur. confirm. part. 1. cap. 4.* quiere que en esto se atienda la práctica de los tribunales. Esta cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, porque es deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos ellos, aunque el marido haya muerto testado, sino es que fuese este tan rico, que dexándole ménos, le dexase con que vivir, *d. l. 7. d. tit. 13. P. 6.* allí: *que si non dexare a val muger en que pudirre bien e honestamente bevir.* Ni derogan este derecho de la muger las posteriores leyes de la Recopilación, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, qual es la muger; pero estará sujeta esta cuarta á la reservacion de que hablaremos á lo último de este título. Gregor. Lop. en las *glosas de d. l. 7.* examina varias cuestioncillas sobre su contenido, en las que nuestro instituto no nos permite entretenernos.

6 Faltando el primer orden de succe-

sion, entran á ella los del segundo, que comprehende á los descendientes del difunto, segun la proximidad de su grado; porque en este orden no tiene lugar la representacion, y el mas cercano siempre excluye al mas remoto. Si alguno pues muriere sin tener ya padre, dexando madre y abuelos paternos, llevará la madre toda su herencia. Y no debe hacerse division de bienes paternos y maternos, pues todos se dividirán igualmente entre los que son del mismo grado, *d. l. 4. d. tit. 13. P. 6.* salvo en las ciudades, villas ó lugares en donde, segun el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz, *d. l. 1. al fin.* Pero debe advertirse, que si los ascendientes, que han de heredar, son abuelos del difunto, porque ya hayan fallecido sus padres, la division debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número; es decir, que si por parte de padre solo quedase el abuelo, y de madre ambos abuelos, será la mitad para el abuelo paterno, y la otra mitad para los abuelos maternos, *l. 4. tit. 13.* Será pues este modo de suceder medio entre los dos famosos de en

estirpes, y en cabezas. No es en estirpes, porque no hay lugar á la representacion, excluyendo siempre el mas próximo al mas remoto; y no es en cabezas, porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. Algunos autores le llaman en líneas. A falta de ascendientes legitimos succederán los naturales en los mismos términos que los hijos naturales succeden á sus padres, *l. 8. d. tit. 13. P. 6. en el fin.*

7 El tercer orden de suceder es el de parientes laterales ó de travieso, que nunca llegan á concurrir con los ascendientes aunque sean hermanos del difunto, *l. 4. d. tit. 8.* que corrige á la *4. d. r. 13.* que llamaba á los hermanos de ambos lados, y sus hijos juntamente con los ascendientes. Faltando pues descendientes y ascendientes del difunto, le succeden sus hermanos de ambos lados y sus hijos; y si no hubiere de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. Y si concurrieren hermanos de padre, ó sus hijos, con hermanos de madre, ó sus hijos, se dividirán los bienes de modo, que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre;

y los demas bienes se partirán entre todos ellos con igualdad, *l. 5. l. 6. d. tit. 13.* Si el difunto no dexase tampoco hermano alguno, sino hijos de hermanos, le sucederán estos en cabezas, haciéndose tantas partes iguales entre ellos, cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tios, que suceden en stirpes, *d. l. 5. tit. 8. lib. 5. de la Recopilacion*, con exclusion de los tios del difunto, como lo prueba la *ley 6. d. tit. 13.* que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por sola la razon de mayor proximidad. Por lo que se ha expuesto, se han formado dos axiomas dignos de tenerse en la memoria: I: *En la linea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos cuando concurren con sus tios.* II: *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia el mayor parentesco, ó su doble vínculo, esto es, tenerlo por parte de padre y madre respecto del que solo tiene por un lado.*

8 Lo que hemos dicho de la sucesion entre los laterales, debe observarse entre los legítimos. Pero si el difunto, ó el que le ha de suceder fuere ilegítimo, se ob-

DE LAS SUCCESIONES INTESTADAS. 423.
 servarán las reglas que se siguen. Si el que murió era natural, le sucederán los hermanos de madre y sus hijos, *l. ult. d. tit. 13;* y si algunos de estos hermanos fueren legítimos, serán preferidos á los que no lo son, como se prueba del vers. *Fueras ende, y sig. de esta ley,* y lo advierte Greg. Lop. en su *glosa 2.* bien que Antonio Gomez defiende lo contrario en la *ley 9. de Toro, n. 49,* y en el siguiente *n. 50.* nota, que los hermanos naturales por los dos lados, excluyen á los que lo son solamente por uno, y del mismo sentir es en esto Greg. Lop. en su *glosa 3. de la misma ley ult.* Y si solo dexare hermanos de parte de padre y no de madre, serán admitidos á la sucesion, y entre ellos serán preferidos los legítimos, como en este caso está expresa *d. l. ult.* en su citado vers. *Fueras ende.*
 9 Y si se trata de suceder á un legítimo, que no dexó parientes legítimos, sino solamente naturales, le sucederán los que lo son por parte de madre, *d. l. ult. al fin;* pero los parientes por parte de padre estarán del todo excluidos, aunque sean hermanos. Aunque no hemos visto otro que defienda esta opinion, creemos deberse sostener fir-

mente, por conforme á dicha ley *ult. vers.* *Otrosí*: allí: *Otrosí*, decimos, que los *hijos naturales* non han derecho de heredar los bienes de los *legítimos*, nin de los *parientes otros*, que los pertenecen por parte de su padre. Porque la palabra *legítimos* puesta relativamente en *d. vers.* se refiere manifiestamente á la palabra *hijos*; que no se repite, porque se acaba de expresar; como si dixera la ley: *Los hijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los hijos legítimos*: y los *hijos naturales* é *hijos legítimos* son hermanos entre sí. Y esto mismo persuaden las siguientes palabras: *Nin de los parientes otros*; puesto que la voz *Otros* se refiere á *parientes otros* de los hermanos, por no aparecer *otros* á quienes pueda referirse; y esta voz *Nin* es conjuncion exclusiva: de suerte, que segun la sentencia de la ley, están excluidos de suceder al legítimo sus hermanos naturales, con todos los demas que son sus parientes de parte de padre.

10 Lo contrario defienden Greg. Lop. en la *glosa 7. de d. l. ult.* Ant. Gom. en *d. l. 9. de Toro n. 48.* y otros; pero ademas que esta opinion no puede acomodarse á

la sentencia de la ley, como hemos manifestado, es muy débil y despreciable el argumento, en que se pretende fundar, de que la sucesion debe ser recíproca, y que por ello sucediendo el hermano legítimo al natural, como hemos visto, debiera este suceder al legítimo. Porque si hubiese sido la intencion de esta ley establecer aquí la recíproca sucesion, lo hubiera expresado, como lo expresó la ley 8. del mismo tit. 13. hablando de la línea recta. Ni se comparan aquí naturales, con naturales, como en *d. l. 8.* sino naturales con legítimos, y es bien notorio ser mejor la condicion de estos, y tal la hace la misma ley *ult.*, y por ello puede creerse, que quiso esta desigual sucesion legítima. Por otra parte, aunque es regular que la sucesion sea recíproca, no es perpetuo ó preciso; así vemos que el adoptado por otro que no sea ascendiente suyo, es su heredero, y no al contrario.

11 Por la ley 6. tit. 13. P. 6. el derecho de suceder abintestato los parientes de trableso del difunto, se termina en el grado décimo. Y posteriormente parece, que la Instruccion para la recaudacion de los bienes *mostrencos, vacantes y abintestatos*, man-

dada observar por *real decreto de 27 de noviembre de 1785* previene, que no pase del cuarto, y que en su defecto vaya al Fisco con destino de los bienes á la pública utilidad. Así lo creyó Don Josef Márcos Guierrez en su *Febrero reformado, par. 1. cap. 2. §. un. n. 9*, y lo senté yo tambien en mis *Instituciones Romano-Hispan.* hablando de la sucesion de los cognados *n. 12.* Pero ahora, mirado con escrupulosa atencion el *cap. 9.* de dicha Instruccion, nos parece no ser seguro este modo de pensar. A que se añade, que el *cap. 2.* del *real decreto*, inserto en la *cédula de 25. de septiembre de 1798*, sobre los pagos que deben hacerse en los pases de bienes á los parientes transversales, por sucesion testada ó intestada, manifiesta que esta debe extenderse mas allá del cuarto grado. Y con efecto, por sentencia dada en 15. de julio del año último 1802 declaró el Superintendente general de los referidos bienes, que los de la sucesion intestada de Don Felipe Tinagero, presbítero de esta ciudad de Valencia, pertenecian á Doña Josefa Dávila y de Vega, consorte de Don Fernando Vicente Alfonso Abogado del Colegio de la misma, y á

una prima suya, parientas las dos en quinto grado de dicho Don Felipe, como hijas de dos primos hermanos suyos: las que en conformidad de ello se hallan ya en la pacífica posesion de dichos bienes. Segun esta sentencia no se puede pretender, que la sucesion se termina en el cuarto grado, sino es que se diga, que los grados deben contarse aquí segun la computacion canónica. Es esto cuanto podemos decir en este asunto.

12 Es preciso advertir, que por *real pragmática de 6 de julio, publicada en 8. de agosto de 1792* se prohíbe, que los religiosos profesos de ambos sexós sucedan á sus parientes abintestato, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos: quedando por consecuencia sin accion los conventos á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representacion, ni otro concepto. Cuya solidísima razon parece podria tambien obrar

para extender la prohibicion á que pudiesen ser instituidos herederos, y testar de sus bienes ántes de la profesion, con extension á los que adquiririan despues si permanecieran en el siglo, y es imposible los adquirieran, habiendo profesado. Los sólidos y verdaderos principios del derecho apoyan este modo de pensar; y si se mandara así, cesarian innumerables pleytos muy embarazosos, que edifican poco al pueblo, al paso que turban la tranquilidad y abstraccion de las cosas del mundo, que deben observar los Religiosos. Y aun creemos, que si se atiende bien á dicha *pragmática*, considerando su espíritu en las incontrastables razones en que se funda, pueden muy bien obrar en las sucesiones testamentarias.

13 Tambien debe advertirse lo prevenido en la *pragmática publicada en Madrid en 6 de febrero de 1766*, que hoy es la *ley ult. tit. 4. lib. 5. de la Recop.*, mandada observar, aunque haya costumbre inmemorial en contrario; y es: Que los bienes de los intestados se han de entregar enteramente sin deduccion alguna á los parientes, á quienes pertenezcan por derecho de sucesion. Y que estos parientes deben

DE LAS SUCCESSIONES INTESTADAS. 429.
 hacer el entierro, exéquias, funerales, y demas sufragios, que se acostumbra en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto: Y que en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes. Esta prohibicion de poderse mezclar la Justicia á formar inventario de la herencia del difunto intestado, la entendemos, como lo indica la ley, limitada al caso, en que pretendiere hacerlo á título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien de alma. Pero cuando ocurra ser menores, ó estar ausentes, lo podrá formar; con la limitacion de que sea necesario para contar el dinero, ó inventariar alhajas preciosas, y sin gastar en ello mas que dos dias, ni tener mas derechos que 30 reales por mañana, y otros tantos por la tarde, como puede verse en Febrero de los *cinco juicios*, lib. 1. cap. 1. §. 1. n. 16. Lo que deba hacerse de la herencia intestada de aquel, que habiendo nombrado comisario para tes-

tar, no consiguió que este testára, queda expuesto al n. 12. del tit. IV.

14 Vamos ahora á tratar brevemente de la succesion de los bienes, que el cónyuge que sobrevive al otro, y contrae segundo matrimonio, tiene la obligacion de reservar á sus hijos del primero; porque debiendo gobernarse por las reglas de la intestada, hemos creído ser este el lugar mas oportuno. Usaremos de la palabra *cónyuge*, porque la obligacion de reservar es la misma en el marido, que en la muger, como expresamente lo establece la ley 4. tit. I. lib. 5. de la Recop. (15. de Toro); y así lo que digamos del padre, entiéndase tambien de la madre, y al contrario. Cuando muere un cónyuge, dexando hijos, y el otro que sobrevive contrae segundo matrimonio, se debe saber de qué clase son los bienes de este. Si los obtiene habidos de su difunto cónyuge, ó alguno de sus hijos del primer matrimonio, estan sujetos á reservacion en los términos que luego veremos; y si los tiene por otro título, en que no haya vínculo ó fideicomiso, puede disponer de ellos como de cosa suya. Tiene lugar la reservacion en los que adquiriere del cónyuge

difunto, por cualquiera título que fuere, ó bien universal como succesion de herencia restada ó intestada, ó singular, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio, pues los debe reservar privativamente para sus hijos del primer matrimonio, excluído cualquiera otro. Y lo mismo sucede en los que le han pertenecido por succesion intestada de alguno de sus hijos, l. 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real; Gomez en d. ley 15. de Toro (1). Pero no alcanza la reservacion á la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, que pertenece á cada uno de los cónyuges, como expresamente lo dispone la ley 6. tit. 9. lib. 5. de la Recop. (14. de Toro); y da de ello la razon Antonio Com. en d. l. 14. n. 3. de que esta ganancia no le va á un cónyuge por el otro, sino por disposicion de la misma ley.

15 Los bienes del hijo, que van al cónyuge su padre ó madre, por título, no de succesion intestada, sino por otro que nace de la voluntad del mismo hijo, como testamento, no están sujetos á la reservacion,

(1) L. 3. C. de secund. nupt.

y puede el cónyuge disponer de ellos como á libres, por la razon de que succede en ellos, como cualquier extraño, Gomez en *d. l. 15. de Toro n. 2.* (1). Y aunque por la misma parece debia decirse, que habia de tener tambien libertad para disponer de los que heredó por testamento del otro cónyuge premuerto, juzga lo contrario el mismo Gom. en *d. n. 2.*, diciendo ser esta opinion de todos. Ni es de extrañar esta diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes, que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge, que por el de sus hijos, á causa de que, contrayendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Gom. en *d. n. 2.* (2). Para seguridad de la obligacion de

(1) *Auth. Ex testam. C. de secund. nupt.*

(2) *d. Authent.*

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS. 433.
 reservar están hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, *l. 26. tit. 13. P. 5.*, y si de hecho enagenare los que debe reservar, se sostendrá entretanto la enagenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder, que sus hijos muriesen ántes que ella, y entónces subsistiría la enagenacion, Gom. en *d. l. 15. n. 5.* Lo que hubieren dado á la muger los parientes ó amigos del marido, entra tambien en la reservacion, como latamente lo prueba el mismo Gomez en el *n. 7.* soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Gom. *al fin del n. 3.* (1).
 16 Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará, si estos no existen cuando muere el cónyuge, que sobrevivió al otro, sino es que existieren descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiría la reservacion, Azevedo *d. l. 4. tit. 1. lib. 5. de la Recop. n. ult.* Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido

(1) *Auth. Lucrum C de secund. nupt.*

al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraér segundo matrimonio. Y si lo contraxese de consentimiento de sus mismos hijos, á quienes habia de aprovechar la reservacion, como prueba Gomez al n. 6. de d. l. 14. Azevedo en d. l. 4. n. 36, en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinando á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la muger, que por haber contraído el segundo matrimonio, se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez d. n. 3. Azevedo en d. l. 4. n. 36. (1). Y conservará el usufruto, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados y velados, como lo prueba Azevedo en d. l. 4. n. 35. Si la muger sin haber contraído segundo matrimonio, viviera despues de viuda luxuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gomez en d. l. 14. n. 16. está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa que defiende Azevedo en d. l. 4. n. 10. y siguientes. Uno y otro alegan sus razones.

(1) *Auth. Sed et si eod. lib. 2. Digest.*

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES

Y CONTRATOS EN GENERAL,

Y TRANSACCIONES.

Tit. 16. lib. 5. de la Recop. (1).

1. Qué sea obligacion, y su division en tres especies.
2. 3. Qué sea nudo pacto: qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.
4. De las pactos reprobados.
5. Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.
6. 7. Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.
8. De la transaccion sobre delitos.
9. La transaccion es de interpretacion estrecha.
10. Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormisima.

(1) *Tit. 14. lib. 3. Inst. et tit. 15.*

al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraér segundo matrimonio. Y si lo contraxese de consentimiento de sus mismos hijos, á quienes habia de aprovechar la reservacion, como prueba Gomez al n. 6. de d. l. 14. Azevedo en d. l. 4. n. 36, en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinando á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la muger, que por haber contraído el segundo matrimonio, se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez d. n. 3. Azevedo en d. l. 4. n. 36. (1). Y conservará el usufruto, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados y velados, como lo prueba Azevedo en d. l. 4. n. 35. Si la muger sin haber contraído segundo matrimonio, viviera despues de viuda luxuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gomez en d. l. 14. n. 16. está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa que defiende Azevedo en d. l. 4. n. 10. y siguientes. Uno y otro alegan sus razones.

(1) *Auth. Sed et si eod. lib. 2. Digest.*

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES

Y CONTRATOS EN GENERAL,

Y TRANSACCIONES.

Tit. 16. lib. 5. de la Recop. (1).

1. Qué sea obligacion, y su division en tres especies.
2. 3. Qué sea nudo pacto: qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.
4. De las pactos reprobados.
5. Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.
6. 7. Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.
8. De la transaccion sobre delitos.
9. La transaccion es de interpretacion estrecha.
10. Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormisima.

(1) *Tit. 14. lib. 3. Inst. et tit. 15.*

LA l. 5. tit. 12. P. 5. nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural sola ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera, que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la ley 56. tit. 5. P. 5. Explicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego, que cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso frecuente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser: *Vínculo del derecho que nos tiene ligados á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien lla-

(1) Princ. Inst. de oblig.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 437.
 marse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga, debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del derecho; pero tan débil, que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, d. l. 56, y de ahí es, que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el derecho no ha querido darles fuerza obligatoria: cuales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próximos á la pubertad, los de fianzas que otorgan las mugeres, y de préstamo los hijos que están en la patria potestad, segun de ello hablaremos mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien les recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2 Segun las leyes romanas la principal fuente de estas obligaciones naturales

438. LIBRO II. TITULO IX. *De pactis*
eran los nudos pactos, á los cuales no con-
cedian fuerza de producir accion (1), si
solo obligacion natural. Pero segun las
nuestras, de todo pacto serio nace obliga-
cion civil y accion, l. 2. tit. 16. lib. 5. de
la Recop., á excepcion de algunos reprobados,
que luego expresaremos. Tienen pues
entre nosotros la misma fuerza que las fa-
mosas estipulaciones de los romanos, de lo
que trataremos, hablando de las obligacio-
nes verbales, notando la notable diversidad,
que nace de su diferente modo de con-
traerse, aplicable á toda la especie de con-
tratos. Pacto en general es: *Convencion ó con-*
sentimiento de dos ó mas, de dar ó hacer al-
guna cosa (2), y se divide en nudo y no
nudo. Nudo es aquel: *Que se contiene en los*
límites de convencion, sin pasar á ser contrato;
y no nudo, ó por un solo nombre contra-
to es: *Convencion que tiene nombre cierto, ó*
faltando este, causa civil de obligar; y de ahí
es, que los contratos se dividen en nomi-
nados é innominados; y sea esta la I. divi-
sion. Nominados son los que tienen nom-

(1) L. 10. C. de pact. (2) L. 1. §.
2. de pact.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 439.
bre propio, como venta, compañia; é in-
nominados los que no lo tienen, y son de
cuatro especies, *doy para que des, doy para*
que hagas, hago para que des, hago para que
hagas, l. 5. tit. 6. P. 5. (1); y este dar,
ó hacer es la causa de obligar, que hemos
expresado en la definicion. En estos con-
tratos el que cumplió por su parte, tiene
derecho de escoger, ó bien apremiar al
otro, que lo cumpla por la suya, ó que pa-
gue los perjuicios que le ha ocasionado de
no cumplirlo, y debe ser creído por su ju-
ramento con la tasa del Juez, d. l. 5.

3 II. division de contratos en unilatera-
les y bilaterales. Se llaman unilaterales
aquellos, en que uno solo de los contrayen-
tes queda obligado, cual es el préstamo ó
mutuo, en que solo se obliga el que lo re-
cibe; y bilaterales, en que ambos lo es-
tán, como la compra, locacion ó arrenda-
miento; y adviértase haber algunos, que
al principio solo se obliga uno, y despues
por incidencias se obliga otro, como el co-
modato y depósito, segun explicaremos ha-
blando de ellos. III. division, que nace del

(1) L. 5. de præscript. verb.

diferente modo de contraerse ó perfeccionarse en consensuales, verbales, reales y literales, segun se perfecciona por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo irémos notando, cuando hablémos de cada uno de ellos. De todos los contratos nace obligacion (entenderémos siempre la civil y natural), porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, cuasi contrato, delito, ó cuasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Recop, queda obligado el que de cualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Ademas hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respecto hácia el bien público. De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales agenos, el que los puso en su edificio. El célebre Jurisconsulto romano Cayo dixo, que estas nacia de varias figuras de causas (1).

(1) L. 1. de oblig.

4 Es menester advertir aquí, que hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo están muy léjos de poder producir obligacion, como son: I. El que suele llamarse con el nombre latino de *quota litis*, esto es, el que hace el que ha de litigar con su Abogado, de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleyto: el cual ademas de no valer, imposibilita al Abogado de poder abogar por otro como á infame, l. 14. tit. 6. P. 3. (1). II. El que llaman *antichreseos*, esto es, el que se hace para que el acreedor, que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos miéntras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, l. 2. tit. 13. P. 5. El derecho canónico tambien lo ha reprobado como usurario, capp. 1. y 2. de usur. capp. 4. y 6. de pignor. en las Decretales de Gregor. IX. III. Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, l. 28. l. 38. tit. 11. P. 5. (2), á los cuales creemos pueden referirse algunos, que expre-

(1) L. 53. de pact. l. 5. C. de postul.

(2) L. 7. §. 7. l. 28. de pact.

samente reprobáron las leyes romanas, y no hallamos expresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde (1), y los de la futura sucesion de uno que vive, sin su consentimiento (2). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gomez en la ley 22. de Toro.

5 Transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lop. en la glosa 1. de la ley 5. tit. 6. P. 5, y lo prueba latamente Valeron de transact. tit. 1. quæst. 3. y 4, porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mutuamente alguna cosa (3). Es: *Decision convenida, no gratuita de cosa dudosa*. Se dice *decision*, porque decide ó termina los pleytos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, por lo que hemos dicho, que no se hace sin dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleyto ó amenaza,

(1) L. 9. C. de Profes. et Med. (2) L. ult. C. de pact. (3) L. 38. C. de transact.

ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con extension á todos los pleytos ó desavenencias, que puedan tener entre sí los litigantes (1). Pero sino hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleytos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron tit. 2. quæst. 1. n. 22. (2).

6 Como la transaccion es especie de enagenacion, claro está, que no pueden hacerla aquellos que no pueden enagenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice expresamente la ley 19. tit. 5. P. 3, que puede transigir el que tuviere poder especial para ello; y tambien el que le tenga general, libre y lleno, para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleyto, que el mismo otorgante podría hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con li-

(1) L. 9. l. 12. de transact. (2) L. 8. §. 20. eod.

bre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lop. en las *glosas* 8. y 9. de esta ley, que aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas, que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrub. 1. var. resol. cap. 6. n. 3. y Valeron de *transact. tit. 4. quæst. 5. nn. 27. y 28.*, citando á otros muchos. Y con efecto vemos, que en la práctica para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador, que no tenga poder especial.

7 Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á excepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite baxo ciertas limitaciones. En primer lugar no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento; sin abrirse y verse este; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieren ántes, *l. 1. tit. 2. P. 6.* Y creemos tener lugar esta doctrina tam-

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 445.
bien en el caso, que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros, que se deben por testamento, sin autoridad del Juez. Varias leyes romanas lo establecieron expresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer, contra la voluntad de quien los dexó (1). Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aquí, por defenderla todos nuestros autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden, Valeron de *transac. tit. 3. quæst. 3.* Castillo de *alimentis cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (2), los mismos

(1) *L. 8. de transact.* (2) *L. 8. C. eod.*

Val. y Castillo en los lugares citados. Y el Juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (1).

8 En cuanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (2); porque se presentaría asa ú ocasion para delinquir. Sobre los pasados, se ha de distinguir si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entónces solamente de intereses pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla (3): pero podrá el Juez imponer al reo que transigió, la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l. 22. tit. 1. P. 7*, que exceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade, que si el que transigió, pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa, para libertarse de la vexacion de seguir el pleyto, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; antes bien deberá

(1) *D. 1. 8. de transact.* (2) *L. 54. §. ult. de furt.* (3) *L. 38. tit. 11. P. 5.*

pagar el acusador el cuádruplo de lo que recibió, si se lo piden dentro de un año, y si despues del año el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede impedir el pacto de los particulares la pública coercicion ó castigo de los delitos (1), ni permite el vigor de la pública disciplina que los delitos queden sin castigo (2). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo pena de muerte ó perdimento de miembro, y por medio de ella quisiere transigir con su acusador, dándole algo, le es permitido; porque es cosa justa que cada cual pueda redimir su sangre, á excepcion del adulterio, que no admite transaccion en que se reciba dinero; pero pueda el marido remitir ó perdonar el delito sin precio alguno, *d. l. 22. Gregor. Lop. en la glosa 11. de esta ley*, y *Anton. Gom. 3. var. cap. 3. n. 55. y sigg.* examinan latamente los efectos, que produce la transaccion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque ademas de no ser

(1) *L. 5. de pact. dotal.* (2) *L. 51. §. 2. ad leg. Aquil.*

conforme á nuestro instituto difundirnos tanto en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del Fiscal, sin intervencion de acusador particular, ó privada.

9 La transaccion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que expresa, sin extenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los autores, Castillo *tomo 4. controvers. cap. 42. Valeron de transact. tit. 5. quæst. 2.* citando muchísimas leyes romanas y varios doctores (1). El efecto de la transaccion es terminar el pleyto sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l. 34. tit. 14. P. 5. (2)*; de suerte, que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepcion de pleyto acabado, como lo veremos mas latamente al tratar de las excepciones. Y se conside-

(1) *L. 5. l. 9. §§. 1. et 3. de transact.*

(2) *L. 20. C. eod.*

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 449.
ra muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleytos, Castillo *lib. 8. contrav. cap. 36. §. 2. n. 32. (1)*.

10 Sin embargo de la firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleytos no resuciten, se rescindirán, si fueron otorgadas en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dixeren relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en quanto este obrará la rescision, y quedarán firmes los otros (2), y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l. 34. tit. 14. P. 5.* ó por miedo, que cae en varon constante (3), Valer. *tit. 6. de transact. quæst. 3. n. 7.* El mismo Valeron en el *propio tit. 6. quæst. 2.* y Castillo *lib. 8. controvers. ó de alimentis cap. 36. desde el n. 84.* tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Conviene los dos apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en quanto á la enorme

(1) *L. 10. C. eod.* (2) *L. 42. eod.*

(3) *L. 13. eod.*

misima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion a d. l. 34. tit. 14. P. 5, y Castillo prueba con fervor, que segun esta ley, ni aun por la enormísima se rescinde; rechazando varias modificaciones de otros celeberrimos intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un institutista á la vista de una cuestion tan recia y difícil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de este titulo, ser lesion enormísima la que excede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no expresan la cantidad del exceso, y por ello juzgan los autores deber definirse por el arbitrio del Juez. El Señor Covar. pone dos exemplos prácticos en el *lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 5.* y Parlador. *lib. 2. rer. quotidian. cap. 4. n. 51.* dice, que basta si excede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que excede algun poco la mitad del justo precio.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE DE LOS TITULOS

CONTENIDOS EN ESTE PRIMER TOMO.

LIBRO I.

- T**ITULO I. *De la Justicia, y del Derecho.* Fol. 1.
- TIT.** II. *Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde.* 14.
- TIT.** III. *Del poder que tienen los padres sobre los hijos.* 39.
- TIT.** IV. *De los Desposorios y Matrimonio.* 47.
- TIT.** V. *De las Dotes, Donaciones, Arras, y otras Donaciones entre marido y muger.* 95.
- TIT.** VI. *De la legitimacion, y del porfijamiento ó adopcion.* 118.
- TIT.** VII. *De la tutela y curaduria.* 129.
- TIT.** VIII. *De la Restitucion de los menores.* 172.



LIBRO II.

TIT. I. De las Cosas.	184.
TIT. II. De las prescripciones y de la posesion.	225.
TIT. III. De las Servidumbres reales, y personales.	245.
TIT. IV. De los Testamentos.	263.
TIT. V. De la Institucion de heredero, Substituciones, y Desheredaciones.	283.
TIT. VI. De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, Ley falcidia y de los codicilos.	336.
TIT. VII. De los Mayorazgos.	378.
TIT. VIII. De las Sucesiones intestadas.	411.
TIT. IX. De las obligaciones y contratos en general, y transacciones.	435.

En el tercer tomo se dará el índice general.

NUEVO
BIOTEC