

porque aunque aparezca importarla, los bienes en que consiste segun su valuacion, resulta lesion en esta, como regularmente acontece, ó por otro medio se verifica engaño, no está obligado á pagarla enteramente lo que en inteligencia de la dote que prometió llevar la ofreció en arras ó por aumento de dote (1); y asi le corresponderá excepcion de retencion de ello hasta en la cantidad en que fue engañado, por el dolo cometido (2). Lo cual entiendo cuando la oferta se hizo por atencion y contemplacion á la dote solamente, mas no cuando fue por la de la virginidad ó buenas prendas de la novia y honor del matrimonio, como regularmente se hace; y asi tendrá derecho á ella en este caso, hasta en lo que quepan arregladas á la ley del Fuero, aunque no se verifique la promesa ó ninguna dote lleve, pues la voluntad y obligaciones del hombre deben observarse en cuanto no se opongan á las leyes.

20. Las arras gozan del privilegio de tácita hipoteca, y no del de prelacion, que tiene la dote; y la razon es porque en esta trata la muger de evitar su daño, y en aquellas de lucrarse y adquirir utilidad (3). Esto se entiende á menos que se den por aumento de dote, pues entonces se estimarán por tal (4) y gozarán del mismo privilegio y prelacion, aunque algunos fundados en una ley de Partida dicen que en todos casos gozan de él; pero esta opinion no debe seguirse.

21. No queriendo el esposo ó marido futuro dar ni ofrecer arras á su futura esposa, puede darla, como se ha dicho, joyas y preseas ó vestidos, siempre que no exceda su importe la octava parte de la dote verdadera, numerada, y no meramente confesada que recibiere. Si la esposa no llevare dote, no ganará estas dádivas esponsalicias, porque falta la dote para tener consideracion y tasarlas. Si el novio que hace estas dádivas fuere viudo con hijos de otro matrimonio, no puede exceder en ellas del quinto de sus bienes, y si hubiere exceso, es nula la donacion en cuanto á este, aunque se vigorice con juramento, porque cede en perjuicio de tercero (5).

22. Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso las

1 Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las arras, lib. 3. del Fuero Real. Ayor. dicho cap. 7. num. 34. Velasc. consult. 3. Gom. decis. 370. num. 2.

2 Ley 3. Cod. de donat. ante nupt.

3 Leyes Ubi adhuc. 29. Cod. de jur. dot. y Assiduis. 12. §. Hec aut. 2. Cod. qui potior. in pignore hab. Gom. en la

ley 50 de Toro, num. 41 y 78.

4 Auth. de equalitat. dot. collat. 8. tit. 9. novel. 97. cap. 2. Curia Philip. Comere. terr. cap. 12. verb. Prelacion. num. 32.

5 Gutierr. de juram. confirm. par. 1. cap. 14. num. 7 y sig. Matienz. ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 6.

preseas ó vestidos que su marido la dió estando desposados, podrá ella ó sus herederos, disuelto el matrimonio, dejarlos, y elegir y percibir las arras que la prometió el mismo? Aunque parece que no, porque en esta eleccion se defrauda á los hijos y herederos de su marido; puede elegirlas, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho á nadie injuria ni defrauda (1). Pero en este caso afirma Ayora (2), que estará obligada, ó los suyos, á volver dichos vestidos tan buenos como el marido se los entregó, ó el importe de su deterioro; y la razon en que se funda, es, porque no se entiende restituida la cosa si se vuelve deteriorada y no se paga su menoscabo (3). Dudo de esta obligacion de la muger en el caso propuesto; y la razon es, porque el marido está obligado á vestirla y alimentarla segun su esfera y caudal; y como por usar los vestidos que la dió é hizo suyos, le ahorró otros, por eso me parece no tiene lugar la restitucion, pues la disposicion legal citada de que se vale, aunque cierta, habla en otros casos muy diversos, y asi no se puede contraer á este sin mucha violencia.

23. Cualquiera esposa de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana y debe llevar la mitad de todo lo que antes de consumarlo la dió su marido, si la besó despues de desposados, ya sea ó no precioso, proceda ó no el beso á la donacion, y esta se haga á la novia en su casa antes ó al tiempo de la boda ó velacion; pero si la besó antes del desposorio, nada ganará, porque el beso y cópula anteriores estan prohibidos; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo (4); lo cual se entiende con tal que no exceda de la octava parte de su dote, y no en otros términos (5). Y si el marido no la besó, nada gana ni debe llevar, antes bien todo debe volver á los herederos de este: ni tampoco cuando por su culpa no se celebró el matrimonio (6). Por lo que respecta a cuales se llaman vestidos preciosos, cuales superfluos y cuales cotidianos, se debe dejar al prudente arbitrio del juez, atendida la calidad, esfera,

1 Ley 13. tit. 33. Part. 7. ley Nullus videtur, y ley Factum cuique suum. §. Non videtur. ff. de regul. jur. ley 3. §. 1. ff. de libero homine exhibend.

2 Ayor. part. 1. cap. 7. dicho num. 35.

3 Ley Sed mihi videtur. 3. §. Si reddita. ff. commodati. et ibi DD.

4 Leyes 3. tit. 11. Part. 4. y 3. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la 50 de Toro, num. 5 y 6. vers. Sed his non obstantibus. Gutierr.

T. I.

allegat. 11. num. 5 y 7. Matienz. en la ley 4. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 3 y 6. num. fin. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 38.

5 Ley 6 al fin. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. et ibi Matienz. glos. 6. Acev. en la 4 cit. Castell. en la 52 de Toro, verb. Sea precioso, et ibi Gom. Arias, num. 16.

6 Dichas leyes 3. de Part. y 3. Nov. Rec. y 1. y Cum veterum. Cod. de donacion. ante nuptias.

y caudal de las personas <sup>(1)</sup>, y la costumbre del pueblo.

24. Milita y procede lo explicado en el párrafo precedente, no solo cuando la esposa es doncella, sino tambien siendo viuda: lo primero, porque versando la propia razon, es aplicable á este caso la misma disposicion legal. Lo segundo, porque la ley 3. citada habla general y absolutamente en cuanto dice: *Cualquiera esposa ora sea de presente ora de futuro:::* y no distingue de viuda ni doncella <sup>(2)</sup>. Lo tercero, porque ninguna prohibe al esposo que dé á la esposa las joyas ó preseas y vestidos: y lo que no está prohibido, se entiende permitido; antes al contrario por el hecho de tasar la cantidad á que han de ascender y de que no deben exceder, es visto concederle facultad para su donacion. Lo cuarto, porque el motivo de conceder á la esposa la mitad de lo que el esposo la donó, si la besó, es porque segun dice la ley 3. tit. 11. Part. 4. la esposa da el beso al esposo, y no se entiende que lo recibe de él, quedando por esto como avergonzada, y él al contrario complacido. Asi que debiendo tener el mismo pudor y honestidad la viuda que la doncella, se sigue que se la debe, y gana lo propio que esta en iguales circunstancias.

25. Por el ingreso en religion adquiere la esposa de presente ó de futuro la mitad de todo lo que el esposo la dió, del mismo modo que por la muerte de este <sup>(3)</sup>: porque asi como el pacto de ganar la dote en caso de muerte, tiene lugar en el de entrar en religion <sup>(4)</sup>; asi tambien debe tenerlo el de ganar la mitad de todo lo que el esposo la dió. Pero es de advertir que si el esposo enagenó las cosas que dió á su esposa, no será preferida á los acreedores que tengan hipoteca anterior en los bienes de él <sup>(5)</sup>, lo que es al contrario en la dote, por el privilegio de prelacion que el derecho la concede <sup>(6)</sup>.

26. Si la novia libre mayor de veinticinco años y sin descendientes ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes, aun-

1 Palac. Rub. in Rubr. §. 11. De donation. inter vir. et uxor. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 11 Part. 4. glos. ultim. al fin. Matienz. en dicha ley 4. g'os. 5. num. fin.

2 Ley de pretio. ff. de publician. in rem. action. et ibi glos. Socin. regul. 292. Ayor. part. 1. dicha, cap. 7. num. 33.

3 Ley Deo nobis. Cod. de episcop. et cleric. Authent. de sanctis episcopis. §. Sponsalibus. collat. 9. et ibi glos. et DD. glos. in cap. Decreta legatia. caus. 37. quest. 2.

4 Jason. in leg. Si discesserit. ff. qui

satisdare cogantur. col. 2. num. 11. Gom. en la 50 de Toro, num. 11. Covarr. in 2. de sponsalib. cap. 7. §. 4. num. 12. Palac. Rub. in Rub. de donation. inter vir. et uxor. §. 3. num. 5. y en la 52 de Toro. Matienz. en la 4. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 1.

5 Ley De rebus. 13. Cod. de donat. ante nupt.

6 Ley Assiduis. 12. Cod. qui. potiores in pignor. habent. Gom. en la 50 de Toro, num. 8. vers. Sexto quaeritur.

que al tiempo de la oferta no se exprese, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse queda obligado <sup>(1)</sup>, al modo que los bienes del novio lo estan á las arras ó donacion *propter nuptias* que hace á la novia <sup>(2)</sup>; en cuyo caso se extenderá la cláusula en los términos que expresa la nota primera puesta á continuacion de la escritura de capital: bien entendido que aunque la oferta ó donacion que la novia soltera ó viuda sin hijos haga al novio, exceda de la décima ú octava parte de sus bienes, valdrá, por cuanto es hecha por contrato oneroso; con tal que no sea muy excesiva, mediante á que el derecho reprueba semejantes donaciones, como se dirá en el tratado de estas. Y aunque algunos afirman que las leyes que hablan con el novio deben entenderse con la novia, no me parece muy acertada esta opinion; porque ademas de no hablar directa ni indirectamente con ella, milita diversa razon, pues como dice la ley <sup>(3)</sup>, las mugeres son naturalmente codiciosas, y sienten mucho desprenderse de lo que poseen, por lo cual no hubo necesidad de prohibirles que hiciesen donaciones; y al contrario los hombres, regularmente pródigos y arrebatados de un ciego amor, no se detienen en sus ofrecimientos y dádivas por complacer al objeto de su afecto, aunque sea en detrimento de sus parientes; por cuya razon fue preciso poner coto á su excesiva liberalidad. Debe advertirse tambien que si la novia da algo al novio, sabiendo que la está prohibido casarse con él, no puede demandársela despues <sup>(4)</sup>; y si ambos con noticia del impedimento se dieron mutuamente algo, lo pierden, y toca al fisco <sup>(5)</sup>. Ultimamente si la esposa diere algo al esposo de futuro y falleciere antes que el matrimonio se celebre, debe el esposo volver lo donado á los herederos de ella, ya la haya besado ó no, como dice la ley 3. tit. 11. Part. 4.; y la razon que da la ley es la expuesta en el párrafo 24; y lo mismo dispone la 5. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, segun la que, si tuvo cópula con ella despues de casados, nada debe volverla, pues lo hace suyo, porque con el matrimonio se confirma la donacion <sup>(6)</sup>.

En orden al modo de hacer la deduccion de las arras por muerte del marido, se hablará con extension en el tratado de particiones, donde se resolverán las dudas que pueden ocurrir sobre esta materia en algunos casos complicados, cuya explicacion es mas propia de aquel lugar.

1 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 2. tit. 13. Part. 5.

3 Ley 3. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 50. tit. 14. Part. 5.

5 Ley 51. tit. 14. Part. 5.

6 Matienz. en la ley 4. tit. 2. lib. 2. Rec.

*Escrituras de arras.*

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez; natural y vecino de ella, de estado soltero, é hijo legítimo de &c. dijo: que está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud y otras loables prendas que en ella concurren, determinó hacerla cierta donacion *propter nuptias*; y para que conste y tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorga que promete en arras y donacion *propter nuptias* á la expresada Luisa Martinez su futura esposa tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y sino cupieren, se los consigna en los que en lo sucesivo adquiriera, á su eleccion, para que gocen del privilegio concedido á esta clase de donacion, ó del que la sea mas favorable y util, si se efectuare el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que este se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga, y á sus herederos, á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega bajo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, á la cual se obliga, y á la satisfaccion de las costas, intereses y daños que se originen en su exaccion á su futura esposa ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, la revela de otra prueba y quiere ser apremiado por todo rigor legal. Asimismo se obliga á no revocar esta donacion y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; y al cumplimiento de este obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

*Nota.* Si el novio da ú ofrece en arras á la novia alhaja raiz determinada, se expresarán sus linderos, valor, sitio y demas señales conducentes, y la conferirá poder para tomar posesion de ella; y para que no sea necesario tomarla, se pondrá la cláusula de *constituto*, que extenderé en otro capitulo, y en este caso puede tambien imponerse pena en defecto de cumplimiento del contrato, como se prueba de la ley 87. tit. 18. Partid. 3. que trae la forma de ordenar esta escritura. Si ofrece las arras

por aumento de dote, gozarán del privilegio de esta: y pactando que si la novia muere antes, ningun heredero suyo ha de tener derecho á ellas, ni de poder demandárselas jamas, ni sus hijos, aunque los deje y lleguen á tomar estado, pues solo la novia ha de poder exigir las de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal y privativo suyo; y para con sus herederos legítimos y extraños en testamento y abintestato entenderse nula y como no hecha, si fallece antes que el novio; valdrá el pacto, y deberá observarse, y no estará obligado á entregarlas, ni su importe, á los herederos que ella instituya. Lo mismo se observará con otra cualquiera condicion permitida y honesta que imponga al tiempo de su oferta, como todo donante la puede imponer entonces.

