

TAPIA  
FERRERO  
NOVISSIMO

K62

.E8

F4

v.1

c.1

*José Angel Benavides.*



E # H 6 # 100



U A N L

3477

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,  
ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

23444

**FEBRERO NOVISIMO,**

ó

**LIBRERIA DE JUECES,  
ABOGADOS Y ESCRIBANOS,**

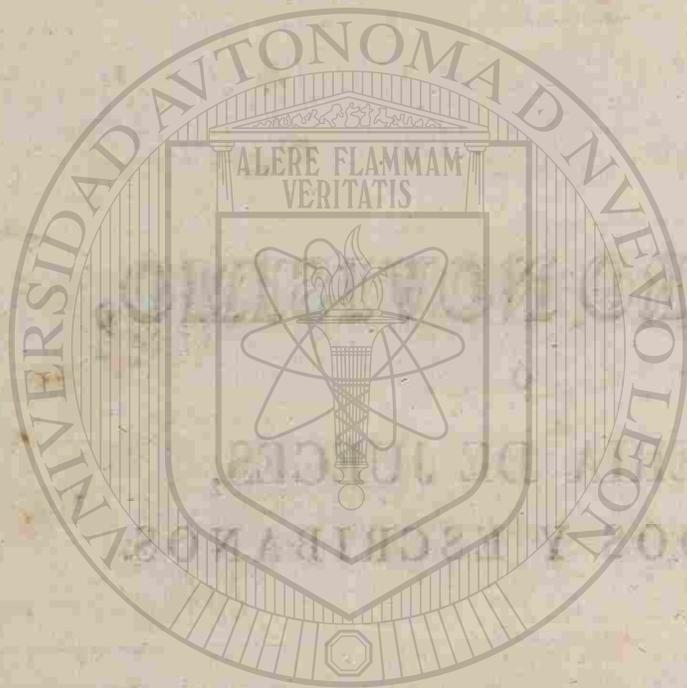
REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,  
Y ALGUNOS OTROS:

**POR DON EUGENIO DE TAPIA,**  
ABOGADO DE LOS REALES CONSEJOS.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



Capilla Alfonso  
Biblioteca Universitaria

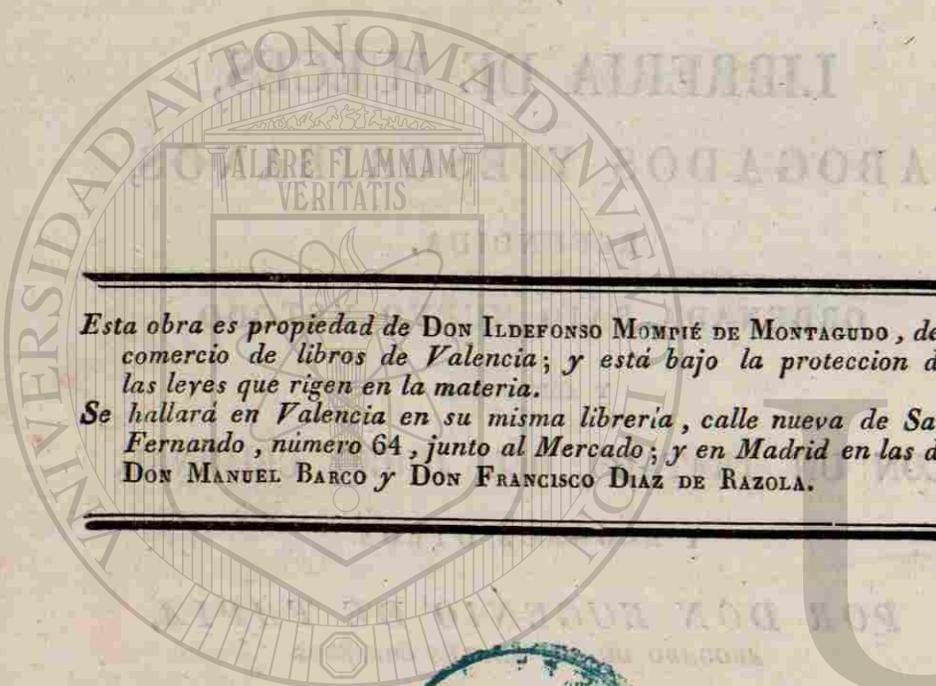
CON SUPERIOR PERMISO.

VALENCIA: EN LA IMPRENTA DE ILDEFONSO MOMPIÉ.

AÑO 1828.

54072

K62  
E  
P4  
J.1



Esta obra es propiedad de DON ILDEFONSO MOMPIÉ DE MONTAGUDO, del comercio de libros de Valencia; y está bajo la proteccion de las leyes que rigen en la materia.

Se hallará en Valencia en su misma librería, calle nueva de San Fernando, número 64, junto al Mercado; y en Madrid en las de DON MANUEL BARCO y DON FRANCISCO DIAZ DE RAZOLA.



Biblioteca Universitaria  
Capilla Alfranca

FONDO BIBLIOTECA PUBLICA  
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

VALENCIA EN LA IMPRENTA DE ILDEFONSO MOMPIÉ  
CON SUPERIOR PERMISO

### PRÓLOGO.

Las repetidas ediciones que hasta el dia se han hecho de la obra de Don José Febrero, intitulada: Librería de Escribanos, ó Instruccion teórico-práctica para principiantes, acreditan el justo concepto que merece, y el uso general que de ella se hace en el foro español. Es indudable que esta obra contiene abundante y sólida doctrina de jurisprudencia teórica y práctica; mas cualquiera que la haya examinado atentamente, no habrá dejado de notar que el autor no se propuso hacer unas Instituciones de derecho patrio, sino dar á los escribanos la competente instruccion en aquellos negocios que mas se ventilan en los tribunales, y en que se necesita la intervencion de estos secretarios ú oficiales públicos, como testamentos, contratos y otros actos civiles ó judiciales. Aun considerada bajo este aspecto la obra, se conoce que su autor la dejó incompleta: pues no se trata en ella del juicio criminal, siendo de tanta importancia; ni de los recursos de fuerza, que tan frecuentemente ocurren en el foro.

Por otra parte no puede dudarse que muchas de las materias, contenidas en la Librería de Escribanos, no guardan entre sí la debida conexion por estar interpoladas con otras de diferente especie. No hay sino pasar la vista por el indice de cada tomo, especialmente de los de la primera parte, para echar de ver la mencionada inconexion y falta de orden. Despues del tratado de testamentos, con que el autor da principio sin otra preparacion, habla de los bienes gananciales; luego de la obligacion que tiene el sobreviviente de reservar ciertos bienes á

los hijos del primer matrimonio en caso de pasar á segundas nupcias; en seguida de las dotes y arras; despues de las donaciones; y á continuacion de las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones. Claro es que esta última materia y la de reservacion pertenecen al tratado en que se ventilan los derechos hereditarios; al paso que las donaciones corresponden á la materia de contratos; y las dotes, arras y bienes gananciales tienen su propio lugar en un tratado sobre los efectos civiles del matrimonio, separado y anterior en un orden regular á la doctrina de testamentos.

Despues de haber hablado el autor de algunos contratos, mezcla entre el de ventas y el de sociedades ó compañías un tratado de mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones. Siguen despues de las compañías los compromisos y las transacciones; luego la materia de poderes, cesiones y lastos; y á continuacion el tratado de prohiçiones, legitimaciones y emancipaciones, asunto dislocado é inconexo con lo anterior, y perteneciente á un tratado sobre la patria potestad, bajo el cual le colocaremos en su lugar debido. Pero aun sube de punto la inconexion en los capítulos siguientes al de legitimaciones: el inmediato á este trata de los perdones de injurias, del homenaje, del acto para dar hábito militar, y de la espera de acreedores. ¿Pudieran reunirse en un mismo capítulo cosas mas discordantes? Pues el que sigue luego de las renunciaciones de oficios públicos tiene por ventura alguna analogía con el anterior, ni con el siguiente que trata de las protestas y protestos de cambios?

A estos defectos tan palpables se agrega otro no menos perjudicial para el buen método y claridad de la obra, á saber: en la primera parte de ella, que toda es doctrinal ó de jurisprudencia teórica, se tratan ligeramente algunas materias, y luego vuelve á hablarse con extension de las mismas en la segunda parte, que contiene la doctrina sobre los juicios ó jurisprudencia

práctica; como puede verse en el tratado de particiones, donde se halla mucha doctrina de testamentos, legados, dotes, arras, bienes gananciales, mejoras etc., que estaria mejor incorporada en los correspondientes lugares de la parte primera doctrinal. De esta dislocacion resultan dos inconvenientes: primero, que no se comprenden bien las materias, por estar diseminadas las de una misma clase en diferentes tomos; segundo, que mezcladas tantas y tan diferentes doctrinas con el método práctico, formalidades y trámites que se observan en los juicios de inventario y particion, resulta un tratado tan difuso, que en algunas ediciones ocupa dos tomos.

En los juicios solo debe tratarse del orden, método, formulas y diligencias con que el individuo ha de reclamar sus derechos ante un tribunal, y los procedimientos que en este han de observarse hasta la sentencia definitiva; pero los asuntos sobre que versa el juicio pertenecen á la jurisprudencia teórica, y su estudio ó conocimiento se da por supuesto en la práctica. En el juicio ejecutivo, por ejemplo, la accion del demandante ó actor está fundada en una obligacion personal que contrajo el deudor; mas no por esto cuando se trata de la práctica que se observa en dicho juicio, se enseña la doctrina relativa á las obligaciones ó contratos; porque esto ya se da por sentado, como que corresponde á otra parte de la jurisprudencia. Cuando se habla en el mismo juicio de la terceria de dote, tampoco se detienen los autores de práctica á tratar de las dotes en general por la misma razon.

¿Por que pues en los juicios de inventario y particion ha de tratarse de tutelas y curadurias, sin mas razon que la de estar obligado el tutor á hacer inventario de los bienes del pupilo? Con ocasion de este inventario, diferente del que se forma para averiguar los bienes del difunto en el juicio de particion, se engolfa el autor en una larga disertacion sobre tutelas y curadurias, muy juiciosa y atinada en verdad, pero muy agena del lu-

gar donde se halla. Lo mismo puede decirse de la dote. Para saber como ha de deducirse esta del caudal hereditario, y habrá de explicarse allí la doctrina relativa á las personas que tienen obligacion de dotar, y otros puntos que pertenecen á la primera parte doctrinal donde se trata de las dotes. Igual es el inconveniente respecto á los bienes gananciales y otras materias que por tratarse en la primera y segunda parte de la obra, se hallan á veces repetidas las unas, dislocadas las otras, y mezclado lo práctico con lo doctrinal, resultando de aqui harta confusion. Verdad es que al tratar de las particiones es menester precisamente tocar muchas materias doctrinales; pero sobre ser mas natural remitirse en la segunda parte á la primera, que no al contrario, debe dejarse solo en el tratado de particiones lo mas preciso, esto es, lo que conduzca á la práctica y mecanismo, por decirlo asi, de la liquidacion y distribucion del caudal hereditario, mas no los principios ó doctrinas generales. Por otra parte son muchas las particiones en que no hay dote ni gananciales ni mejoras, como sucede en la herencia de un célibe ó soltero, y por consiguiente es inutil en tales casos aquel grande acopio de doctrinas.

Por estas causas se han descartado, en la presente edicion del tratado de particiones el de tutela y curadurias, y otras materias, trasladándolas á su lugar correspondiente, y dejando en aquel las doctrinas ó puntos que tienen mas estrecho enlace con la liquidacion y distribucion del caudal hereditario: de este modo, al paso que quedará mas reducido el tratado de particiones, se facilitará el modo de ejecutarlas, por estar así los trámites de este juicio mas patentes y desembarazados de discusiones legales, que ofuscan á los partidores; quienes suelen ser, especialmente en los pueblos pequeños, sujetos que carecen de principios de jurisprudencia, y no se hallan en estado de estudiar ni aun de comprender un tratado difuso en que se mezclan tantas cuestiones de derecho.

Por lo que hace á otras materias, se han sacado tambien del lugar donde estaban, y se ha procurado ordenarlas para que tengan cierta conexion metódica; por ejemplo, en la parte 1.<sup>a</sup>, capítulo 7, párrafo 4, que trata de las prendas é hipotecas, habla el autor con bastante extension de algunas acciones principales, excepciones, renunciacion de fuero, instrumentos ejecutivos, personas que pueden ó no ser presas por deudas, y otras cosas que pertenecen al tratado de juicios; y aunque en una obra de esta naturaleza no pueda guardarse un método tan exacto como en unas Instituciones de derecho, sin embargo, acercándose en lo posible al que en estas suele observarse, se ha adoptado el siguiente plan en la edicion que ahora se publica.

Tres son los objetos del derecho: 1.<sup>o</sup> las personas consideradas segun el estado que tienen en la sociedad, 2.<sup>o</sup> las cosas con relacion al derecho que en ellas ó á ellas tiene el hombre; 3.<sup>o</sup> las acciones ó los medios que tenemos de reclamar lo que es nuestro ó nos corresponde, y el orden, método y formalidades que se observan en los juicios.

Esta es la division adoptada por los mas célebres juriscóntulos antiguos y modernos, y con arreglo á ella se dividirá la obra en tres libros, subdivididos estos en titulos, capítulos y párrafos, distribuyéndose las materias del modo siguiente.

En el primer libro se tratará del estado natural y civil de las personas; de la patria potestad, y de los modos de adquirirla; del matrimonio; de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales; de las prohibiciones, legitimaciones y emancipaciones; de las tutelas y curadurias; de los oficios públicos; de los escribanos é instrumentos públicos; á que seguirá un apéndice sobre el pleito homenaje y el acto para dar hábito militar, dos puntos de que habló Febrero, y que no debian por consiguiente omitirse, ni podian tener regular colocacion sino en el libro primero, donde tratándose de las perso-

mas consideradas en sociedad, no parecen del todo inoportunos.

Empezará el segundo libro con un tratado sobre las cosas y su division general, con cuyo motivo se hablará de los propios y pósitos de los pueblos; se tratará luego del dominio, y de los modos de adquirirle; de la prescripcion; de las servidumbres; y de estas se pasará á la extensa materia de testamentos; á la cual seguirá la de mayorazgos, patronatos, capellanias y sus agregaciones; se explicará luego la de contratos; y á ellos seguirá un tratado de jurisprudencia mercantil.

El tercer libro empezará con un titulo de acciones, interdictos y excepciones; y á continuacion se insertarán para uso de los letrados los modelos ó plantillas de pedimentos sobre las materias comprendidas en los libros primero y segundo, reservando solo para el tratado de los juicios aquellos libelos que versan meramente sobre los trámites ó sustanciacion de la causa, por ser de diversa naturaleza la demanda que se entabla para pretender alguna cosa que en virtud de un derecho nos corresponde, y la que solo tiene por objeto el orden y las formalidades prescritas por las leyes para que los juicios no sean ilusorios; y á fin de que cualquiera pueda encontrar sin fatiga el modelo que necesite, se pondrá un indice en que se indique el objeto de cada demanda. Seguirá luego el tratado de los juicios, incluso el criminal, los recursos de fuerza y otros, insertando á continuacion de cada uno de ellos el correspondiente formulario para uso de los jueces, abogados y escribanos.

Algunos de los tratados contenidos en esta edicion son enteramente nuevos; otros que tocó por incidencia Febrero se han aumentado tomando la doctrina de otros autores de nota; y finalmente en muchos me he aprovechado de lo que añadieron á la obra original los editores de Febrero adicionado y reformado presentándolo bajo nuevo orden segun el plan de esta refundicion.

Los inteligentes conocerán cuan ardua es esta empresa, y

acaso graduarán de temeridad el haberla acometido, mayormente cuando el mismo reformador del Febrero, Don José Gutierrez, tenia por imposible el metodizar la doctrina del autor, reduciéndola á un cuerpo en que hubiese regularidad, orden y enlace, como se verá por el prólogo de su cuarta edicion, donde dice: sin embargo no aseguraremos haber reformado en un todo el método del autor, pues para esto seria necesario formar la obra de nuevo; y mas adelante: con todos estos capitulos y algunos otros colocados al principio de este tomo 1.º se nos ocurrió que podriamos dar algun sistema ó plan á la obra, que, aunque mejorada respecto al método en nuestro Febrero reformado, no le tenia ni podia tener por ser mas bien un conjunto ó una miscelánea de materias jurídicas, sin el correspondiente enlace entre si. Persuadido de esta insuperable dificultad el señor Gutierrez, aunque mejoró mucho la obra original con importantes adiciones, la dejó casi tan imperfecta como antes estaba en orden al método, procediendo de aquí la gran dificultad que experimentan para encontrar los asuntos en que quieren imponerse cuantos manejan el Febrero; bien que esto depende tambien de la falta de un buen indice general de materias. El autor de la presente refundicion no presume haber dado á la obra un plan tan metódico como el que pudiera tener si se hiciese de nuevo; pero se lisonjea de haber trabajado con algun fruto en esta parte, como echará de ver cualquiera que coteje esta edicion con las anteriores. Si por fortuna ha acertado en este punto tan esencial, espera ser tratado con indulgencia en cuanto á los desaciertos ó errores en que haya podido incurrir bajo otros aspectos, puesto que es casi imposible dejar de cometerlos en una obra tan extensa y complicada, en que ha sido necesario hacer tan notables alteraciones no solo para ordenarla bajo un plan general, sino tambien para metodizarla en cada una de sus partes ó tratados. Cuan improbo sea este trabajo no hay para que encarecerlo, pues se ofrece desde luego á la

Consideracion del menos advertido : no debiendo yo omitir á este propósito que para la composicion de los dos primeros tomos me ha ayudado el señor Don Juan Nicasio Gallego , mi amigo, sugeto bien conocido por su mérito literario.

No se crea sin embargo que en medio de tan considerable reforma se haya desfigurado la doctrina del autor , pues al contrario se ha respetado con escrupulosidad; si bien cuando ha parecido demasiado inconexa ó confusa por su redundancia, ha sido forzoso tomarse mayor libertad para refundirla y ordenarla ; pero en algunas materias que trató el autor mas metódicamente se ha conservado el texto íntegro , sin otra variacion que la de alterar los párrafos cuando ha sido necesario para dar el debido enlace á la serie de la doctrina.

## LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS.

### TITULO PRIMERO.

#### DEL ESTADO DE LAS PERSONAS.

##### CAPITULO PRIMERO.

*Del estado natural de las mismas.*

- |                                                                                              |                                                                         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que se entiende por persona?                                                          | 7. ¿En que se funda este privilegio?                                    |
| 2. ¿Que dispone la ley acerca de los no nacidos ó que aun existen en el vientre de la madre? | 8. ¿Que deberá probar el menor para conseguir la restitucion?           |
| 3. Circunstancias que se requieren para que se juzgue natural y no abortivo el nacimiento.   | 9. ¿Que tiempo concede la ley á los menores para pedir la restitucion?  |
| 4. Distincion de varones y hembras.                                                          | 10. ¿Como ha de conceder el juez la restitucion?                        |
| 5. Distincion nacida de las diferentes edades.                                               | 11. Casos en que deberá el juez denegar la restitucion.                 |
| 6. Privilegio de restitucion concedido á los menores.                                        | 12. De otras personas á quienes compete el beneficio de la restitucion. |

1. **P**or persona se entiende en el concepto legal el hombre segun el estado que tiene por la naturaleza ó por las leyes positivas. Respecto al estado natural las personas se consideran: 1.º como ya nacidas, ó como concebidas solo y existentes en el vientre de su madre; 2.º como varones y hembras; 3.º como mayores ó menores de edad.

2. De los no nacidos dispone la ley, que cuando se trata

Consideracion del menos advertido : no debiendo yo omitir á este propósito que para la composicion de los dos primeros tomos me ha ayudado el señor Don Juan Nicasio Gallego , mi amigo, sugeto bien conocido por su mérito literario.

No se crea sin embargo que en medio de tan considerable reforma se haya desfigurado la doctrina del autor , pues al contrario se ha respetado con escrupulosidad; si bien cuando ha parecido demasiado inconexa ó confusa por su redundancia, ha sido forzoso tomarse mayor libertad para refundirla y ordenarla ; pero en algunas materias que trató el autor mas metódicamente se ha conservado el texto íntegro , sin otra variacion que la de alterar los párrafos cuando ha sido necesario para dar el debido enlace á la serie de la doctrina.

## LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS.

### TITULO PRIMERO.

#### DEL ESTADO DE LAS PERSONAS.

##### CAPITULO PRIMERO.

*Del estado natural de las mismas.*

- |                                                                                              |                                                                         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que se entiende por persona?                                                          | 7. ¿En que se funda este privilegio?                                    |
| 2. ¿Que dispone la ley acerca de los no nacidos ó que aun existen en el vientre de la madre? | 8. ¿Que deberá probar el menor para conseguir la restitucion?           |
| 3. Circunstancias que se requieren para que se juzgue natural y no abortivo el nacimiento.   | 9. ¿Que tiempo concede la ley á los menores para pedir la restitucion?  |
| 4. Distincion de varones y hembras.                                                          | 10. ¿Como ha de conceder el juez la restitucion?                        |
| 5. Distincion nacida de las diferentes edades.                                               | 11. Casos en que deberá el juez denegar la restitucion.                 |
| 6. Privilegio de restitucion concedido á los menores.                                        | 12. De otras personas á quienes compete el beneficio de la restitucion. |

1. **P**or persona se entiende en el concepto legal el hombre segun el estado que tiene por la naturaleza ó por las leyes positivas. Respecto al estado natural las personas se consideran: 1.º como ya nacidas, ó como concebidas solo y existentes en el vientre de su madre; 2.º como varones y hembras; 3.º como mayores ó menores de edad.

2. De los no nacidos dispone la ley, que cuando se trata

de su bien ó utilidad, se les tenga por nacidos (1). Asi que les corresponden los remedios posesorios, los de tenuta y restitution *in integrum*, y las prerogativas que á los nacidos; por lo que les aprovecha como á estos todo lo que se practica en su favor (2); y aunque hasta que nacen no son tenidos por hombres ni herederos de sus padres, ni se les debe la legitima (3), ni pueden pedir tampoco su parte de herencia (4); tienen derecho para ser instituidos herederos, sustituidos, y nombrados sustitutos de otros, y dárseles tutor, ya nazcan varones ó hembras, entendiéndose todo con la tácita condicion de que salgan á luz (5); y luego que nacen, rompen el testamento de sus padres, si los han preterido ú olvidado (6). Pero es de advertir que el póstumo no revoca la donacion hecha por su padre hasta que nace, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su nacimiento (7).

3. Para gozar de todo lo expresado en cuanto á la sucesion y otros efectos legales, como tambien para que se estime natural y no abortivo el nacimiento, han de concurrir precisa y simultáneamente en ellos cuatro circunstancias, en tanto grado, que una que falte, basta para privarlos del derecho de suceder á sus ascendientes: 1.<sup>a</sup> que nazcan enteramente vivos, y con figura humana, aunque sean disformes ó defectuosos en algun miembro ó parte de su cuerpo (8); 2.<sup>a</sup> que nazcan en tiempo habil ó legitimo, que es en el séptimo, nono ó décimo mes, y no dentro del octavo ni undécimo (\*); bien que esto tiene su limitacion, cuyo discernimiento y explicacion incumbe á los físicos, y no es propia de este tratado. De esto tratan algo Lara *Compendium vitæ hominis*, cap. 10. num. 11., Matienzo en la ley 2. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 4. y otros. La 3.<sup>a</sup> que despues de nacidos vivan veinte y cuatro horas na-

1 Ley 3. tit. 23. Part. 4.

2 Ley 3. tit. 23. Part. 4. Lara *Compendium vitæ homin.* cap. 1. num. 4. cap. 2. y cap. 4.

3 Ley final ff. de assignat. liber. ley fin. ff. de collat. bonor.

4 Ley Antiqui. ff. si pars hæredit. petat. y ley Utrum. ff. de reb. dub.

5 Ley Placet. ff. de liber. et posthum. f. Servus etiam. al fin. Institut. de hæredib. instituend. Lara, dicho cap. 2. num. 1 al 4. cap. 6. per tot y cap. 11.

6 Ley 20. tit. 1. Part. 6. verb. E. estos hijos. Ley 3. ff. de injusto rupt. testam.

7 Tiraquel. in leg. Si unquam. verb.

*Susceptis liber.* num. 141, 145. Lara, dicho cap. 2. num. fin.

8 Ley 5. tit. 23. Part. 4. y ley 3. Cod. de posthum. hæred. instituend.

\* Esta distincion de meses para tener los partos por legitimos ó ilegítimos es arbitraria é injusta. Léase la nota del Dr. Palacios al tit. 1. lib. 1. pag. 3 de las Instituciones del derecho civil de Castilla, por los señores Asso y Manuel, donde se verá desvanecida esta preocupacion con sólidas razones. La regla segura es que en cualquier mes en que nazcan los hijos, se tendrán por nacidos en tiempo habil, si no se prueba que no pueden ser hijos de aquel por quien adquieren el derecho que pretenden.

turales á lo menos. Y la 4.<sup>a</sup> que sean bautizados antes de morir (1), aunque sea con agua que llaman de socorro. Si de un parto nacen varon y hembra, débese entender que el varon salió primero, pues que no se puede averiguar lo contrario (\*). Si faesen ambos varones, y no puede ser sabido cuál de ellos nació primeramente, entonces ambos deben haber aquella honra y el heredamiento que habria el que antes naciese, á quien dicen en latin *primogénito* (2) (\*\*). Para formar idea de lo que se debe practicar en casos semejantes, y en el de que casada la viuda á pocos dias de muerto el marido, pariere dentro de un tiempo en que pudiese suscitarse la duda si el hijo es del nuevo marido ó del difunto, véase á Lara en el tratado referido, cap. 2. y cap. 12. num. 5. y sig., á Rojas de *incompatibilit.* Part. 2. cap. 4. y á los que citan.

4. Por lo que hace á la segunda distincion de varones y hembras disponen las leyes (3), que estas por razon del sexo no pueden obtener empleos ni cargos públicos, ni ser testigos en ciertos casos, ni gozar de otras prerogativas; mas en cambio no padecen perjuicio en sus negocios por ignorar el derecho (4).

5. En orden á la distincion nacida de la edad es de advertir que los menores pueden considerarse antes ó despues de la pubertad, la cual en los varones empieza á los catorce

1 Leyes 4 y 5. tit. 23. Part. 4. y 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec., y en ella Mat. per omnes glos. Aceved. y otros; y en la 13 de Toro sus glosadores.

\* Esta razon, tomada literalmente de la ley de Partida, es la única y la mas sabia que puede darse para un caso de duda. Lo que se dice por algunos autores de si el varon es mas fuerte, ó si perfeccionándose y animándose primero que la hembra, debe de consiguiente nacer primero, es una pura sutileza metafísica, ó si se quiere, una razon de congetura, segun el modo de pensar de algunos filósofos que han tomado por guia una perfeccion que ellos mismos no pueden concebir. *Febrero adcionado.*

2 Ley 12. tit. 33. Part. 7.

\*\* Cuando se hicieron las leyes de Partida no habia mayorazgos, ni estaba aun reconocida la primogenitura para las sucesiones. Si aconteciese hoy el caso de que naciendo dos varones de un parto, se dudase cuál habia sido primero, ¿se dividiria el mayorazgo? Esto parece lo mas conforme á la razon, porque cualquiera

preferencia seria perjudicial é injusta, especialmente haciéndose en un tiempo en que todavia no se hallan desenvueltas las facultades físicas y morales del hombre. Mas adelante podria el padre tener motivos para determinar la sucesion; y tales serian una constitucion mas robusta, los mayores talentos y las virtudes; pero como podria haber un error en el juicio de estas cualidades, seria muy expuesto en muchas ocasiones el dejarle absolutamente la eleccion. Sin embargo tal vez en política no convendria la division, especialmente respecto de un mayorazgo corto, cuyas rentas no bastasen para mantener á cada uno de los dos poseedores en aquel esplendor y categoria que quiso el fundador. En estas circunstancias ¿no seria conveniente poner término á la vinculacion, y reducir los bienes á la clase de libres? El caso es muy raro; y si sucediese, deberia consultarse con el Soberano. *Febrero adcionado.*

3 Ley 4. tit. 4. Part. 3. y 6. tit. 33. Part. 7.

4 Ley 31. tit. 14. Part. 5.

años cumplidos, y en las hembras á los doce (1). Los que no han cumplido siete años se llaman infantes (2). *Infantia proximis* llamaban los romanos á los que estaban mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proximis*; y aunque en nuestras leyes no se hallan tales denominaciones sino con relacion á las romanas, admiten sin embargo iguales efectos que estas, siendo uno de ellos, que los próximos á la pubertad, esto es, los que han cumplido diez años y medio se consideran capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos; mas no los próximos á la edad de la infancia. (3). Finalmente es de advertir que se llaman púberos los menores que han llegado á la pubertad, é impúberos los demas.

6. A los menores concede el derecho un privilegio muy notable, llamado *restitucion in integrum*, cuando son perjudicados en sus tratos ó negocios. Es pues dicha restitucion la anulacion del negocio, ó reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño dichos menores (4) (\*).

7. Fúndase este privilegio en que los menores por su poca experiencia y debilidad, como tambien por culpa ó malicia de sus tutores y curadores, estan expuestos á padecer frecuentes perjuicios.

8. Para conseguir el menor la restitucion ha de probar dos cosas: 1.<sup>a</sup> que es menor, y 2.<sup>a</sup> que ha recibido daño por su inexperiencia, por culpa del tator ó curador, ó por engaño de otro (5), tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales de cualquiera naturaleza que sean (6). En virtud de este remedio puede el menor renunciar la herencia despues de aceptada, manifestándolo asi á los acreedores que tenga contra sí la misma; y entonces el juez, visto el daño que resulta al menor, concede la restitucion, poniendo primeramente en seguridad las cosas pertenecientes á la herencia (7). Tratando de prescripciones, las de veinte años ó menos tiempo no corren contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus predecesores, y enonces les compete la restitucion en cuanto al tiempo corrido durante su menor edad; pero las

1 Ley 12 y ult. tit. 16 Part. 6.

2 Ley 1. tit. 7. Part. 2. y ley 4. tit. 16. Part. 4.

3 §. 18. Instit. *de obl. que ex delict. nasc.* Leyes 9. tit. 1. y 17. tit. 14. Part. 7.

4 Leyes 4. tit. 25. Part. 3. y 1. tit. 19. Part. 6. y leyes 1, 2, 3, 4 y 5. tit. 13. lib.

11. Nov. Rec.

\* Por menor se entiende el que no ha cumplido veinte y cinco años.

5 Ley 2. tit. 19. Part. 6.

6 Leyes 2. tit. 25. Part. 3. 3 y 5. tit. 19. Part. 6.

7 Ley 7. tit. 19. Part. 6.

de mayor tiempo corren contra todos los mayores de catorce años, aunque pueden rescindirse por medio de la restitucion (1).

9. Para pedirla concede la ley á los menores todo el tiempo de su menor edad y cuatro años despues, que suele llamarse el cuadrienio legal, pudiendo tambien hacer la misma demanda los herederos del menor (2); y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva (3). La restitucion no aprovechará á los fiadores del menor, excepto el caso en que interviniese engaño en el mismo negocio que motivó la fianza, pues entences deberá resarcirse á beneficio del menor y de sus fiadores (4).

10. El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa, llamando ante sí á la otra parte á quien se hace la demanda; y si hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fue hecho en daño del menor, debe volverle al estado en que antes se hallaba; de modo que cada una de las partes tenga á salvo su derecho como antes lo tenia (5).

11. El juez debe denegar la restitucion en los casos siguientes prevenidos por las leyes, y no en otros. 1.<sup>o</sup> Si el menor al tiempo de contraer ó celebrar el negocio dijere que es mayor de veinte y cinco años, y por su persona pareciese tal (6). 2.<sup>o</sup> Si el pleito se comenzare siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya sea mayor (7). 3.<sup>o</sup> Si el huérfano habiendo ya cumplido diez años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, y lo mismo si cometiese adulterio siendo ya mayor de catorce años (8). 4.<sup>o</sup> Si habiendo seguido el menor, pleito contra alguno pidiendo se declarase ser su esclavo, recayese sentencia de que era libre (9). 5.<sup>o</sup> Si el dendor del menor le pagase la deuda con otorgamiento del juez; pero faltando esta circunstancia, aunque el menor malgaste el dinero, tiene el beneficio de la restitucion (10). 6.<sup>o</sup> Si el perjuicio que hubiese sufrido el menor por sus tratos proviniese de un acontecimiento casual, ó caso fortuito como llama el derecho, y no de culpa ó engaño de otro (11).

1 Ley 9. del mismo tit.

2 Ley 8. del propio tit.

3 Ley 2. tit. 25. Part. 3.

4 Ley 4. tit. 12. Part. 5.

5 Ley 1. tit. 25. Part. 3.

6 Ley 6. tit. 19. Part. 6. Leyes 2 y 3.

Cod. *si min. se major. dixerit.*

7 Ley 2. tit. 25. Part. 4.

8 Ley 4. tit. 19. Part. 6.

9 Ley 6. tit. 19. Part. 6. Ley 9. §. ult. *Sit. Cod. si advers. liber.*

10 Ley 1. Cod. *si adv. solut.* Ley 4. tit. 14. Part. 5.

11 Ley 2. tit. 19. Part. 6.

7.º Si dada sentencia contra el menor le compitiese el remedio de nulidad de aquella (1). 8.º Si el menor, cumplidos los catorce años, jurase no usar de este beneficio para rescindir sus contratos (2); pero la ley que esto previene no está en observancia; sin duda por el grande abuso que pudieran hacer los menores de estos juramentos en perjuicio suyo. Tampoco se da restitución de algunos términos dilatorios, llamados por esto *fatales*, como el de nueve días para intentar el retracto de sangre ó abolengo (3); el de tres días para suplicar de la sentencia interlocutoria (4); el de seis para tachar los testigos (5), y otros de que se hará mención en el tratado de los juicios.

12. Compete el beneficio de la restitución no solo á los menores, sino tambien á las iglesias, ciudades, universidades, á los concejos y al fisco, cuando reciben daño por negligencia ó engaño de otro, y esta restitución debe pedirse dentro de cuatro años, contando desde el día en que recibieron el daño; y si este fuese en mas de la mitad del precio, dentro de treinta años (6). Asimismo gozan de este privilegio los que sufren perjuicio por algun contrato que se les obligó á celebrar por fuerza, ó miedo grave, esto es, temor de muerte, herida, pérdida de su libertad ó buena fama (7). Compete ademas la restitución á aquellos cuyas cosas han sido prescritas estando ellos ausentes por causa de guerra, decreto del Rey, estudios, cautiverio, romería ú otra semejante; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el día en que se restituyeron á sus hogares; y á sus herederos desde aquel en que se verificó su muerte durante la ausencia (8). Ultimamente, se concede la restitución á aquellos que tratando de demandar alguna cosa á otro, la enagenan este á quien sea mas poderoso, para que el demandante tenga un opositor mas formidable: si asi sucediere podrá el demandante usar del remedio de la restitución, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la reparacion de perjuicios al que la enagenó, segun eligiere (9). Para dar entrada á esta clase de acciones es preciso que la enagenación se haya hecho engañosamente, ó con dolo (10); y por tanto no habrá lugar á ellas cuando este falte (11).

1 Ley 1. tit. 25. Part. 3.

2 Ley 6. dicho tit. 19.

3 Ley 2. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 1. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.

5 Leyes 4 Cod. *ex quibus caus. major.*

6 Ley 10. tit. 19. Part. 6.

7 Ley 10. tit. 19. Part. 6.

8 Ley 56. tit. 5. Part. 5. Gregor. Lop.

en la glos. 1. de la misma ley, y ley 7. tit. 33. Part. 7.

8 Leyes 10. tit. 23. y 28. tit. 29. Part.

3 y 4. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.

9 Leyes 30 tit. 2. y 15. tit. 7. Part. 3.

10 Ley 15. citad.

11 Gregor. Lop. en dicha ley 15. glos. 2.

## CAPITULO SEGUNDO.

### Del estado civil de las personas.

- |                                                                                             |                                                                                                                           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Clasificación de los hombres segun el estado civil.                                   | 9. Privilegios que disfrutan los nobles.                                                                                  |
| 2. De los naturales de estos reinos, y de los extranjeros.                                  | 10. Cuarta division en eclesiásticos y legos. ¿ Que se entiende por eclesiásticos, y qué por seculares ó legos?           |
| 3. Prerogativas de los naturales.                                                           | 11. Prerogativas de que gozan los eclesiásticos.                                                                          |
| 4. ¿ Como se pierde el derecho de naturaleza?                                               | 12. Ultima division de los hombres en libres ó esclavos. ¿ Que disponen las leyes acerca de estos?                        |
| 5. ¿ Que está prohibido á los extranjeros?                                                  | 13. Los hombres libres pueden ser considerados bajo la patria potestad, en tutela ó curaduría, ó del todo independientes. |
| 6. Division segunda de vecinos y transeuntes. ¿ Quien se llama vecino, y quien transeunte?  |                                                                                                                           |
| 7. ¿ Que derechos corresponden á los vecinos?                                               |                                                                                                                           |
| 8. Division tercera de nobles y plebeyos. ¿ Que es nobleza, y de cuántos modos se adquiere? |                                                                                                                           |

1. Clasificanse los hombres, segun el estado civil, del modo siguiente: 1.º naturales de estos reinos, y extranjeros; 2.º vecinos de algun pueblo, ó transeuntes; 3.º nobles, hidalgos, ó plebeyos; 4.º eclesiásticos y legos; 5.º libres, esclavos, ó libertos.

2. Dicese natural de España el que ha nacido en territorio español y es hijo de padres, ó por lo menos de padre que tenga tambien esta circunstancia, ó haya adquirido domicilio y vivido ademas diez años en alguno de los dominios de España (1) (\*). Segun la ley citada al pie si un sugeto español

1 Ley 7. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec. Esto se entiende de los hijos legítimos ó naturales, pues para que los espurios se digan naturales de España, es preciso que en la madre concurren las circunstancias referidas.

\* Por la ley citada se declaran los que son naturales de estos reinos, pero es para poder obtener en ellos beneficios eclesiásticos; pues hablando comunmente y

con propiedad, *natural de estos reinos se dice cualquiera con solo haber nacido en ellos, segun el Diccionario de la lengua castellana; y esto aunque sea hijo de extranjero, dice la ley 27. tit. 27. lib. 9 de la Recopilacion de Indias. Asi que yo no hallo ley que expresa y generalmente diga quienes deben ser tenidos por naturales de estos reinos para todos los officios, empleos y privilegios que gozan y pueden gozar los*

empleado por nuestro gobierno en país extranjero, ó residente en él por cualquiera causa, tuviere allá un hijo, será este reputado por español, pues se tiene por nacido en España, con tal que el padre esté como transeunte en dicho país (1). A veces la palabra *naturaleza* no significa en las leyes de Partida lo mismo que en la citada de la Novis. Rec., sino que se entiende por vecindad (2).

3. Adquirida la *naturaleza* se hace el natural capaz de obtener todos los empleos públicos, y se obliga á prestar al Rey los servicios y deberes de que hablan las leyes (3). Prohibese al natural de este reino, bajo pena de perdimiento de bienes y destierro perpetuo, salir fuera de él á estudiar, excepto en las universidades de Bolonia, Coimbra, Roma y Nápoles (4).

4. Este derecho de naturaleza se pierde de dos modos, á saber, por delito de traición contra el Rey, y por desnaturalización ó renuncia voluntaria del natural por las causas que expresa la ley citada (5).

5. Los extranjeros no pueden como tales obtener beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos (6), alcaldías y regimientos ú otro cargo público en los pueblos (7), tener carnicerías, pescaderías ó panaderías en ellos, y andar por las calles ejerciendo el oficio de buhoneros (8). Finalmente no se puede hacer á favor de ellos donación ni traspaso de villas, castillos ó jurisdicciones (9).

6. Pasando ahora á la segunda division, la palabra *vecino*, tomada en un sentido lato, significa el que habita en un pueblo, y es tenido y reputado por tal segun el concepto de sus habitantes, y esta clase de vecindad basta para ser testigo en los testamentos nuncupativos (10). Pero propiamente y en sentido riguroso se dice vecino *el que tiene establecido en algun lugar su do-*

naturales: solo hallo que segun la cosa de que se trata, así son los requisitos que piden las leyes para que uno pueda reputarse ó no como *natural* en ella. En prueba de ello la ley 66. tit. 4. lib. 2. de la Rec. (leyes 3. tit. 24. 6. tit. 22. lib. 3. 1. tit. 11. lib. 6. y 8. tit. 26. lib. 7. de la Nov.) dice que si viviese un extranjero seis años en España, casado con muger *natural*, sea admitido á los oficios de república, exceptuando el de corregidor, gobernador, alcalde mayor, regidor y otros de gobierno; y segun la misma ley son admitidos como cualquiera natural y vecino á los pastos y demas comodidades, con solo vivir veinte leguas tierra adentro, y ejercer

algun oficio. Nota del Dr. Palacios al cap. 2. tit. 5. lib. 1. de las Instituciones de Castilla por los señores Asso y Manuel.

- 1 Ley 7. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec.
- 2 Ley 2. tit. 24. Part. 4.
- 3 Part. 2. desde el tit. 12 hasta el 31.
- 4 Ley 1. tit. 4. lib. 8. Nov. Rec.
- 5 Ley 5. tit. 24. Part. 4.
- 6 Ley 1. tit. 23. y 7. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec.
- 7 Leyes 2. y 3. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.
- 8 Ley 2. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.
- 9 Leyes 6 y 7. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec.
- 10 Acedo en la ley 1. tit. 7. Nov. Rec.

*micilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él*: este ánimo se prueba no solo con el trascurso de diez años, sino por hechos que lo acrediten, por ejemplo, si uno vende sus posesiones en un lugar, y compra otras en otro diferente adonde traslada su habitacion. Y mas claramente si fuere recibido como tal vecino por el ayuntamiento ó concejo de aquel pueblo, dando fiadores de que permanecerá en él diez años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales (1). Transeunte es el que vive ó se halla de paso en algun pueblo sin ser vecino de él.

7. Así como á los vecinos solamente y no á los transeuntes deben cargarse los tributos vecinales, tambien es justo y está determinado por la ley, que solo los primeros obtengan los oficios de república de los pueblos donde tienen su domicilio, como tambien sus escribanías, mayordomías y fialdades, con tal que sean naturales de estos reinos (2).

8. En orden á la tercera division de nobles y plebeyos, debe saberse primeramente que la nobleza es una calidad de distincion, la cual hace al hombre de una clase ó gerarquía superior á la del comun del pueblo. Unos la tienen de tiempo inmemorial, y es la mas calificada (3). Otros han justificado posesion de ella por espacio de veinte años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la ley de Córdoba, que es la 4. tit. 27. lib. 11. Novis. Rec. Y otros finalmente la tienen por declaracion ó privilegio que el Rey les ha otorgado. Hay ademas nobleza personal, de la que gozan los graduados de doctor, maestro ó licenciado en las universidades de Salamanca y Valladolid, y colegiales graduados en el colegio de la universidad de Bolonia (4), cuyo privilegio se extendió á los doctores, maestros y licenciados en teología, cánones y medicina de la universidad de Alcalá de Henares (5).

9. Los nobles disfrutan de los privilegios ó exenciones siguientes, que no son comunes á los plebeyos. 1.ª Franquicia de tributos correspondientes á pecheros, aun respecto de los bienes que compraren á estos (6); no obstante deben contribuir para el reparo de muros, cercas, puentes y fuentes de los pueblos (7). 2.ª No deben ser encarcelados por deudas, á menos que

- 1 Leyes 2. tit. 24. Part. 4. y 6. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec. Argumento de la ley 32. tit. 2. Part. 3. y Greg. Lopez en la glos. 12 de la misma. Acedo en dicha ley 1. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.
- 2 Ley 6. tit. 4. y 1. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.

- 3 Ley 2. tit. 21. Part. 2. al fin.
- 4 Ley 14. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec.
- 5 Ley 15. del mismo tit.
- 6 Leyes 3. tit. 2. y 1 y 3 tit. 18. lib. 6. Nov. Rec.
- 7 Ley 5. del mismo tit. 18.

sean arrendadores ó recaudadores de tributos reales (1), ó que aquellas provengan de delito ó casi delito; bien que aun en tal caso han de estar en prision separada de la de los plebeyos (2). Tampoco pueden embargárseles por deudas sus casas, caballos, mulas ni armas, sin que puedan renunciar estas preemiencias, bajo la pena de diez mil maravedis al escribano que en las obligaciones ó contratos de los mismos pusiere estas renunciaciones (3). 4.<sup>a</sup> No ser puestos á tormento (4). 5.<sup>a</sup> No poder ser obligados á que se desdigan cuando injuriaren á otro, bien que en lugar de esto deberán sufrir otras penas (5). 6.<sup>a</sup> Pueden por último usar de pistolas de arzon cuando vayan montados en caballo, y en traje decente interior (6).

10. Acerca de la cuarta division de hombres en eclesiásticos y legos, es de advertir en cuanto á los primeros, que unos se llaman regulares ó religiosos, y otros seculares. Regulares son, segun dice la ley 1. tit. 7. Part. 1., *aquellos que dejan todas las cosas del siglo, é toman alguna regla de religion para servir á Dios, prometiéndola de guardar*. Seculares se dicen, por el contrario, los que no han profesado ninguna de las religiones ú órdenes monásticas aprobadas, y comunmente son llamados clérigos. Tambien es de notar que regularmente se suele usar la voz seglar ó secular para designar al lego en contraposicion al eclesiástico.

11. Los eclesiásticos gozan segun nuestras leyes de las prerrogativas siguientes. 1.<sup>a</sup> Estan libres ellos y las iglesias de pagar el derecho de alcabala por las ventas ó trueques de sus bienes, aunque no de los que vendan por via de trato, grangería ó negociacion (7). Esta exencion de alcabala ú otros tributos no se entiende con los clérigos de menores órdenes, á menos que tengan beneficio eclesiástico. 2.<sup>a</sup> Estan ademas exentos de las cargas personales, aunque tienen obligacion de contribuir para la construccion y reparo de puentes, caminos y otras obras de utilidad pública (8); bien que á esto no les puede apremiar el juez lego sino el eclesiástico. Con las leyes de Partida citadas concuerdan otras dos de la Novis. Rec., las cuales dicen que faltando bienes del concejo deben contribuir y ayudar en los pechos que son para utilidad ó bien de todo el pueblo (9). Segun Acevedo en el

1 Leyes 2 y 15. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec.  
2 Leyes 10 y 11 de dicho tit. 2.  
3 Leyes 13 y 15. del mismo tit.  
4 Ley 2. tit. 30. Part. 7. 2 y 22. de dicho tit. 2 lib. 6. Nov. Rec.  
5 Ley 1. tit. 25. lib. 12. Nov. Rec.

6 Ley 19. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.  
7 Ley 8. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.  
8 Leyes 51 y 54. tit. 6. Part. 1. Gregor. Lopez en la glosa 5. de la 1.<sup>a</sup> de estas leyes.  
9 Leyes 6 y 7. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.

comentario de estas últimas leyes, si el clérigo no quisiere pagar el cupo que le corresponda para dichos objetos, puede el juez lego exigirlo ó cobrarlo de los mismos bienes; apoyándolo con dos decisiones, una de la Chancillería de Valladolid, y otra de la de Granada. 3.<sup>a</sup> Asimismo gozan exencion de todo tributo por los bienes adquiridos antes del concordato celebrado en el año de 1737, aun en los comprados de pecheros (1); pero los que hayan pasado á los eclesiásticos ó manos muertas desde entonces, estan sujetos á las mismas cargas que cuando los poseian los legos, excepto los destinados á alguna primera fundacion. 4.<sup>a</sup> Gozan de fuero particular, segun se verá en el libro 3.<sup>o</sup> donde se trata de los juicios.

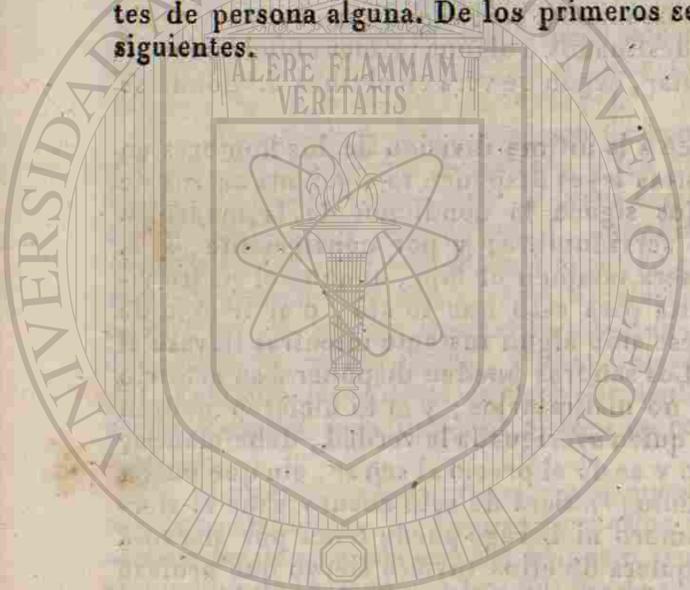
12. Por lo que hace á la última division de los hombres en libres y esclavos, nuestras leyes disponen lo siguiente acerca de estos últimos. Los hijos siguen la condicion de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre; y por consiguiente, si la madre fuere libre, lo será tambien el hijo, aunque el padre viva en esclavitud. Y basta para esto que lo sea, ó al tiempo de parirle, ó que lo hubiese sido algun instante mientras llevase al hijo en el vientre (2). Los señores pueden disponer á su arbitrio de los esclavos, pero no maltratarlos; y si lo hicieren podrán estos quejarse al juez, quien averiguada la verdad, debe mandar que se venda el esclavo y se dé el precio al señor, sin que pueda jamas volver á su dominio (3). Será de este cuanto gane el siervo (4). Ningun judío, moro ni herege puede tener por siervo á un cristiano. Y si cualquiera de ellos tuviere siervo que profese otra ley, y se hiciere cristiano, luego que se bautiza adquiere la libertad, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso de que él tambien se volviese cristiano (5). Siendo en el dia casi desconocida en España la servidumbre, tienen poco ó ningun uso las leyes antiguas que tratan de esta materia, y fueron hechas en tiempo de la dominación mahometana, cuando era grande el número de esclavos. Por consiguiente seria excusado tratar de la manumision, bastando saber lo siguiente. El acto de dar libertad á los siervos se llamaba segun las leyes de Partida *aforrar*. Podia hacerlo el señor en la iglesia, ante el juez, ó en otra parte, en testamento y sin él, ó por carta (6). Hay tambien casos en que los siervos se hacen libres

1 Leyes 1 y 6. de dicho tit. y 3. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec.  
2 Princ. Instit. de ingen. Ley 2. tit. 21. Part. 4.  
3 Ley 6. tit. 21. Part. 4.

4 §. 3. Inst. per quas personas cuique ac. Ley 7. tit. 21. Part. 4.  
5 Ley 8. del mismo tit.  
6 Ley 1. tit. 22. Part. 4.

por alguna acción gloriosa, ó en castigo de la maldad de sus amos (1). En otra ley de Partida (2) se establece que aquel siervo que con buena fe se trata como libre por diez años en el lugar donde more el señor, ó veinte en otro, ó sin buena fe por treinta, sea libre.

13. Los hombres que siempre fueron libres, á quienes los romanos llamaban *ingenuos*, unos están bajo la patria potestad, otros en tutela y curaduría, y otros totalmente independientes de persona alguna. De los primeros se tratará en los títulos siguientes.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y SERVICIOS

1 Tit. Cod. *pro quibus caus. serv. pro* Part. 4.  
*pram. lib. acq.* Leyes 5 y 6. dicho tit. 22.

2 Ley 7. del mismo tit.

## TITULO II.

*De la patria potestad, del matrimonio, de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.*

~~~~~

### CAPITULO PRIMERO.

*De la patria potestad, y de los diversos modos de adquirirla. De los esponsales y del matrimonio.*

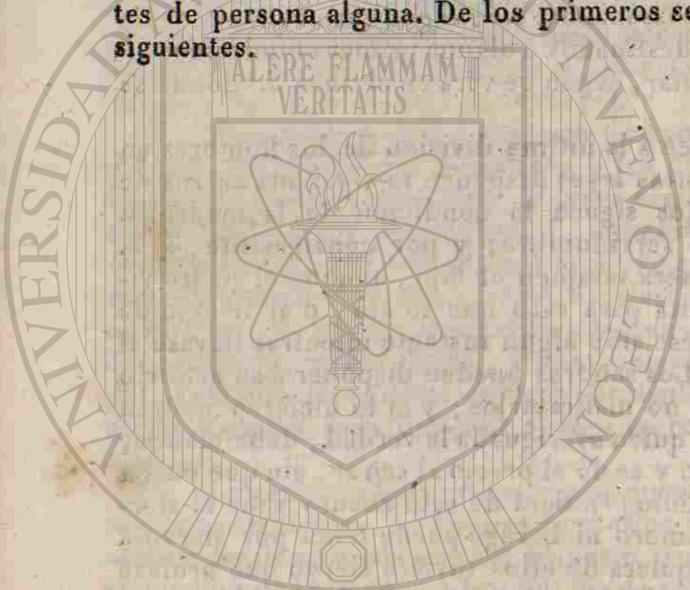
- |                                                                  |                                                                                   |
|------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que es patria potestad, y de cuantas causas dimana?       | 11. De los impedimentos dirimientes.                                              |
| 2. ¿Que son esponsales?                                          | 12. Licencia de los padres, abuelos ó tutores necesaria para contraer matrimonio. |
| 3. ¿De cuantos modos pueden celebrarse?                          | 13. ¿Como se disuelve este?                                                       |
| 4. ¿Quienes pueden contraer esponsales?                          | 14. De los efectos civiles del matrimonio.                                        |
| 5. El padre no puede desposar á las hijas sin su consentimiento. |                                                                                   |
| 6. Obligación que resulta de los esponsales.                     | <i>Escrituras correspondientes á este capítulo.</i>                               |
| 7. ¿Que es matrimonio?                                           | 1.ª De palabra de casamiento ó esponsales de futuro.                              |
| 8. Para su validación es necesario el consentimiento.            | 2.ª De apartamiento y disolución de esponsales.                                   |
| 9. ¿Como puede expresarse este?                                  | 3.ª Licencia de padre á hijo para casarse.                                        |
| 10. Edad necesaria para contraer matrimonio.                     |                                                                                   |

1. **P**or patria potestad se entiende el poder y autoridad que tienen los padres sobre sus hijos legítimos, mas no las madres (1); y aunque por derecho de las Partidas se ampliaba este poder á los nietos y demás descendientes legítimos, está derogada esta disposición por la ley 47 de Toro, la cual manda que el hijo ó hija casados y velados se tengan por emancipados en todas las cosas para siempre; por lo cual, si por el casamiento con velación salen de la patria potestad, no pueden sus hi-

1 Leyes 1 y 2. tit. 17. Part. 4.

por alguna accion gloriosa, ó en castigo de la maldad de sus amos (1). En otra ley de Partida (2) se establece que aquel siervo que con buena fe se trata como libre por diez años en el lugar donde more el señor, ó veinte en otro, ó sin buena fe por treinta, sea libre.

13. Los hombres que siempre fueron libres, á quienes los romanos llamaban *ingenuos*, unos estan bajo la patria potestad, otros en tutela y curaduría, y otros totalmente independientes de persona alguna. De los primeros se tratará en los titulos siguientes.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y SERVICIOS

1 Tit. Cod. *pro quibus caus. serv. pro* Part. 4.  
*pram. lib. acq.* Leyes 5 y 6. dicho tit. 22.

2 Ley 7. del mismo tit.

## TITULO II.

*De la patria potestad, del matrimonio, de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.*

~~~~~

### CAPITULO PRIMERO.

*De la patria potestad, y de los diversos modos de adquirirla. De los esponsales y del matrimonio.*

- |                                                                  |                                                                                   |
|------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que es patria potestad, y de cuantas causas dimana?       | 11. De los impedimentos dirimientes.                                              |
| 2. ¿Que son esponsales?                                          | 12. Licencia de los padres, abuelos ó tutores necesaria para contraer matrimonio. |
| 3. ¿De cuantos modos pueden celebrarse?                          | 13. ¿Como se disuelve este?                                                       |
| 4. ¿Quienes pueden contraer esponsales?                          | 14. De los efectos civiles del matrimonio.                                        |
| 5. El padre no puede desposar á las hijas sin su consentimiento. |                                                                                   |
| 6. Obligacion que resulta de los esponsales.                     | <i>Eserituras correspondientes á este capitulo.</i>                               |
| 7. ¿Que es matrimonio?                                           | 1.ª De palabra de casamiento ó esponsales de futuro.                              |
| 8. Para su validacion es necesario el consentimiento.            | 2.ª De apartamiento y disolucion de esponsales.                                   |
| 9. ¿Como puede expresarse este?                                  | 3.ª Licencia de padre á hijo para casarse.                                        |
| 10. Edad necesaria para contraer matrimonio.                     |                                                                                   |

1. **P**or patria potestad se entiende el poder y autoridad que tienen los padres sobre sus hijos legítimos, mas no las madres (1); y aunque por derecho de las Partidas se ampliaba este poder á los nietos y demas descendientes legítimos, está derogada esta disposicion por la ley 47 de Toro, la cual manda que el hijo ó hija casados y velados se tengan por emancipados en todas las cosas para siempre; por lo cual, si por el casamiento con velacion salen de la patria potestad, no pueden sus hi-

1 Leyes 1 y 2. tit. 17. Part. 4.

jos entrar en la de su abuelo, pues una vez que espira no revive sino por delito que el hijo cometa contra su padre, y por esta razon tampoco puede el abuelo substituir pupilarmente á sus nietos. La patria potestad puede dimanar de cualquiera de las cuatro causas que expresa la ley 4. tit. 17. Part. 4.; y son las siguientes: 1.<sup>a</sup> por el matrimonio celebrado segun manda la iglesia; 2.<sup>a</sup> por sentencia del juez que fallare ser hijo legitimo aquel de quien se dudaba; 3.<sup>a</sup> por delito que cometa el hijo contra el padre que le habia emancipado; 4.<sup>a</sup> por adopcion ó prohibamiento; á que debe agregarse la 5.<sup>a</sup> que es por legitimacion: de suerte que no hay patria potestad respecto de los hijos naturales incestuosos ni demas ilegítimos.

2. El mas noble y principal origen de la patria potestad es el matrimonio, al cual debe preceder cierta solemnidad que testifique la voluntad de los contrayentes, á cuyo acto llamamos desposorios ó esponsales, que son: el prometimiento que hacen de palabra hombre y muger cuando quieren casarse (1) (\*). Los que esten privados del habla, podrán hacer esta promesa por señales evidentes ó por escrito (2).

3. Siendo los esponsales un mero pacto, pueden celebrarse con juramento ó sin él (3), y entre ausentes por procurador ó carta (4): y se hacen de cuatro modos, á saber, por *condicion*, v. gr. prometo casarme contigo si hicieres tal cosa; por *causa*, que es cuando se dice, prometo casarme contigo porque hiciste tal cosa; por *manera*, v. gr. te doy ó hago esto para que tú hagas tal cosa; por *demonstracion*, como en este ejemplo, prometo casarme con N. que tiene tal ó tal circunstancia (5). Las condiciones deben ser honestas y conformes á la naturaleza del desposorio (6); pero si fueren torpes ó imposibles, no le vician ó anulan, y se tienen por no puestas (7). Los desposorios celebrados de cualquiera de estos modos no obligan sino cumplida la condicion, causa, manera ó demostracion con que se hicieron (8).

4. Pueden celebrar esponsales los que tienen edad para consentir: y por consiguiente, en cumpliendo siete años ya pueden ejecutarlo asi el varon como la hembra, y aun antes si despues de cumplidos los siete años se ratificaren en ello (9). Por falta

1 Ley 1. tit. 1. Part. 4.

\* Aunque los esponsales deben preceder al matrimonio cuando se celebren, no por esto se infiere que no pueda contraerse matrimonio sin haber celebrado antes los esponsales.

2 Ley 5. tit. 2. Part. 4.

3 Ley 10. tit. 1. Part. 4.

4 Ley 1. del mismo tit.

5 Leyes 2 y 3. tit. 1. Part. 4.

6 Leyes 3, 4 y 5. tit. 4. Part. 4.

7 Ley 6. del mismo tit.

8 Ley 3. tit. 4. Part. 4.

9 Ley 6. tit. 1. Part. 4.

de consentimiento no vale la promesa que hiciere el demente, á menos que recobrando el juicio la ratificase (1).

5. El padre no puede desposar á las hijas sin estar ellas delante y prestar su consentimiento (2); mas si prometiére y jurare casar alguna de sus hijas con otro, y ellas consintieren, está en arbitrio del padre la eleccion de la hija, no habiendo señalado cuál de ellas prometia; y si una sola quedase viva, estaria obligado á casarla. Si despues de hecha la promesa señalase una, y el varon no quisiere á esta por muger, quedará el padre libre de la obligacion; pero si el varon antes de hacerse este señalamiento usare de alguna de ellas, deberá tomar por muger esta y no otra (3). Puede tambien hacerse que el desposorio tenga su efecto en el arbitrio del padre, diciendo alguno de los desposados: *te tomaré por muger ó marido si place á mi padre* (4).

6. Por los esponsales quedan mutuamente obligados el hombre y la muger, y cualquiera de ellos que se niegue á cumplirlo, puede ser obligado á ello por el tribunal eclesiástico (5); á menos que tenga alguna justa causa para no querer. De consiguiente una vez celebrados dos desposorios, y mientras no se disuelvan por alguna de las justas causas que hay señaladas en el derecho, son impedimento para otros esponsales; de manera que aun cuando los primeros se hubiesen celebrado sin juramento y los segundos fuesen confirmados por él, no quitarian estos la fuerza á los primeros (6).

7. Explicado ya lo correspondiente á los esponsales, pasemos al matrimonio. Este se define: *ayuntamiento ó enlace de hombre y muger hecho con intencion de vivir siempre en uno, guardándose mutua fidelidad* (7). Los católicos consideramos al matrimonio no solo como contrato, sino tambien como sacramento, observando religiosamente los efectos que por esta razon le corresponden.

8. Como contrato es necesario para su validacion el mutuo y libre consentimiento de varon y hembra, y por consiguiente no pueden contraerle los mentecatos ó dementes, á menos que teniendo lúcidos intervalos de razon, quisieren contraerlo en uno de ellos (8). Por la misma razon será nulo el matrimonio que se contraiga á impulso de miedo, ó fuerza irresistible (9).

1 Ley 6. tit. 2. Part. 4.

2 Ley 10. tit. 1. Part. 4.

3 Ley 11. del mismo tit.

4 Ley 3. tit. 1. Part. 4.

5 Ley 7. del mismo tit.

6 Ley 8. tit. 1. Part. 4.

7 Ley 1. tit. 2. Part. 4.

8 Ley 5. tit. 2. Part. 4.

9 Ley 15. del mismo tit.

En consecuencia del mismo principio, si acaeciere que por importunidad diese el Rey carta ó mandamiento para que una mujer haya de casar con alguno contra su voluntad, no deberá valer (1). Asimismo está prohibido á los grandes ó señores de vasallos el apremiar á cualquiera de ellos para que case contra su voluntad (2). Siendo tambien el error esencial contrario al consentimiento, faltará este, y por consiguiente no valdrá el matrimonio, si uno de los contrayentes errase ó se equivocase en cuanto á la persona del otro, aunque será válido si el error ó equivocacion recayere sobre la riqueza, condicion ú otras calidades accidentales (3) (\*).

9. El consentimiento puede expresarse por palabras, ó por señas en los que fueren mudos (4). Puede tambien cualquiera sustituir ó dejar á arbitrio de otro, sea pariente ó extraño, el consentimiento para que este se case en nombre suyo, dándole poder especial para ello (5).

10. Ademas del consentimiento se requiere la edad prefijada por las leyes para contraer matrimonio, que es la de catorce años en los varones, y la de doce en las hembras; á no ser que en uno ú otro se anticipe la naturaleza para la procreacion, pues entonces se suple la falta de edad en consideracion á la aptitud física y moral (6); ó como suele decirse la malicia suple la edad. Mas para esto ha de preceder el juicio de la iglesia, el cual pertenece al obispo (7).

11. Tambien es necesario para celebrar válidamente el matrimonio que no medie alguno de los impedimentos llamados *dirimentes* (\*\*), los cuales se refieren en la ley 13. y siguientes del tit. 2. Part. 4. Entre ellos se cuentan el error y la fuerza, de que ya se ha hablado: los demas son los siguientes: 1.º y de uso muy frecuente, el de parentesco natural ó de consanguinidad, sin limitacion de grados en la línea recta. En la transversal se extiende hasta el cuarto grado inclusive (8), lo que tam-

1 Ley 2. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 3. del mismo tit.

3 Ley 10. tit. 2. Part. 4.

\* A veces puede ser tan considerable el error accidental, que acredite la falta de consentimiento; como si uno se casase con una mujer suponiéndola libre, y fuese esclava.

4 Ley 5. tit. 2. Part. 4.

5 La misma ley 5.

6 Ley 6. tit. 1. Part. 4.

7 Benedict. XIV. bul. *Magnæ nobis*. 51.

tom. 2. bullar.

\*\* Hay tambien impedimentos impediendos. Los esponsales, por ejemplo, son impedimento impediendo, es decir, que si atropellando con él se contrajese matrimonio, se celebraría este ilícitamente, pero no se anularía. Llámase este impedimento de pública honestidad, y solo llega al primer grado.

8 De los grados de parentesco y modo de computarlos, se habla con extension en el capítulo del tratado de mayorazgos.

bien rige en el parentesco de afinidad, si este dimana de ayuntamiento ó enlace licito, porque si es de ilícito, solo llega al segundo grado. 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 (1). 2.º La condicion que se pone contra la naturaleza ó fin del matrimonio (2). 3.º El voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los religiosos profesando, y los clérigos ordenándose de epístola (3). 4.º El delito de homicidio del cónyuge, ó adulterio, en los términos que lo explican los teólogos, y se expresa en la ley 19. tit. 2. Part. 4. 5.º La diversidad de religion entre los contrayentes (4). 6.º El raptó de la novia (5). 7.º La impotencia de procrear (6). 8.º El modo clandestino de contraer matrimonio, esto es, el que se contrae sin la asistencia del propio párroco ú otro sacerdote con su licencia ó del ordinario, y dos ó tres testigos (7). Está ademas establecido por ley en España que se confiscen todos los bienes á los que contraigan matrimonio clandestino, imponiéndoles tambien la pena de destierro de estos reinos, y fuera de esto la clandestinidad es causa de desheredacion (8). Ultimamente, el matrimonio rato y no consumado produce otro impedimento, llamado de pública honestidad, que llega hasta el cuarto grado.

12. Se necesita ademas en España para contraer matrimonio el consentimiento de los padres, abuelos ó tutores en los términos que expresa la Real pragmática sancion publicada en Madrid en 28 de abril de 1803 (que es la ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.), la cual, como que debe servir de gobierno en una materia tan comun y frecuente, se traslada aqui, y es como sigue. = Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1770, órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando: que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas de veinte y tres, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hi-

1 Concil. Trident. ses. 24. de reform. matrim. cap. 2 y siguientes.

2 Ley 5. tit. 4. Part. 4.

3 Leyes 11 y 16 tit. 2. Part. 4.

4 Ley 15. tit. 2. Part. 4.

T. I.

5 Ley 14 del mismo tit.

6 Ley 16 del propio tit.

7 Concil. Trident. ses. 24. de reform. matrim. cap. 1.

8 Ley 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

jos que hayan cumplido veinte y cinco años, y las hijas que hayan cumplido veinte y tres, podrán casarse á su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de este tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los veinte y cuatro, y las hembras á los veinte y dos, todos cumplidos: á falta de padre y madre, tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones á los veinte y tres, y las hembras á los veinte y uno, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los veinte y dos años, y las hembras á los veinte, todos cumplidos: para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Gefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion cuando lo soliciten de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir á Mí, así como á la Cámara, Gobernador del Consejo y Gefes respectivos, los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Consejo ó Gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto; en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias y al Regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos: los Vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes segun los requisitos que van ex-

presados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, 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 en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraídos, se arreglarán á ellas sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no otra ley ni pragmática anterior (1). — Por Real cédula de 1.º de febrero de 1784 se mandó que no se admitan en los tribunales demandas de matrimonios, sin llevar la licencia paterna ó la declaracion judicial de irracional disenso. A consecuencia de esta Real cédula, y en vista de las frecuentes instancias de mugeres sobre esponsales contra los militares, se expidió una Real orden en 20 de febrero de 1787 mandando que antes de admitirse demanda de esponsales contra los oficiales ó soldados del Ejército se haga constar la licencia Real ó de sus Gefes, y la paterna ó la resolucion del tribunal de ser irracional el disenso; y por otra Real orden de 2 de setiembre de 1817 se confirmó esto mismo, mandando que no admitan los jueces eclesiásticos demandas de esponsales sin las licencias prevenidas y el consentimiento paterno ó la resolucion judicial de ser irracional el disenso en los términos establecidos en la Real pragmática de 28 de abril de 1803, que comprende tambien á los jueces castrenses.

13. Disuélvese el matrimonio de dos modos, uno en cuanto al vinculo, y otro en cuanto á la cohabitacion. Siendo consumado, jamas se disuelve en orden al vinculo sino por la muerte de uno de los dos consortes (2). La separacion de los dos casados, ó el divorcio en cuanto á la cohabitacion, tiene lugar cuando media alguna justa causa, como enfermedad contagiosa, adul-

1 Véanse tambien las leyes 9, 11, 12, 13, 14, 16 y 17. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.; y sobre los impedimentos civiles léase tambien á Selvag. *Instit. can. discipl. le-*

*gibus et consuetudin. Hispan. accommo-*  
*dat tom. 2. lib. 2. tit. 9.*

2 Leyes 2 y 5. tit. 10. Part. 4.

terio, mal trato &c.; en cuyos casos podrán separarse los consortes con autoridad del juez competente. Si el matrimonio fuere rato y no consumado se disolverá tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos <sup>(1)</sup>.

14. Son muchos los efectos civiles del matrimonio, reduciéndose á estos los principales. En los cuatro años siguientes al dia en que uno se casare, está exento de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, alojamientos y otras; y en los dos primeros años de estos cuatro, estan asimismo exentos de todos los pechos reales y concejiles <sup>(2)</sup>; y esta exencion será perpetua si llegaren á tener seis hijos <sup>(3)</sup> <sup>(\*)</sup>. El marido, aunque sea menor de veinte y cinco años, con tal que tenga diez y ocho cumplidos, puede administrar por si mismo sus bienes y los de su muger, si esta fuere menor de edad <sup>(4)</sup>. La muger no puede sin licencia de su marido presentarse en juicio, repudiar ninguna herencia que la corresponda por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, como tampoco celebrar contratos ni cuasi-contrato alguno, ni apartarse de los ya celebrados <sup>(5)</sup>; bien que podrá el marido ratificar lo que sin su licencia hiciere la muger, y entonces será válido <sup>(6)</sup>. Asimismo puede el marido dar licencia general á su muger para celebrar contratos, y para todo lo demas que no puede ejecutar sin su licencia, y valdrá cuanto hiciere con ella <sup>(7)</sup>. Si el marido negare injustamente su licencia cuando fuere necesaria para estos ú otros objetos, puede el juez con previo conocimiento de causa obligarle á que se la dé, ó dársela él mismo si aquel, aun cuando fuese compelido, no quisiere hacerlo <sup>(8)</sup>. Asimismo puede dar el juez dicha licencia con conocimiento de causa en caso de estar el marido ausente y no esperarse su próximo regreso, ó si corriese algun peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho con la licencia del juez, como si el marido la hubiera dado <sup>(9)</sup>. Finalmente, otro de los efectos civiles del matrimonio, y entre todos el de mas importancia, es la comunicacion de bienes gananciales entre los cónyuges, de la cual se tratará en capítulo separado.

1 Ley 5. tit. 10. Part. 4.

2 Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

3 La misma ley.

\* La ordinaria de recién casado se pide en el Consejo presentando la partida de casamiento: para la de seis hijos varones la de casamiento y las fees de bautismo de los hijos. Una y otra se despacha en la forma que trae Don Pedro Escolano

en su Práctica del Consejo, tom. 1. cap. 91 y 92.

4 Dicha ley 7.

5 Leyes 11. tit. 1. y 10. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

6 Ley 14. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

7 Ley 12. del mismo tit.

8 Ley 13. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

9 Ley 15. del mismo tit.

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

1.<sup>a</sup> ESCRITURA DE PALABRA DE CASAMIENTO Ó ESPONSALES DE FUTURO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco y Doña Juana de tal, de estado solteros, mayores de veinte y cinco años, naturales y vecinos de ella, hijos de &c. ya difuntos, dijeron: que para vincular y radicar honesta é indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos á que estan expuestos, y las infaustas consecuencias que puedan resultar en detrimento de sus conciencias, y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio, y por graves inconvenientes que les obstan para efectuarlo al presente, quieren ligarse con los esponsales de futuro, á fin de que ninguno pueda separarse; y poniéndolo en ejecucion, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que prometen y se dan mutuamente su fe y palabra de casarse por las de presente que constituyen legitimo y verdadero matrimonio, segun disposicion del concilio de Trento, para tal dia de tal mes y año, y que ninguno contraerá directa ni indirecta, tácita ni expresamente esponsales con persona alguna, sin que preceda licencia y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere, sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas (*se expresarán las que sean*) en señal, las que pasan á su poder reciprocamente, de que doy fe: asimismo se obligan á no reclamar este contrato, y si lo hicieren, á mas de no ser oidos judicial ni extrajudicialmente, quieren ser compelidos á su observancia, como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, obligan á ello sus personas y bienes, se someten á los señores jueces que de esta causa deben conocer conforme á derecho, renuncian todas las leyes y fueros de su favor, y así lo otorgan y firman, á quienes doy fe y conozco, siendo testigos &c.

*Nota.* En esta escritura no puse pena contra el que se retracte, ni juramento de cumplir el contrato, ni tampoco renunciacion de la ley 39. tit. 11. Part. 5. que dice: que arrepintiéndose alguno de los contrayentes, no esté obligado á pagar la pena. La razon es porque si se ponen, como el que ha de relajar el jura-

mento y conocer de los esponsales es el juez eclesiástico á quien privativamente toca, puede suceder que por miedo de ser castigado el arrepentido como perjuro, y compelido á la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad, y resultan funestas consecuencias; por lo que no aconsejo al escribano que los ponga, pues el matrimonio no ha de hacerse por miedo de pena, sino por mutuo amor y consentimiento de los contrayentes, y el que se retracte, bastante tendrá que hacer y le costará el eximirse de celebrarlo, aunque no se le ligue tanto; como la experiencia lo acredita. Previendo que si los contrayentes fueren menores ó hijos de familia, deberá intervenir en los esponsales el consentimiento paternal, segun se previene en la pragmática de 28 de abril de 1803.

*Otra.* Como si se introduce entre los casados la discordia, suelen vivir en continua guerra y buscar arbitrios para separarse, algunos escribanos, rebotando perfidia é ignorancia, tienen aliento para aconsejarles que por escritura pueden hacerlo; y para obviar los inconvenientes que pueden originarse, deben tener entendido que los casados no pueden ni deben separarse perpetua ni temporalmente por escritura ni sentencia de juez lego, y que para ello es preciso que intervenga la del eclesiástico con previo y maduro conocimiento de causa, como se prueba de los tit. 1 y 2. Part. 4. de los cap. Porro. 3. de divortüs; Cum iis, 4. Uxoratus, 8. Ad Apostolicam, 13. de convers., conjug., y de otros que expresan las causas que anulan el matrimonio y esponsales, y por las que se permite el divorcio: por consiguiente si tuvieren arrojado para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores á una correccion severa, sin que les sirva de disculpa alegar que los contrayentes lo quisieron, pues no deben hacer lo que es contra derecho y buenas costumbres, aunque lo quieran; pero si contrajeron solamente esponsales de futuro, pueden apartarse de ellos y de la accion que en su virtud les compete, sin intervencion del juez ni de otro, porque los esponsales dependen del libre asenso ó disenso de los contrayentes, y pueden deshacerse y remitirse uno á otro recíprocamente el derecho que tienen para obligarse á la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble, como por este.

## 2.º ESCRITURA DE APARTAMIENTO Y DISOLUCION DE ESPONSALES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Francisca de tal, vecinos de ella, di-

ieron que en tal dia, mes y año, contrajeron esponsales de futuro y se dieron mutua palabra de casarse *in facie Ecclesie*, y para su mayor firmeza se entregaron tales alhajas (*se expresarán las que sean*), obligándose á que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito de el otro contrayente. Y mediante convenirles ahora apartarse de ellos, para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos y de ningun valor ni efecto, como sino los hubieran contraido; y los otorgantes recíprocamente uno al otro por libres é indemnes entera y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas, se dejan en plena libertad, y confieren el mas eficaz é irrevocable poder que necesitan para que cada uno use de ella, y se case ó elija otro estado á su arbitrio, sin licencia, intervencion ni consentimiento de el otro, del mismo modo que antes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamas hubiera habido tales esponsales; á cuyo fin se desisten y separan de todas las acciones que para impedirselo les competian, las que dan por fenecidas y acabadas, se devuelven las referidas alhajas, y suplican á los señores Jueces competentes los hayan por apartados y libres enteramente para disponer de sus personas, segun les convenga. Y bojo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz, tal como esta , se obligan á que jamas se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total ni parcialmente; y si lo hicieren, quieren que á mas de no oírseles en juicio ni fuera de él, se les compela á su observancia y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato. Y al cumplimiento de este obligan sus personas y bienes, muebles, raices &c.: *proseguirá como la anterior.*

*Nota.* En esta escritura y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes, y aunque sean nobles, no les sufraga el privilegio. Si cada uno, por no existir ambos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que lo haga primero, lo otorgará con la expresa calidad y condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros términos, porque de no prevenirse asi, puede aquel quedar ligado, y este en libertad; lo cual no es justo.

3.<sup>a</sup> LICENCIA DE PADRE Á HIJO PARA CASARSE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Pedro de Meneses, vecino de ella, dijo: que Don Juan de Meneses, su hijo, menor de veinte y cinco años, procreado en su matrimonio con Doña Gertrudis de Ribas, tiene determinado casarse con Doña Matilde de los Rios, de estado soltera, hija de &c.; y para poder practicarle, y que en el tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia y consentimiento que previene la Real pragmática de 28 de abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad y demas apreciables que para efectuar esta alianza y enlace se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que da y concede amplia licencia y facultad al mencionado Don Juan de Meneses, su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun orden de nuestra Santa Madre Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, á cuyo efecto de su libre y espontánea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma á no revocar ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio ni fuera de el, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabildades, y á fin de que se le compela, da poder á los señores Jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retrajese, y asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, residentes en esta villa.

*Nota.* Los hijos de títulos de Castilla necesitan á mas del consentimiento de sus padres ó personas que deben dárselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes esta, y dar cuenta antes á la Real Persona; y si son militares, del Consejo de Guerra tambien: por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores ó personas que se las concedan, para que no haya embarazo; bien que no debe haberlo, respecto á que se han de presentar y hacer constar al juez eclesiástico, y asi nada importa aunque se omita su relacion.

## CAPITULO SEGUNDO.

*De las escrituras matrimoniales.*

- |                                                                                                   |                                                                                    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Diversas clases de estas escrituras. 1. <sup>a</sup> <i>promesa de dote y capital.</i>      | esposa de los bienes que lleva al matrimonio.                                      |
| 2. De otra escritura llamada <i>consentimiento de ambos contrayentes</i> , que no está ya en uso. | 4. Escritura de capital, que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio. |
| 3. Carta de pago y recibo que el esposo otorga á favor de su                                      | <i>Modelos de escrituras correspondientes á este capítulo.</i>                     |
|                                                                                                   | 1. <sup>a</sup> Decapitulaciones matrimoniales.                                    |
|                                                                                                   | 2. <sup>a</sup> Escritura de capital.                                              |

1. **L**as escrituras matrimoniales, ó que se hacen con motivo de los casamientos, tienen diversos nombres. Una se llama *Promesa de dote y capital*, que es de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote y caudal suyo propio, y de los que tiene el esposo, ó sus padres le han de dar para ayuda de mantener las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *Capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos, ó no hacer para cada cosa una escritura, otorgan esta, en la cual suelen intervenir los padres, tios ó curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donacion *propter nuptias* que el esposo ó sus padres hacen á la esposa, de cuya extension trata la ley 87. tit. 18. Part. 3.; como tambien en qué especies han de llevar los contrayentes su dote y capital; que ha de dar el novio á la novia cada año por razon ó con titulo de alfileres, que es para vestirse y otras necesidades y adornos mugeriles, de lo que ha de poder ella disponer libre y absolutamente como dueña, y de lo que con ello adquiera tambien, no reputándose jamas lucrado en el matrimonio, ni debiendo incluirse en el inventario que se ejecute por muerte del novio, sino tenerse como bienes parafernales de la novia, y entenderse que los ha reservado para sí privativa y exclusivamente, y que con esta condicion los posee sin intervencion ni dependencia del novio ó marido. Asi se estila pactar entre los grandes, títulos y otras personas pudientes, y se observa el pacto nupcial, porque todo se estima como alimentos que el marido da á su muger, motivo por el cual hace suyo lo que ahorra. Asimismo estipulan la viudedad anual que ha de go-

3.<sup>a</sup> LICENCIA DE PADRE Á HIJO PARA CASARSE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Pedro de Meneses, vecino de ella, dijo: que Don Juan de Meneses, su hijo, menor de veinte y cinco años, procreado en su matrimonio con Doña Gertrudis de Ribas, tiene determinado casarse con Doña Matilde de los Rios, de estado soltera, hija de &c.; y para poder practicarle, y que en el tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia y consentimiento que previene la Real pragmática de 28 de abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad y demas apreciables que para efectuar esta alianza y enlace se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que da y concede amplia licencia y facultad al mencionado Don Juan de Meneses, su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun orden de nuestra Santa Madre Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, á cuyo efecto de su libre y espontánea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma á no revocar ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio ni fuera de el, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabildades, y á fin de que se le compela, da poder á los señores Jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retrajese, y asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, residentes en esta villa.

*Nota.* Los hijos de títulos de Castilla necesitan á mas del consentimiento de sus padres ó personas que deben dárselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes esta, y dar cuenta antes á la Real Persona; y si son militares, del Consejo de Guerra tambien: por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores ó personas que se las concedan, para que no haya embarazo; bien que no debe haberlo, respecto á que se han de presentar y hacer constar al juez eclesiástico, y asi nada importa aunque se omita su relacion.

## CAPITULO SEGUNDO.

*De las escrituras matrimoniales.*

- |                                                                                                   |                                                                                    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Diversas clases de estas escrituras. 1. <sup>a</sup> <i>promesa de dote y capital.</i>      | esposa de los bienes que lleva al matrimonio.                                      |
| 2. De otra escritura llamada <i>consentimiento de ambos contrayentes</i> , que no está ya en uso. | 4. Escritura de capital, que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio. |
| 3. Carta de pago y recibo que el esposo otorga á favor de su                                      | <i>Modelos de escrituras correspondientes á este capítulo.</i>                     |
|                                                                                                   | 1. <sup>a</sup> Decapitulaciones matrimoniales.                                    |
|                                                                                                   | 2. <sup>a</sup> Escritura de capital.                                              |

1. **L**as escrituras matrimoniales, ó que se hacen con motivo de los casamientos, tienen diversos nombres. Una se llama *Promesa de dote y capital*, que es de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote y caudal suyo propio, y de los que tiene el esposo, ó sus padres le han de dar para ayuda de mantener las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *Capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos, ó no hacer para cada cosa una escritura, otorgan esta, en la cual suelen intervenir los padres, tios ó curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donacion *propter nuptias* que el esposo ó sus padres hacen á la esposa, de cuya extension trata la ley 87. tit. 18. Part. 3.; como tambien en qué especies han de llevar los contrayentes su dote y capital; que ha de dar el novio á la novia cada año por razon ó con titulo de alfileres, que es para vestirse y otras necesidades y adornos mugeriles, de lo que ha de poder ella disponer libre y absolutamente como dueña, y de lo que con ello adquiera tambien, no reputándose jamas lucrado en el matrimonio, ni debiendo incluirse en el inventario que se ejecute por muerte del novio, sino tenerse como bienes parafernales de la novia, y entenderse que los ha reservado para sí privativa y exclusivamente, y que con esta condicion los posee sin intervencion ni dependencia del novio ó marido. Asi se estila pactar entre los grandes, títulos y otras personas pudientes, y se observa el pacto nupcial, porque todo se estima como alimentos que el marido da á su muger, motivo por el cual hace suyo lo que ahorra. Asimismo estipulan la viudedad anual que ha de go-

zar la novia por muerte de su marido de los mayorazgos que posee, y que para ello sacará ú obtendrá este la competente facultad dentro de cierto término; y no haciéndolo, se la da poder en la capitulacion para que ella lo obtenga. Tambien suelen imponerse alguna pena convencional contra el que se retractare de lo estipulado, y despues que se casan ó el dia antes otorgan las respectivas escrituras de dote y capital, con referencia é insercion de la de capitulaciones, porque estas no lo son, ni por ellas se califica lo que entraron en su matrimonio, sino solamente la promesa de lo que ha de ser. Del modo de extender la escritura trata la ley 84. tit. 18. Part. 3.; pero rara vez se ofrece, ni se hace separada, antes bien se inserta su contexto en la de capitulaciones por la propia razon que la de promesa de dote y capital.

2. Otra se llama: *Consentimiento de ambos contrayentes en casarse*, cuya extencion trae la ley 85. tit. 18. Part. 3.; pero no se estila esta escritura, porque hoy se celebra el matrimonio ante el párroco y testigos, segun la disposicion del Concilio, y lo que suele hacerse, es darse los contrayentes al tiempo de otorgar las capitulaciones palabra mutua de casarse, ofrecerse ó entregarse arras en señal de matrimonio, y pactar que han de celebrarlo con arreglo á lo prevenido por nuestra Santa Madre Iglesia, pues si falta este requisito incurrirán en las penas que la ley 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. impone á los que clandestinamente lo contraen; por cuya palabra mutuamente dada y aceptada, contraen esponsales de futuro, y quedan ligados para no poder casarse con otra persona sin previo consentimiento del otro contrayente; de cuyos esponsales ó palabra de casamiento, y para su apartamiento extenderé las correspondientes escrituras. Pero si son hijos de familia menores de veinte y cinco años, han de obtener la licencia de sus padres, segun y como se previene en la pragmática-saucion de 28 de abril de 1803 (ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.) segun se ha dicho.

3. Otra es la carta de pago y recibo que el esposo estando próximo al dia del matrimonio, ó despues de contraido, otorga á favor de su esposa de los bienes que trae á su poder para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, ya sea voluntariamente, precediendo ó no capitulaciones, ó apremiado por el juez en caso de querer recibirlos y resistirse á su otorgamiento, pues al modo que si no quiere recibir la dote ó parte de ella, nadie le puede precisar á ello, del mismo modo recibéndola se le puede estrechar á dar resguardo de lo que se le entrega. Pero es de advertir, que así como el novio debe especificar las deudas

que tiene cuando se casa, si ha salido de la patria potestad, segun diré en el párrafo siguiente; de la misma manera debe hacerlo la novia en igual caso y circunstancias, pues lo que importen, es menos dote, y de omitirlo se perjudica al novio. De esta escritura trata la ley 86. tit. 18. Part. 3., y como regular y comun en la práctica la extenderé para instruccion del escribano (\*).

4. La otra es el capital que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio, cuya escritura formaliza á su favor su muger por sí sola, ó juntamente con sus padres si los tiene, y en caso que estos no quieran intervenir, con su citacion judicial, para que cuando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó á él; que aumentos ó menoscabos hay; y lo que legítimamente les toca: pues de no hacerlo, se contemplarán todos, excepto la dote, por gananciales; y si la muger muere antes, será perjudicado su marido; y muriendo despues, sus hijos, ó tendrán que justificar por otro medio lo que llevó al matrimonio para no serlo. Puede hacerse antes ó despues de casarse. Si se hace antes, no es menester que la muger jure no haber sido conuinada por el esposo, porque no está bajo de su dominio, y no puede violentarla. Si lo otorga despues, no necesita licencia de su marido, porque por el propio hecho de formalizarlo á su favor es visto dársela; y es mejor que lo otorgue despues, porque si lo hace antes, y está en su casa ó en la de sus padres ó de otro, no puede saber ni declarar si el marido futuro tiene ó no aquellos bienes, y si despues de casada, como que ya los ha visto. Si precedió capitulacion al matrimonio, y en ella ó en la carta dotal se obligó á otorgar despues de casada el capital, tampoco necesita jurar que el marido no la violentó, pues la formaliza en cumplimiento de la obligacion contraida entonces, en cuyo tiempo estaba libre de su dominio, y no la podia violentar, y así no es del caso el juramento. No ha de obligarse la muger á restituir al marido su importe, como algunos ignorantes suponen, confundiendo un instrumento con otro, sin distinguir los fines, efectos y naturaleza de cada uno, porque no los recibe ni se la entregan ni se la trasfiere su dominio, como al marido el de los suyos, ni tiene potestad para manejarlos, usar y disponer de ellos sin permiso del marido, ya sean ó no estimados, y por lo mismo no puede ser compelida á responder de lo que no recibe; por lo que se obligará únicamente á tener-

\* Al fin del capítulo 5 de este título se hallará el modelo de la carta de pago y recibo de aquella, por corresponder mas bien allí que á este lugar.

los por caudal de su marido y fondo puesto por él en la sociedad conyugal, deduciéndose previamente su dote, arras y demas bienes que ella hereda, ó la donen durante el matrimonio, á fin de que el residuo se estime por lucrado y adquirido en dicho tiempo, y de lo que corresponda al marido se la satisfagan con la preferencia correspondiente las arras que la haya ofrecido, teniendo cabimiento en la décima. Concurrirá tambien el marido á esta escritura, declarará con juramento en caso de no estar bajo la patria potestad si aquellos bienes son ó no suyos, qué cargas tienen los raices y demas que admiten gravamen, á quanto ascienden y que no estan sujetos á otra. Tambien dirá si tiene algunas deudas contra sí y su importe, con expresion de no tener otras, obligándose á declarar y dejar apuntado lo que gaste en la cobranza de las que tenga á su favor para evitar perjuicios á su muger ó herederos en caso de que no haya mas gananciales, ó aun cuando existan; pues la corresponden la mitad de las expensas, y deben aplicársela, deduciéndose del capital del marido, pues á no haberlas hecho en la cobranza de sus créditos estarian existentes; y la tocara su mitad. Si es viudo con hijos debe hacer descripcion, antes de volverse á casar, de los bienes que existan en su poder pertenecientes á estos, obligándosele á restituirselos para que no sean perjudicados en su legitima materna.

*Escrituras correspondientes á este capitulo.*

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Pedro y Doña Juana de tal, su muger, Don Francisco, su hijo, Don Diego y Doña Elena, consortes, y Doña Maria, su hija, de estado doncella, todos naturales y vecinos de esta villa, y mayores de veinticinco años, y las referidas Doña Juana y Doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la ley 55 de Toro, que pidieron á sus respectivos maridos, y estos las concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fe: dijeron que mediante la Divina voluntad, y para su santo servicio tienen tratado que los enunciados sus hijos contraigan matrimonio segun orden de nuestra Santa Madre Iglesia Católica Apostólica Romana, y determinado darles diferentes bienes á fin de que puedan mantener las obligaciones de su estado; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y es-

pontánea voluntad = Otorgan que pactan y capitulan lo siguiente:

Que los mencionados Don Francisco y Doña Maria se han de casar *in facie Ecclesie* tal dia, precedida la solemnidad que previene el Santo Concilio de Trento, por palabras de presente que constituyen legitimo y verdadero matrimonio, no resultando impedimento canónico ú otro accidental, porque deba diferirse y velarse á su tiempo, para lo cual los expresados Don Diego y Doña Elena prometen al citado Don Francisco á su hija por esposa y muger; y estos á mi presencia se dan mutuamente su fe y palabra de futuro de casarse, de que doy fe, y se obligan á no retractarse, ni contraer esponsales con persona alguna sin previo consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion; y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fe, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que se aparte de su cumplimiento la satisfaga al otro, y pagada ó no, ó graciosamente remitida, quieren ser apremiados por todo rigor á celebrar el matrimonio y satisfacer las costas y daños que el infractor cause al otro interesado, cuya liquidacion desieren en su juramento, y se relevan de otra prueba, y mediante la licencia que los nombrados Don Pedro y Don Diego han dado á sus hijos para imponerse pena, satisfacerla, y las costas y daños que se originen por su contravencion, y que estos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practiquen con ellos, y no con sus hijos todas las diligencias concernientes á su exaccion, á cuyo fin se constituyen principales pagadores, y sujetan á su integra responsabilidad y satisfaccion.

Que los prenotados Don Pedro y Doña Juana darán al citado Don Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies en cuenta de sus legítimas, y los enunciados Don Diego y Doña Elena á su hija Doña Maria tanta en dote con la misma calidad en dinero y bienes muebles, una y otra para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, cuyas cantidades y bienes se obligan á entregarles para tal dia, vispera de el en que se casen, y no haciéndolo así respectivamente, ninguno de sus hijos ha de ser compelido á casarse; y si por algun accidente no pudiere ser efectiva su entrega, queda á eleccion de estos el cumplir ó no la palabra dada, por cuyo motivo se han de anular como desde ahora anulan los esponsales contraidos.

El mencionado Don Francisco atendiendo á la honestidad, virtud y loables prendas de que está naturalmente adornada su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, la ofre-

ce por aumento de dote, ó en arras y donacion *propter nuptias*, segun mas util y propicio la sea, si llegare á efectuarse el matrimonio, tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los que, y en los demas que adquiriese, constante él, se la consigna á su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho á esta donacion.

Que ha de otorgar á favor de su futura esposa carta de pago y recibo, asi de los bienes que sus padres la ofrecieron en dote y la entreguen, como de los demas que lleve á su poder, y la regalen otras cualesquiera personas, previniéndole con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere á sus padres, no esté obligada á traer á colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que le prometieron y dieron de su propio caudal, y en ella reiterará la donacion que la deja hecha, á todo lo cual se obliga en forma, como igualmente á formalizar á su favor escritura de aumento de dote, en el caso que sus padres mueran, de lo que por su fallecimiento la toque, á fin de que constando el importe de su legitimo haber, no sea perjudicada en él, y obre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea reciprocamente igual, se obligan dichos Don Diego y su hija á otorgar tambien á favor del enunciado Don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve á su matrimonio, y demas que herede por muerte de sus padres ú otro motivo, á fin de que al tiempo de su disolucion se tengan y estimen por suyos propios, se deduzcan antes que los gananciales y despues de la dote, arras y demas que herede la expresada Doña María, y ninguno sea perjudicado en su haber legitimo; y si el mencionado Don Diego no concurriese á su otorgamiento, se tenga y sea suficiente que lo firme la prenotada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni citacion judicial ni extrajudicial, ni por esta causa deje de obrar los efectos correspondientes, cuando el matrimonio se disuelva.

Los referidos Don Pedro, Don Diego y sus mugeres se obligan á no mejorar en el tercio de sus bienes por contrato entre vivos, ni en última disposicion á los demas hijos suyos; y si lo hicieren, quieren que no valga, y que la mejora se tenga y estime como no hecha, para lo cual se conforman con lo dispuesto por la ley 22 de Toro, previniendo que si les hiciesen algun legado, se ha de deducir del quinto, y no entenderse parte del tercio, aunque en él se exprese y mande lo contrario.

*Aqui se pondrán las demas condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente.*

Con cuyas calidades y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su contexto obligan todos sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder á los señores jueces de esta villa para que los compelan á él como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben; renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor para que jamas les aproveche su auxilio; y las susodichas Doña Juana y Doña Elena renuncian la ley 61 de Toro, que dice: (*Aqui se pondrá la cláusula que extenderé en el cap. 29. §. 16. tit. 4. del lib. 2. : y luego dirá:*) Asi lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

*Nota.* No puse en la escritura precedente de capitulaciones la solemnidad correspondiente á los contratos de menores, porque supongo que los esposos de futuro son mayores de veinte y cinco años, y que estan bajo de la patria potestad, pues no es incompatible que lo sean y lo esten; pero si fueren menores, no lo omitirá el escribano. Notarán algunos que solo hice mencion especifica de la ley 61 de Toro, y omití la renunciacion de las demas civiles que los escribanos acostumbran poner en los contratos de mugeres sin mas motivo que ser costumbre; y para satisfacer á su reparo, les digo que cuando la muger se obliga por su hecho propio por ser realmente principal obligada, y no fiadora, no tiene que hacer mas renunciacion que el hombre mayor de veinte y cinco años capaz de contraer, porque no la favorece en este caso la disposicion del Emperador Justiniano, y el senadoconsulto Veleyano, ni otra civil, canónica ni real, y antes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles que citaré en dicho capitulo; excepto que haya dolo, violencia ó miedo grave que cae en varon constante, pues justificado, aunque sea hombre el contrayente, se anulará el contrato; á mas de que por la dote que promete á su hija, y donacion que hace á su hijo, queda obligada, segun consta de las leyes *Si dotare.* 12. Cod. *ad senatusconsultum Vellejanum.*, y 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., interviniendo para ello, si estuviese casada, licencia de su marido; con que en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes que no hay, y no versan en el asunto.

to, y solo será bueno hacer la renunciación, cuando se constituye fiadora; pero entonces ha de ser de la ley de Partida que se lo prohíbe; bien que en algunos casos quedará obligada sin este requisito, como mas extensamente explicaré en el citado capítulo.

ESCRITURA DE CAPITAL.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, natural de ella, y muger de Pedro Rodriguez, vecino de esta villa, dijo: que en tantos de este mes contrajeron matrimonio, y antes de verificarlo pactaron que la otorgante habia de formalizar á su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes y efectos que tenia y llevó á él; y cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorga, confiesa y declara que el referido su marido trajo á su matrimonio, y tenia por caudal suyo propio los bienes siguientes.

*Aqui se pondrán los bienes por clases, precios y partidas, como en las escrituras precedentes.*

Importan los bienes expresados tantos mil reales de vellon, salvo error de pluma y suma, de que la otorgante se da por contenta y satisfecha á su voluntad, y aunque no parecen de presente, por ser cierta y efectiva su existencia, y haberlos traído su marido y puesto por fondo en la sociedad conyugal, y tenerlos cuando se casaron, renuncia la ley 9. tit. 1. Part. 5. que trata de la entrega y recibo, los dos años que prefiere para justificarla, y la excepcion que podia oponer de no haberlos traído, y otorga á favor de su marido el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca. *(Aqui se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion, como en la primera escritura dotal, que está al fin del capítulo 5 de este titulo; pero no se ha de renunciar la ley 16 del tit. 11. Part. 4. porque habla de la dote, y no del capital del marido, y este no goza del privilegio de aquella; y luego proseguirá en esta forma:)* En su consecuencia se obliga á tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion ú otro contrato lucrativo de algun pariente ó extraño, deducido primero el importe de la dote y arras de la otorgante, y demas que por herencia, legado, donacion ó cesion recaigan en ella, para que á

ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber cuando el matrimonio se disuelva, á lo que quiere ser compelida por todo rigor legal; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios y multiplicados, da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que á todo la apremien como por sentencia &c. *(Aqui se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes que dejo extendidas en la escritura de capitulaciones, y el juramento que extenderé en el cap. 29. párrafo 16. tit. 4. del lib. 2., previniendo que si otorga el capital antes de casarse, no necesita juramento: y luego prosigue la escritura:)* Y el enunciado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor, y á una señal de cruz en solemne forma, que todos los bienes contenidos en este capital son suyos propios; que no estan afectos á responsabilidad alguna; y que &c. *(Aqui tendrá presente el escribano lo que expliqué al fin del párrafo 4.º de este capítulo, y lo pondrá según ocurra el caso, y sea el caudal; pues si el marido no tiene deudas á su favor, es superfluo decir que declarará las que cobre ó no, ni mencionar gastos de cobranza; y si los bienes son muebles, tampoco hay que hablar de cargas, y basta jurar que son suyos, y que no tiene deudas contra sí, ó expresar las que sean, y añadir que no tiene mas.)*

*Nota.* Omití en esta escritura la licencia de marido á muger, que previene la ley 5º de Toro, porque por el mismo hecho de otorgarla á su favor, es visto dársela, y este es uno de los casos en que no la necesita, como explicaré en el citado capítulo 29; pero conviene poner el juramento y declaracion del marido ó del novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio, pues algunos dicen que son ricos, y si se averigua suelen ser muy pobres, por estar debiendo tanto ó mas que lo que tienen, y por medio del juramento se apura la verdad. Asi sucedió en cierto capital que pasó ante mí, que habiéndome dado el marido futuro puntual razon de los bienes que poseía y sus precios, cuya tasacion excedia de veinte mil reales, le dije que habia de declarar con juramento qué deudas tenia contra sí; y aunque no le sentó bien esta proposicion porque no queria que se descubriesen, se vió precisado á darme razon de ellas, y quedó reducido su haber á poco mas de tres mil reales, y sino hubiera usado de esta precaucion, seria perjudicada gravemente su muger; pero prevengo que no basta poner el ju-  
T. I. 5

ramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibírselo el escribano en solemne forma. Mas si el hijo está bajo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento, porque como no puede haberlos gravado ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para cuando se case ó herede, es nula la obligación que constituya, como lo dice la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. que insertaré en dicho capítulo; no es necesario su juramento ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de este en la escritura, con la cláusula de que, aun cuando el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y puedan exigirlo como donacion *propter nuptias*, hecha por contrato oneroso que obliga al novio á disponer de su persona; y si este nada lleva, se dirá que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará á su entrega, disuelto el matrimonio; todo lo cual se entiende no pactando otra cosa. Esta donacion y el instrumento deben hacerse antes de casarse para su estabilidad; expresando que si el novio muere antes, no se tenga por hecha durante el matrimonio; pues por derecho es nula: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos. Y lo segundo, que si la novia es viuda y tiene sucesion legitima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida y muerte del quinto de sus bienes, de cuyo importe deberá enterrarla y hacer sus exequias funerales en caso que la sobreviva, existiendo la sucesion.

*Otra.* Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital bajo de un contexto para evitar gastos á los interesados, hablando en la introduccion los dos, despues seguirá el marido solo con la recepcion de la dote y obligacion á responder de ella, y luego su muger con el otorgamiento del capital; volviendo á hablar los dos en la conclusion del instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno á su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el escribano é interesados el hacer asi cada instrumento, ó separadamente.

## CAPITULO TERCERO.

*De la dote.*

- §. 1. Diversos nombres que se da á los bienes de los casados.
2. Definicion de la dote.
3. De cuantas clases son los bienes dotales.
4. Casos en que se trasfiere al marido asi el dominio civil como el natural de los bienes dotales.
5. ¿Cuándo corresponde al marido el dominio civil solamente de los bienes dotales?
6. ¿En que tiempos puede constituirse y aumentarse la dote; y de cuantos modos puede esta darse?
7. ¿Cuándo habrán de tenerse por aumento de dote y no por réditos las utilidades percibidas de la cosa dotal?
8. ¿Que clase de bienes puede llevar en dote la muger?
9. ¿Que deberá hacer la muger cuando el marido disipe ó desfalque su dote?
10. ¿Que requisitos son necesarios para que el marido pueda vender los bienes dotales inestimados?
11. Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por el marido, deberá satisfacérsela el valor de ellos disuelto el matrimonio.
12. Si el marido no tuviere con que reintegrar los bienes dotales que vendió, ¿como podrá la muger resarcirse?
13. La obligacion de dotar es propia y peculiar del padre.
14. El padre está obligado á dotar á su hija natural.
15. La madre no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes.
16. El padrastro ó la madrastra no tienen obligacion de dotar á sus hijastras de sus propios bienes.
17. El hermano que tiene bienes en comun ó proindiviso con su hermana, se entiende que la dota de los que la corresponden, y no de los suyos propios.
18. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento tercio ni quinto de sus bienes.
19. La dote debe pagarse de los bienes gananciales si los hubiere.
20. No habiendo gananciales se presume que el padre, si promete dote á su hija, lo hace de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella.
21. Si el padre habiendo casado una hija y dándola cierta dote, casare otra y la ofreciere tambien dote de

ramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibírselo el escribano en solemne forma. Mas si el hijo está bajo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento, porque como no puede haberlos gravado ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para cuando se case ó herede, es nula la obligación que constituya, como lo dice la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. que insertaré en dicho capítulo; no es necesario su juramento ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de este en la escritura, con la cláusula de que, aun cuando el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y puedan exigirlo como donacion *propter nuptias*, hecha por contrato oneroso que obliga al novio á disponer de su persona; y si este nada lleva, se dirá que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará á su entrega, disuelto el matrimonio; todo lo cual se entiende no pactando otra cosa. Esta donacion y el instrumento deben hacerse antes de casarse para su estabilidad; expresando que si el novio muere antes, no se tenga por hecha durante el matrimonio; pues por derecho es nula: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos. Y lo segundo, que si la novia es viuda y tiene sucesion legitima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida y muerte del quinto de sus bienes, de cuyo importe deberá enterrarla y hacer sus exequias funerales en caso que la sobreviva, existiendo la sucesion.

*Otra.* Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital bajo de un contexto para evitar gastos á los interesados, hablando en la introduccion los dos, despues seguirá el marido solo con la recepcion de la dote y obligacion á responder de ella, y luego su muger con el otorgamiento del capital; volviendo á hablar los dos en la conclusion del instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno á su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el escribano é interesados el hacer asi cada instrumento, ó separadamente.

## CAPITULO TERCERO.

*De la dote.*

- §. 1. Diversos nombres que se da á los bienes de los casados.
2. Definicion de la dote.
3. De cuantas clases son los bienes dotales.
4. Casos en que se trasfiere al marido asi el dominio civil como el natural de los bienes dotales.
5. ¿Cuándo corresponde al marido el dominio civil solamente de los bienes dotales?
6. ¿En que tiempos puede constituirse y aumentarse la dote; y de cuantos modos puede esta darse?
7. ¿Cuándo habrán de tenerse por aumento de dote y no por réditos las utilidades percibidas de la cosa dotal?
8. ¿Que clase de bienes puede llevar en dote la muger?
9. ¿Que deberá hacer la muger cuando el marido disipe ó desfalque su dote?
10. ¿Que requisitos son necesarios para que el marido pueda vender los bienes dotales inestimados?
11. Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por el marido, deberá satisfacérsela el valor de ellos disuelto el matrimonio.
12. Si el marido no tuviere con que reintegrar los bienes dotales que vendió, ¿como podrá la muger resarcirse?
13. La obligacion de dotar es propia y peculiar del padre.
14. El padre está obligado á dotar á su hija natural.
15. La madre no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes.
16. El padrastro ó la madrastra no tienen obligacion de dotar á sus hijastras de sus propios bienes.
17. El hermano que tiene bienes en comun ó proindiviso con su hermana, se entiende que la dota de los que la corresponden, y no de los suyos propios.
18. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento tercio ni quinto de sus bienes.
19. La dote debe pagarse de los bienes gananciales si los hubiere.
20. No habiendo gananciales se presume que el padre, si promete dote á su hija, lo hace de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella.
21. Si el padre habiendo casado una hija y dándola cierta dote, casare otra y la ofreciere tambien dote de

sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada esta en iguales términos que aquella.

22. Aunque solo el padre dote á la hija, se deberá satisfacer la dote de los gananciales, aun cuando la madre no concorra ni preste su consentimiento.

23. Se entiende lo dicho en el párrafo anterior no solo cuando el padre dote de los mismos bienes ganados en el matrimonio, sino aun cuando se entregue á la hija dotada alguna finca que cualquiera de los consortes hubiere llevado al matrimonio.

24. La madre no puede prometer dote á su hija ni pagarla de los gananciales sin licencia del marido.

25. Si el padre no quisiere casar á la hija, siendo esta mayor de veinte y cinco años, podrá la madre dotarla con licencia de juez y conocimiento de causa.

26. Si despues de haber prometido cierta dote á la hija el marido y la muger juntos, renunciare esta los gananciales, ha de pagarse no

obstante de ellos.

27. Si el marido y la muger habitaren en un pueblo donde no se comunican los gananciales, puede esta repetir de aquel lo que prometió en dote á la hija de ambos, aunque no lo haya protestado.

28. Tambien se ha de satisfacer de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció á su hija.

29. Si el que da ó recibe la dote apreciada se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio.

30. Por cuales causas gana el marido la dote que su muger llevó al matrimonio.

31. A quien pertenecen los frutos de la dote durante el matrimonio.

32. De la dote confesada, y de los efectos que produce dicha confesion.

33. Casos en que perjudica al marido ó le impone responsabilidad la confesion jurada hecha por contrato entre vivos.

34. La confesion del marido no perjudica á sus herederos forzosos ni acreedores, si la hizo en fraude de ellos.

1. **P**ara la debida inteligencia de las materias que van á tratarse en este capítulo y el siguiente, es necesario advertir en primer lugar, que los bienes de los casados tienen diversos nombres, segun su diferente naturaleza. Unos se llaman *dotales*, y son los que la muger ú otro en su nombre entrega á su marido para ayudar á mantener las cargas matrimoniales. Otros se denominan *parafernales* ó *extradotales*, y son los que la

muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada. De unos y otros se tratará en este capítulo y los siguientes. Otros se llaman *antifernales* ó *contradotales*, y son los que el marido señala á su muger por compensacion de su dote, de cuyos efectos, conveniencias y otras cosas trata Antonio Gomez en la ley 50 de Toro, núm. 9 y siguientes; y por no necesitar saberlos el escribano, se omite su explicacion. En estos bienes tiene el marido el dominio y el usufructo. Otros se apellidan *propios*, y son los que cada cónyuge lleva al matrimonio, y hereda ó adquiere durante él por última voluntad ó por contrato lucrativo, y á estos llaman tambien *hereditarios*. En todos ellos tiene su dueño la propiedad y el dominio natural; pero los frutos y rentas que produzcan son comunes á entrambos consortes, y el marido los administra para sostener con ellos las cargas del matrimonio (1), si al tiempo de casarse no se hubiere pactado expresamente otra cosa entre los dos en cuanto á los parafernales, como pueden hacerlo. Finalmente otros se denominan *comunes gananciales* ó *multiplicados*, y son los que adquieren los consortes durante el matrimonio por su trabajo, industria, compra ó en otra manera semejante mientras viven juntos. Pasemos ahora á explicar la primera especie de estos bienes.

2. Dote, entendida esta voz en el sentido jurídico, es lo que en dinero, alhajas ú otros bienes da la muger al marido, ú otro en nombre de ella, para ayudar á sostener con sus frutos ó producto las cargas del matrimonio.

3. Los bienes en que consiste la dote son de dos clases, á saber, *adventicios* ó *profecticios*. Adventicios son los que entrega al marido la muger misma, ó su madre, tio, primo ó pariente por línea materna, ó algun extraño en su nombre; ó bien los que la muger adquiere con su industria antes de casarse, ó los que la da algun extraño. Llámense *adventicios*, porque no provienen del padre, abuelo ni otro ascendiente por esta línea. *Profecticios* son los que la da su padre ú otro pariente por línea paterna, ó algun extraño por respecto y atencion de su padre (2).

4. Aunque la dote es patrimonio propio de la muger, se transfiere irrevocablemente al marido asi el dominio civil como el natural de los bienes dotales en dos casos: 1.º cuando la dote consiste en bienes muebles que se consumen con el uso, y son los que se cuentan, miden y pesan, ó dinero; 2.º cuan-

1 Leyes 2 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. 2 -Ley 2. tit. 11. Part. 4.

do aunque sean de otra clase, se le dan valuados con estimacion que causa venta, esto es, cuando se aprecian de tal suerte que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan. En ambos casos pueden hacer de los bienes dotales lo que quiera como si fuesen suyos, y es de su cuenta y riesgo el incremento ó deterioro que tuvieren, aunque este no haya acaecido por culpa suya (1).

5. Pero cuando los bienes dotales son inmuebles y el marido los recibe sin apreciar ó con estimacion que no causa venta, esto es, que se hace solo para saber el valor de los bienes, pertenece á la muger el dominio natural irrevocable en ellos, como tambien su deterioro ó aumento, y el dominio civil, que es la administracion y el usufructo, al marido, quien no puede enagenar, obligar ni hipotecar dichos bienes, aunque su muger lo consienta; porque jamas se traslada á él su dominio natural y verdadero (2).

6. La dote puede constituirse y aumentarse así antes como despues de contraer matrimonio, del mismo modo que la donacion hecha por el marido á la muger; y uno y otro han de tomar posesion de lo que mutuamente se den, y no de otra suerte, á menos que en el lugar de la celebracion del matrimonio haya costumbre contraria (3). Puede darse la dote puramente, ó bajo condicion, y á los plazos que se estipulen, debiendo observarse los pactos que imponga el que la diere, no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres (4), al modo que en las donaciones, porque lo son en realidad. Si alguno dota á la muger con quien cree tener parentesco, y se casa, aunque despues se verifique no ser parientes, no puede demandar lo que la dió en dote, porque es una obra de piedad, y lo mismo sucede con otras hechas tambien por igual motivo (5).

7. A veces las utilidades que se perciben del fundo ó cosa dotal no provienen de fruto, ni deben estimarse por rédito, sino por suerte principal que aumenta la dote, como cuando el novio recibe antes de casarse algunos bienes fructíferos de la novia, y se está aprovechando de ellos sin darla de vestir ni otra

1 Esto se entiende verificándose el matrimonio, porque si no tuviere efecto, aunque los bienes dotales esten en poder del novio ó esposo, toca á la novia ó esposa el deterioro ó aumento de ellos. Leyes 7, 8 y 21. tit. 11. Part. 4.

2 Ley *In rebus*. 30. Cod. de *jur. dot.*

Instit. in princip. *Quibus alienare licet vel non.*

3 Ley 1. tit. 11. Part. 4.

4 Leyes 10, 11, 13 y 30. al fin. tit. 11. Part. 4.

5 Ley 7. tit. 11. Part. 4.

cosa; en cuyo caso el importe de sus frutos es aumento, y no réditos de la dote (1).

8. La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos y acciones. Si es menor, y los bienes fueren raices, deberá intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de este (2).

9. Si la muger conoce que su marido disipa ó desfalca su dote, y viene á pobreza por su culpa, puede demandarle judicialmente que se la entregue ó afiance su responsabilidad, ó que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se la acuda con sus frutos para alimentos, á lo cual debe deferir el juez; mas no la compete esta accion, cuando la deterioracion ó menoscabo no procede de culpa de su marido (3); bien que en todos casos se la admite la demanda, especialmente si este tiene otros acreedores, para que no pierda su dote ni quede indotada.

10. El marido no puede enagenar los bienes dotales inestimados de su muger, aunque esta lo consienta verbalmente, y para que valga su enagenacion ha de intervenir su anuencia ó permiso jurado (4), concurriendo por su hecho propio al otorgamiento y celebracion del contrato, jurándolo y haciendo la renuncia en los términos que se dirá cuando se trate de los contratos y del modo de obligarse en ellos las mugeres.

11. Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por su marido, ó concurra al contrato, debe satisfacerse el valor de ellos disuelto el matrimonio. Pero si celebra el contrato por sí sola con licencia de su marido y recibe el precio, no tiene derecho á que se la satisfaga despues el valor de dichos bienes, porque cuando procede por su hecho propio como principal y única otorgante, y el marido no concurre al contrato ni ejerce otro oficio que el de darle la licencia, ninguna ley la favorece, y si solo cuando es fiadora de él ó de otro, ó con él de mancomun lo otorga (5).

12. Si el marido que vendió los bienes dotales no tuviere con que reintegrarlos, podrá la muger recobrar los mismos bienes ó su importe del comprador, á eleccion de este, haciendo previa excusion en los bienes del marido (6). Si la muger hu-

1 Leyes 7 y 12. ff. de *jur. dot.* y 7 y 28. tit. 1. Part. 4.

2 Ley 14. tit. 11. Part. 4.

3 Leyes *Si constante*. 34. ff. *solut. matrim.* 1. tit. 9 Part. 3. y 29. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 7. tit. 11. Part. 4. cap. *Licet*

*mulieres*, y cap. *Cum contingat de jurejurand.* in 6. ley 1. ff. de *fund. dot.*

5 *Gottier. de juram. confirm.* part. 1. cap. 1.

6 *Olea de cess. jur.* tit. 5. quæst. 12. num. 11.

biere consentido la enagenacion con juramento, y entonces tenia el marido bienes con que reintegrarla de su importe, no puede repetirlo disuelto el matrimonio, aunque obtenga previa relajacion del juramento; pero si carecia de bienes el marido en aquella sazón, y la muger hubiese sido enormemente engañada ó perjudicada, puede reclamar precedida la relajacion, pues aunque no se pruebe haberla obligado con amenazas el marido, el respeto debido á este junto con la lesion basta para que se rescinda el contrato de enagenacion (1).

13. La obligacion de dotar es propia y peculiar del padre, quien puede ser apremiado á dotar á la hija que está en su poder, aunque ella no tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que ofrezca si se verifica el matrimonio (2); bien que si la hija se casa contra la voluntad del padre antes de los veinticinco años con sugeto indigno de calidad ó en costumbres, no podrá ser obligado á dotarla en pena de su ingratitud é inobediencia, sino solo á darla los necesarios alimentos (3).

14. El padre natural está obligado á dar alimentos á sus hijos naturales (4); y por consiguiente lo está tambien á dotar á su hija natural, porque la dote sucede en lugar de alimentos (5). Lo mismo se entiende respecto del abuelo en el caso en que por derecho está obligado á dotar á la nieta (6), que es cuando ella no tiene bienes propios (7).

15. La madre, siendo católica (\*), no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes, ya sean dotales ya parafernales. Asi que si ejerciendo el cargo de curadora de su hija y administradora de sus bienes la dotare, se entiende que la dota de estos y no de los suyos, á menos que asi lo exprese, por cuanto está exenta de esta obligacion. Lo mismo procede para con la abuela que es tutora de su nieta y administra sus bienes; y asi pueden imputarlas los que las dieron no solo en dote sino para su manutencion; porque teniendo aquellas bienes suyos de que poder

1 Alciat. in cap. *Cum contingat*. num. 2 y 8. Gutierr. in *Authent. sacram. puber.* num. 93 y 94. Covarrub. *de sponsalib.* part. 2. cap. 2. §. 6. num. 4. et in cap. *Quamvis pactum*. part. 6. §. 4. num. 7.

2 Ley 8. tit. 11. Part. 4.

3 Ley *Qui à liberis*. §. *Si vel parens de liber. agnosc.* arg. cap. *Cum haberet de eo qui duxit*. Ferr. *Bibliothec.* verb. *dos*, num. 6 y 7.

4 Ley 5. tit. 19. Part. 4. cap. *Cum haberet de eo qui duxit in uxor.*

5 DD. in dict. ley 1. ff. *solus matrim.*

6 Salicet en la ley fin. Cod. *de dotis promiss.*

7 Ley 8. tit. 11. Part. 4. Gomez en la ley 50 de Toro, Gutierr. lib. 2. *Pract. quest.* 10.

\* Se dice católica, porque si fuere judía, mora ó de otra secta estará obligada á dotar á las hijas cristianas; como igualmente cualquiera que tiene en su poder alguna muger con todos sus bienes, si por servirse de ella y disfrutar su hacienda ó por otros fines intenta impedirle que se case. Ley 9. tit. 11. Part. 4.

vivir, no estan obligadas á criarlas ni á dotarlas (1). Pero si las ofrecieron en dote mas de lo que importan sus bienes, es visto haberlas prometido de los suyos el exceso (2); á menos que con error y en inteligencia de que los de la hija y nieta eran bastante cuantiosos, les hubiesen prometido tanto; pues probado el error, no estarán obligadas á la entrega del exceso, porque el error destruye el consentimiento (3). Y si no son curadoras ni administradoras de ellas, deben satisfacerlo de lo suyo; porque se presume haberlas hecho la oferta por razon del parentesco y afecto materno (4).

16. Ofreciendo el padrastro y la madrastra, ó el padre y la madrastra juntos, dote ó donacion al entenado ó hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes, sino de los del entenado ó entenada; y si no los tenia, se presume que la prometieron con ánimo de repetirla. Y la razon es, porque asi como el padrastro no tiene obligacion de alimentar ni tener en su poder á los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos; asi tambien por la propia razon, no es visto darles ni ofrecerles la dote ó donacion sino en los términos expuestos, á menos que claramente ó por vehementes conjeturas conste que su intencion fue no repetirla, y antes si dársela de sus propios bienes (5).

17. Si muertos los padres habitaren hermano y hermana juntos poseyendo sus bienes en comun ó *proindiviso*, y durante esta proindivision se casare la hermana, y su hermano la dotare sin expresar de qué bienes, ¿se entenderá dotada de los suyos propios ó de los de su hermano? Aunque á primera vista aparezca que debe ser de los de este, lo contrario es cierto por las razones siguientes: 1.<sup>a</sup> porque nunca se presume donacion (6); y siempre que pueda haber interpretacion á favor del donante y contra la donacion, debe asi entenderse (7); 2.<sup>a</sup> porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana, se presume que la dota de los de ella como su administrador, y en-

1 Ley 6. tit. 19. Part. 4. y ley *Siquis à liberis*. §. *Sed si filius*. ff. *de liberis agnoscend.*

2 Ley *Cum post mortem*. §. 1. et ibi glos. DD. ff. *de administrat. tutor.* Gom. en la 53 de Toro, num. 24.

3 Acev. en la ley 8. tit. 9. lib. 5. Rec. num. 0.

4 Gom. en dicha ley 53. y num. 24. vers. *Si vero mater*. Brev. *de non meliorant. filiab.* cap. 11. num. 155.

T. I.

5 Ca-till en dicha ley 53. liter. G. per text. in leg. *Si paterno*. ff. *de negot. gest.* num. 6. Sigüenz. 2. *de claus.* lib. 2. cap. 11. num. 29.

6 Ley *Si cum aurum*. 50. ff. *de solut.* Ley *Campanus*. 47. ff. *de oper. libertor.* y ley *Cum de indebito*. 25. ff. *de probation.*

7 Ley *Elegantes*. 24. §. *Qui reprobos*. ff. *de pignorat. act.*

tonces cesa la presuncion de donacion (1); 3.<sup>a</sup> porque si expiendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo hace de los bienes de este que de los suyos (2); con mayor razon se debe presumir del hermano.

18. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento tercio ni quinto de sus bienes ni otra cosa alguna, ni se entiende ser mejoradas tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, y solo se les permite donarlas lo siguiente: el que tiene docientos mil maravedis hasta quinientos mil de renta, puede darlas por sola una vez un cuento de maravedis en dote; el que pasa de los quinientos mil y llega hasta un millon y cuatrocientos mil maravedis, cuento y medio; y el que tiene millon y medio de renta, la de un año; y si tuviere mas, no deberá exceder de doce cuentos de maravedis, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso (3); pues para dotar, y que la dote se considere suficiente, se ha de atender á los haberes del dante, á los hijos que tiene, á la dignidad de las personas y costumbre de la tierra; de modo que si la dote no excede de la legitima, se tiene por suficiente, y excediendo, por inoficiosa (4). Lo mismo se ha de entender respecto de las nietas, aunque la ley no habla de ellas, porque versando igual razon, debe entenderse igualmente con ellas la misma disposicion legal, y por otras consideraciones que pueden verse en los autores (5).

19. La dote debe pagarse de los bienes gananciales si los hubiere, y no habiéndolos, si el padre y la madre juntamente hubieren ofrecido la dote, la satisfarán por mitad de sus bienes patrimoniales; pero si uno solo hiciere la oferta ó promesa, este será el que haya de entregarla por entero (6). No teniendo la madre obligacion de dotar á las hijas cuando no media promesa de su parte, puede pactar que si el padre falleciere, y no hubiere gananciales, se entienda no haber dotado ni prometido cosa alguna á la hija; pues si no lo estipula asi, se quedará esta con la mitad de la dote en cuenta de su legitima materna, y ademas percibirá íntegramente la paterna, careciendo por consiguiente la madre de aquella parte durante su vida.

20. No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre

1 Ley Nesennius. 24. ff. de negot. gest.  
2 Ley ult. ff. de heredit. petit.  
3 Leyes 6 y 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.  
4 Leyes Quæro. 60. Sive generalis. 61. y Cum post. 69. ff. Gener. ff. de jure dot.

5 Matienz en la ley 1. tit. 1. lib. 5. de la Rec. glos. 1. num. 3, 4 y 5. Bæz. de non meliorand. filiab. cap. 21 y 31. Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 14.  
6 Ley 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

promete simplemente dote á su hija legitima, se presume prometérsela de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella (1). Lo mismo se entenderá aun cuando proteste que la dota de estos y no de los suyos, porque semejante protesta no le exime de la obligacion que le impone el derecho, cuando tiene facultades para dotarla (2). Por consiguiente se presume en ambos casos que la dota de sus propios bienes, y en lo que estos no alcancen, de los de la hija; á menos que él sea pobre, en cuyo caso es claro que promete la dote de los bienes de ella (3). Mas para evitar dudas es muy conveniente, y aconsejan los autores, que el padre declare cuanto le ofrece de sus bienes, cuando estos no alcanzan para completar la dote, y cuanto de los de ella; ó que la ofrezca cantidad cierta, computado é incluso en ella todo lo que la debe por sus bienes paternos y maternos; y que se exprese asi en la escritura dotal, en cuyos casos se observará el pacto (4): lo que tendrá presente el escribano para evitar pleitos.

21. Si el padre habiendo casado una hija y dádola cierta dote, casare otra y la ofreciere tambien dote cierta de sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada esta en iguales términos que aquella; por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes propios del padre y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma (5); porque se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas (6); bien que puede dar á una hija mas dote que á la otra; y con tal que no exceda la dada á aquella de la legitima que la pueda corresponder por parte de su padre, valdrá; pero tendrá menos que percibir por muerte de este, y la menos dotada, mas (7); pues no está obligado á dar en dote todo lo que la ley permite, sino á guardar los limites que prefija el derecho en la dotacion de las hijas.

22. Aun cuando solo el padre dote á la hija ó haga donacion propter nuptias al hijo de ambos durante su matrimonio, se les deberá tambien satisfacer de los gananciales, sin embargo de

1 Ley fin. Cod. de dotis promiss. y ley Profecticia. ff. penult. y ult. ff. de jur. dot.  
2 Lo contrario se entiende cuando no es legitima la hija. Ley 8. tit. 11. Part. 4. y la glos. 2. ley final. Cod. de dotis promiss.  
3 Ley fin. et ibi DD. Cod. de dotis promiss.  
4 Hieron. Gabriel. consil. 156. num. 46. Letin. Junior ibi num. 177 y 178. y

otros varios.  
5 Socin. Senior y Ruin. in leg. 1. ff. solut. matrim. num. 144. et ibi Rip. num. 93.  
6 Ley final. Cod. communia utriusque jud. y ley. Ut liberis. Cod. de collat. Menoch. præsumpt. 15. num. 2.  
7 Bæz. de non meliorand. filiab. cap. 1. num. 25. y cap. 11. num. 161 y 162.

que la madre no concorra ni preste su consentimiento; pues por la ley está autorizado para ello; y así puede ejecutarlo por sí solo, siendo los hijos de entrambos, y cabiendo en las ganancias, según dice la misma ley citada en su segunda parte. Esto se entiende aun cuando en dotar se consuman todos los gananciales que entonces haya, sino exceden en la legítima que al hijo ó hija puede tocar, y no en otra forma, ni en más, sin que la madre tenga acción para reclamarlo ni impedirlo. Lo primero, porque la obligación de dotar de ellos á los hijos es carga del matrimonio para darles estado, y como tal comun igualmente al padre y á la madre. Y lo segundo, porque esta no adquiere dominio irrevocable en ellos hasta que aquel muere, como se verá tratando de los gananciales. Bien entendido que si la dote que el padre da á su hija, aunque sea de los gananciales, excede de la legítima que por su parte sola la puede corresponder, no valdrá en el exceso, porque no puede ser mejorada por esta razón en contrato (1), pues por él solo es dotada. Pero si no bastaren los gananciales, ó no los hubiere, pagará en este caso el padre de los suyos propios lo que falte, ó el todo de lo que prometió, en consecuencia de la obligación que el derecho le impone de dotar á sus hijas, y la madre á nada estará obligada, como dice la misma ley; se entiende cuando de su parte no hubo promesa de dotar. Lo mismo sucederá si el padre al tiempo de dar ó ofrecer la dote ó donación, expresare que es por cuenta de la legítima paterna, y no de la materna, y el hijo ó hija la reciben en este concepto; porque entonces se entiende haber dado y ofrecido únicamente de lo suyo, y querido relevar á la madre de la contribución con su mitad de gananciales; así que se le cargará su total, y no á esta, á menos que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta; pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales (y no de los patrimoniales), porque la obliga la ley á ello.

23. Milita lo dicho no solo cuando los padres dotan o hacen donación *propter nuptias* á sus hijos de los mismos bienes ganados, entregándoselos, sino aunque les entreguen alguna finca ó fincas que uno de ellos llevó á su matrimonio, ó durante este heredó; pues en ambos casos es visto que la dote y donación en cuanto á su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignación y entrega fuesen de cosa propia de alguno de los dos; porque la ley citada habla indistintamente,

1 Baez. de non meliorand. filiab. cap. 11. num. 126 hasta 129.

y no debe atenderse á la materialidad de la cosa entregada; por lo que el dueño de esta sacará su importe como capital suyo antes que se dividan los gananciales (1); á menos que al tiempo de su entrega renuncie (como puede) el beneficio de la ley, y exprese que quiere no se estime por parte de gananciales, sino como cosa propia suya, de que hace irrevocable donación al donatario ó dotada; pues entonces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de lo suyo, y no de la mitad de gananciales de la madre, y así se practica.

24. ¿Podrá la madre prometer dote á su hija sin licencia de su marido, y á consecuencia de su promesa habrá de pagarse de los gananciales? Algunos afirman que sí; pero la más segura opinión es, que no, y que si lo hace, no vale; porque la ley 55 de Toro, que es la 11. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., la prohíbe hacer contratos y cuasi contratos, y comparecer en juicio sin ella; siendo claro que en el hecho de dotar; además de privar á su marido de los frutos que le están concedidos para satisfacer las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo.

25. Pero si la hija es mayor de veinte y cinco años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pudiendo y habiendo tenido proporción, no la casó según su esfera y costumbre del país, entonces así como en cumpliéndolos puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote (2), porque por derecho está obligado á dársela, y no la madre (3); así también esta con licencia del juez y conocimiento de causa podrá dotarla. Y lo mismo procederá estando ausente el padre y no esperándose su pronto regreso (4) (\*).

26. Si después de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la mujer juntos, renunciare esta los gananciales, se ha de pagar de ellos; y no bastando para completarla, deberá suplirse lo que falte de los bienes propios de ambos, no obstante la renuncia; porque por la promesa hecha antes de esta, quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte (5), pues á ello la obliga la ley 53 de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

1 Ayor. part. 2. quest. 40. num. 42 y 43. de part. 2.

2 Ley Si filiam. y Authent. Sed si. Cod. de inoffic. testament. et ibi DD. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 7. Part. 6. glos. 5. y 8.

3 Leyes 8 y 9. tit. 11. Part. 4. Ley final. Cod. de dotis promiss. ley Qui beros, cit.

4 Morquech. de divis. bonor. lib. 2. cap. 17. num. 3 al 7.

\* Sobre esta materia de casamientos puede verse el contenido de la Real pragmática de 28 de abril de 1803, que es la ley 8. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

5 Arey. en la ley 8. num. 15. tit. 9. lib. 5. Rec. Morquech. ibi num. 8.

27. Si marido y muger habitaren en un pueblo en que no se comunican los gananciales, puede esta repetir de aquel lo que prometió juntamente con él á la hija de ambos, aunque no lo haya protestado: porque en este caso es visto haber hecho la promesa no con ánimo de donar, sino de fiar á su marido, lo cual la está prohibido (1). Pero esto se entiende, excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció; pues entonces se conceptúa haberse obligado á suplir de sus propios bienes aquello á que no alcanzan los de su marido (2).

28. Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció á su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo, porque en duda se presume haberla hecho y prometido de ella. Y aunque acerca de esto hay variedad de opiniones, es esta la mas equitativa y corriente en la práctica; porque la carga de dotar como débito causado y contraído durante el matrimonio, sigue los gananciales en él adquiridos; por lo que aunque esté disuelto, se debe pagar de lo que importen (3). Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en cuanto á ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y asi debe obrar la propia disposicion legal (4). Ultimamente debe advertirse que la dote, ya sea dada de los gananciales, ya de otros bienes por los padres juntos, no debe exceder de la legitima que por cada uno pueda corresponder á la hija, á causa de que esta no puede ser mejorada por razon de dote ni casamiento, como se ha dicho.

29. Si el que da ó recibe la dote apreciada se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en cualquier cantidad que sea, aun cuando no exceda ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal en favor de la dote (5). La accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitution, á menos que al tiempo de constituir la se renuncie, porque la ley no prefiere término para ello;

1 Leyes 61 de Toro, y *Si vir uxori*. §. fin. ff. *ad senatus consult.* Baez. de non *meliorand. filiab.* cap. 11. num. 41 y 42. Socin. consil. 5. num. 14. lib. 4. Morquech. ibi num. 10 y 11.

2 Baez. dicho num. 41 al fin. Morquech. dicho num. 11.

3 Castell. en la ley 53 de Toro, num. 2 y 43. Ayor. part. 2. quæst. 40. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 10. part. 5. glos. 1. Ma-

tienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. num. 9. y en la 8. glos. fin. Covarr. lib. 3. *Var. cap.* 19. num. 3 al fin. Acev. en la ley 8. num. 13 y 19. tit. 9. lib. 5. Baez. ibi num. 97. al 125.

4 Ley *A Titio*. ff. *de verbor. obligation.* y ley *Illud*. ff. *ad leg. aquil.* Morquech. ibi num. 13.

5 Ley 16. tit. 11. Part. 4. Gregor. Lopez en ella.

por lo cual si la muger hubiere llevado en dote bienes raices estimados, y el marido los cuidó y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se conociere en ellos ruina ni menoscabo; y sin embargo los apreciadores nombrados por sus herederos y por su muger les dieran menos valor que el que se les dió al tiempo de celebrarse el matrimonio; deberá la muger tomarlos por este menor precio, sin que los herederos del marido sean responsables de esta disminucion, la cual pudo provenir al tiempo, ó de no haber tenido realmente los bienes dotales mas estimacion cuando los llevó, aunque hubiese sido mayor su valuacion, como regularmente sucede en todas las dotes, en que se tasa por veinte lo que solo podria venderse por diez: fuera de que no transfiriéndose al marido el dominio natural de los bienes raices, no debe tenerse en cuenta su valuacion, á menos que haya aumentos ó menoscabos conocidos, de los cuales haya sido causa el mismo marido.

30. Por tres causas gana el marido la dote que su muger lleva al matrimonio, y esta la donacion que en razon de él la hace su marido. La primera cuando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, herede el todo ó parte de la dote y de la donacion el que sobreviva. La segunda por costumbre, de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno sin hijos, herede el otro lo que le donó, lo llevará, aunque nada estipulen. Y la tercera por adulterio que la muger cometa, por el cual gana el marido su dote y arras (1). Pero en los dos primeros casos está en contrario la práctica y costumbre de estos reinos; pues nada heredan, aunque el muerto no deje sucesion, á menos que conste expresamente de su última voluntad; y asi solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la décima de los bienes del marido, ó las joyas ó vestidos sino exceden de la octava parte de su dote; por lo que no se hacen en el dia estas donaciones, y aunque se hagan no valen.

31. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada (2), con tal que concurren tres circunstancias: 1.<sup>a</sup> que el matrimonio se haya celebrado segun el orden establecido; 2.<sup>a</sup> que dicho marido tenga la posesion de la dote; 3.<sup>a</sup> que sufra las cargas matrimoniales (3). Adviértase que de los bosques dotales, cuyo usufructo y utilidad consiste en cortar no solo las ramas sino los mismos árbo-

1 Leyes 23. tit. 11. Part. 4. y 15. tit. 17. Part. 7. Ley *Dotis fructus*. ff. *ead. tit.*

2 Ley *Pro oneribus*. Cod. *de jur. dot.* 3 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

les puede hacer la corta, en caso que de su tronco ó raíces nazcan otros, mas no de los árboles frutales, á menos que se sequen ó pudran (1), y entonces deberá reponer otros. Respecto de las esclavas que se dan en dote, si se diere alguna apreciada, y el marido prometiese dar el precio de ella en caso de que el matrimonio se disolviera por muerte ó sentencia judicial, entonces será de su cuenta el daño ó provecho que acaeciese á la esclava; pero no entregándosele esta apreciada, pertenece á su muger el peligro (2). Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donacion que alguno les hace, pero sí lo que ganan con su industria (3).

32. Hasta ahora se ha tratado de la dote legítima y numerada que efectivamente recibió el marido; pasemos á la confesada, esto es, á la que él mismo confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega. Esta confesion produce los efectos siguientes. No constando su recibo sino por mera confesion hecha por el marido en testamento ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio, y de tener en su casa á su muger, no es ni debe estimarse por dote, porque esta confesion, ya sea de cantidad cierta ó de otros bienes no prueba, antes bien se conceptúa hecha con ánimo de donar á la muger su importe, y por consiguiente se reputa como legado, que solo con la muerte se confirma (4); y así aunque sea jurada, no perjudica á los acreedores del conliten e en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos legítimos de este en sus legítimas (5); por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos ú otros legítimos descendientes los herederos; y en el tercio, siendo ascendientes (que es de lo que en perjuicio de ellos se le permite disponer por las leyes 6 y 28 de Toro, como se dirá en el tratado de testamentos); y así se deducirá respectivamente de dicho tercio ó quinto en cuanto alcancen, y no del acerbo del caudal inventariado, excepto que los interesados mayores se convingan en que se deduzca de este, en cuyo caso se expresará así, para que no se atribuya á impericia ó malicia del partidior. Pero siendo extraños los herederos, se bajará del cúmulo de bienes, y no del quinto ni tercio, á menos que el testador lo mande, porque á excepcion de los referidos, todos los demas se gra-

1 Rebuf. in leg. *Sylva caedua ff. de verb. significat.* vers. *Utilit.* Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 27. num. 11.

2 Ley 20. tit. 11. Part. 4.

3 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 19. tit. 9. Part. 6. Roman. consil.

445. num. 9. Paul. de Castr. consil. 383. lib. 1. col. 3. Bursat. consil. 32. num. 4. 32 y sig. lib. 1.

5 Morquech. de *division. bonor.* lib. 1. cap. 9. num. 12 y 13.

dúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho á heredarle por testamento contra su voluntad: y así puede dejarles poco ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

33. Si el marido hizo la confesion por contrato entre vivos, durante el matrimonio, no le perjudica, aunque sea jurada (1). Lo cual se limita y entiende: 1.º excepto que haya renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago; 2.º que sino la renunció se haya pasado el tiempo de oponerla, que son dos años (2); 3.º que la haya hecho disuelto el matrimonio; pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con ánimo de donar su importe á la muger ó á sus herederos; 4.º que haciéndola durante el matrimonio, esté la muger presente, pues entonces prueba contra él, á lo menos se presume hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos (3), bien que no se confirmará con su muerte en el exceso de los quinientos sueldos de oro que la ley 9. tit. 4. Part. 5 prefiere (4); 5.º que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido (5): en cuyos cinco casos le perjudicará su confesion. Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores ó de las legítimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos, cuyo fraude se puede inducir de la cualidad de las personas, cantidad que confiese haber recibido, y de otras circunstancias y congeturas, por las que se prueba el dolo (6).

1 Menoch. *præsumpt.* 12. num. 43 al 46. Covarr. lib. 1. *Var. cap.* 7. num. 5.

2 Menoch. *ibi* num. 17 y 19.

3 Alex. consil. 45. num. 5 y 6. vol. 1. Socin. consil. 62. num. 2. vol. 1.

4 Jul. Clar. lib. 4. *Sentent. §. Donat.* num. 3. Menoch. *præsumpt.* cit. num. 39 y 40.

5 Socin. in leg. 1. num. 97. ff. *solut. matrimon.* Salicet. in leg. *Donat. quas. Cod.*

T. I.

de *donat. inter virum et uxorem.*

5 Covarr. lib. 1. *Var. cap.* 7. num. 6.

Menoch. *præsumpt.* 12. cit. num. 53. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 52. vers. *Quod tamen limita.*

6 Mascard. de *probat.* lib. 1. conc. 362. Morquech. de *division.* lib. 1. y cap. 9. dicho num. 2.

## CAPITULO CUARTO.

*Del privilegio de la dote.*

- §. 1. Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote.
2. No será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes.
3. Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó alhaja determinada.
4. El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes del marido, se transfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repetición y cobranza, pero no á los extraños.
5. Aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeración y entrega, no gozará del privilegio dotal.

1. Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote, arras y bienes parafernales de su muger, cuyo privilegio y otros se concedieron á las mugeres por las grandes cargas matrimoniales que sufren, y son: el obsequio y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreacion y crianza de sus hijos, el gobierno de su casa, la conservacion y aumento de sus bienes, y otras (1); y porque no esten indotadas, pues conviene á la república que se casen, para el aumento de la poblacion (2). Bajo de este supuesto paso á explicar en qué casos será ó no privilegiada la muger casada por su dote á otros acreedores de su marido, y para instruccion del escribano digo: que siempre que la entrega de los bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior ó posterior al matrimonio, en que el escribano da fe de ella, ó por otro medio legal en que no interviene fraude ni dolo (pues

1 Ley *Assiduis*. 12. Cod. *qui potior. in pignor. hab.* Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5.

2 Leyes 1. ff. *solut. matrim.* y 2. ff. *de jure dot.*

no basta probar que la muger los tenia antes de casarse, sino que tambien ha de justificar que los entró en la sociedad conyugal), será preferida por la hipoteca tácita á todos los acreedores anteriores que la tengan, y á los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Igualmente lo será al fisco; pues sin embargo de que este y la dote gozan de igual privilegio, el del fisco se entiende, cuando es anterior en tiempo, mas no dudándose de la anterioridad, ó siendo de un tiempo mismo, porque entonces prefiere la dote, excepto que el fisco esté en posesion de los bienes del deudor. El de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio, y no desde la tradicion de los bienes dotales, aunque sea esta anterior, porque su fin es que el matrimonio se efectúe, y sirvan de ayuda los bienes para mantener sus cargas. Lo mismo sucede si es posterior, porque se retrotrae al tiempo en que el matrimonio se celebró, y por esto si la muger ú otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga este sus bienes á otro antes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior á la promesa dotal, y se retrotraerá la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró (1); aunque algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio, y asi la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues de casados los novios, goza del mismo privilegio que la que se hace antes de casarse con fe de entrega, porque como las capitulaciones preceden á la boda, y se expresa en ellas la dote que la novia ha de llevar y se promete al novio, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificándose el matrimonio y la tradicion real. Tambien será preferida á los acreedores posteriores simples sin cualidad prelativa de dominio, refeccion, funeral, &c. que tengan hipoteca especial expresa, porque es anterior en tiempo, y goza ademas del privilegio de prelacion; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita, ó expresa general en los bienes de su deudor, prefiere al segundo que la tiene tácita, ó expresa especial sin privilegio en una ó mas fincas de él (2), porque cuando el acreedor segundo llega á adquirir la hipoteca es-

1 Leyes 33. tit. 13. Part. 5. *Licet*. 7. Cod. *qui potior. in pignor. hab.* 2. Cod. *de privileg. Fisci*. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 40. Gutie r. *de juram. confirm.* part 1. cap. 46. num. 10. versic. *Hipoteca autem*. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. *Cur.*

*Philip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 12. verb. *Prelacion*, num. 30 y 31.

2 Leyes *Cui generaliter*. 2. *Potior*. 11. al principio. §. *Si colonus*. ff. *Si decreto*. 2. *Si generaliter*. 6. Cod. *qui potiores in pignor. habeant*.

pecial, ya se hallan sujetas la finca ó fincas por la general anterior á la responsabilidad de la dote, y así debe ser pagada primero esta.

2. Mas no será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes, ni la segunda á la primera, porque esta es anterior en tiempo; pero esto se limita en cuanto á los bienes dotales de aquella, que existen y son conocidos, aunque se hayan dado estimados al marido, porque como ambas dotes son de igual privilegio y naturaleza, y los bienes de la muger segunda no perdieron la de dotales por haberse apreciado, ni esta trata de adquirir nuevo dominio en ellos, sino de recuperarlo, vuelve por lo mismo á ella, y es preferida en ellos á la primera (1), y así no se darán á esta en pago de su dote; pero sino son conocidos, será satisfecha antes que la segunda; porque como no pueden separarse de los del marido por no distinguirse ni conocerse, se contemplan todos propios de este, por habersele transferido su dominio, y de ellos deben ser reintegrados de sus créditos por su orden y graduacion sus acreedores, y el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho (2), cesando el privilegio de prelacion.

3. Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó alhaja determinada, si la hipotecó especialmente á su responsabilidad, y no de otra suerte; pues en ella tendrá el acreedor derecho prelativo por la especial y expresa hipoteca (3); y es la razon, porque la hipoteca que dimana del acto es preferida como especial á todas las generales, y aunque el acreedor es posterior en tiempo segun la fecha del contrato, no lo es segun la obligacion é hipoteca, pues cuando el marido llega á adquirir el dominio y hacerse dueño de la alhaja, y esta empieza á ser obligada generalmente á la dote, ya el acreedor tiene hipoteca especial y anterior en ella, que es preferida á la general, en virtud del pacto con que se liga, y es lo mismo que si la alhaja hipotecada fuera su propio dinero, el cual no debe responder

1 Leyes 33. tit. 13. Part. 5. *In rebus* 30. *Cod. de iure dot. y Uxor. marito. ff. de donat. inter vir. et uxor.* Gom. en la ley 50 de Toro. num. 42 y sig. Covarr. lib. 1. *Variar.* cap. 7.  
2 Regla *Qui potior. de reg. jur.* in 6. y Ley 27. tit. 13. Part. 5.

3 Leyes 27 y 30. tit. 13. Part. 5. y *Licet.* 7. *Cod. qui potior. in pignor. hab.* Carleval. *de iudic.* tit. 3. disp. 8. Salg. *Labyr. cred.* part. 4. cap. 43. num. 34. *Cur. Philip. Comerc. terr.* cap. 12. verb. *Prelacion.* num. 16.

de la dote de la muger de su deudor, por no estar obligado á ello, y ser anterior; pero si presta el dinero para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler ó el del almacén en que estuviere la cosa, ó para conducirla de una parte á otra, ó satisfacer á los oficiales su trabajo, ó alimentar á los sirvientes ó al ganado, ó para otro beneficio suyo, será preferido á todos los acreedores anteriores del mutuario, mas no á la dote, arras, ni Fisco, á menos que sean posteriores (1). Si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, lo debe cobrar antes que la muger ni otro alguno cobren sus créditos, por ser preferido el suyo á todos los que el marido contrajo en su vida (2); de lo cual, y de otros acreedores, trataré mas latamente en el juicio de concurso, adonde, como á su propio lugar, remito al lector.

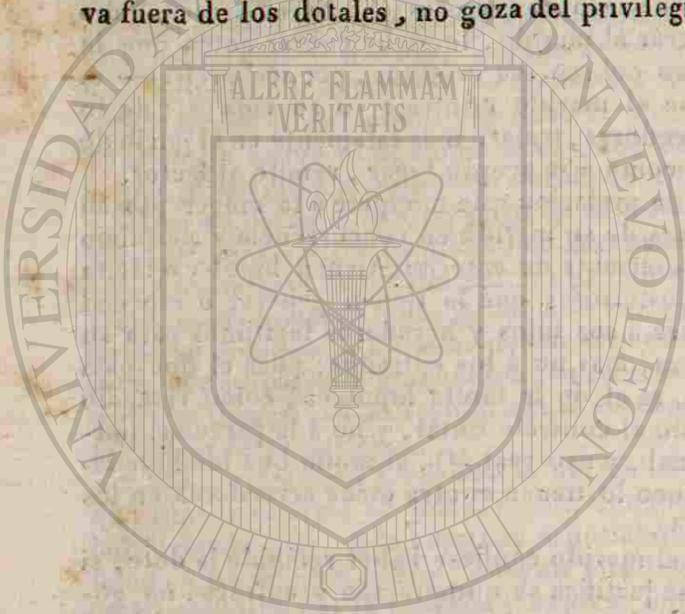
4. El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes de su marido en concurrencia y perjuicio de los acreedores anteriores de este que tienen hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general ó especial expresa, se transfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repetición y cobranza, mas no á los extraños; pues el que pasa únicamente á estos, es el de la tácita hipoteca, como remedio subsidiario concedido al contrato dotal, y no á la persona; porque aquel es personal, y este real (3), al modo que los herederos del pupilo tampoco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor (4).

5. Pero aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion y entrega, no gozará del privilegio dotal; y así aunque perjudique totalmente al marido y sus herederos extraños su confesion, mas no á sus acreedores; y á sus ascendientes y descendientes legítimos solo en el tercio ó quinto. Ademas padecerá los vicios de dote confesada y no recibida; se estimará por donacion entre marido y muger, hecha durante el matrimonio, la cual está reprobada por derecho; y aun se presumirá que el marido la constituyó de sus propios bienes por beneficiar á su muger y defraudar á sus acreedores y herederos forzosos; y que esta nada llevó al matrimonio. Esto procede y se entiende aunque su confesion sea jura-

1 Leyes 26. al fin. 27, 28 y 29. tit. 13. Part. 5. *Cur. Philip. Comerc. terr.* cap. 12. verb. *Prelacion.* num. 25. y cap. 3. verb. *Hipoteca.* num. 33 y 34.  
2 Ley 30 al fin. tit. 13. Part. 5. Gom. en la ley 30 de Toro. num. 2.  
3 Ley *Dabimus.* ff. *de privileg. dot.* *Cur.*

*Philip. Comerc. terr.* cap. 12. verb. *Prelacion.* num. 34. Gomez en la ley 30 de Toro. num. 2. Gregor. Lopez en la ley 33. tit. 13. Part. 5. glos. 6 y 7.  
4 *Gutierr. de tutal.* part. 2. cap. 16. Gonzalez lib. 5. *Decretal.* num. 23. cap. 9. num. 3 y 4.

da, porque el juramento asertorio que recae sobre actos pasados, ni les da valor ni los confirma. Esto tiene lugar cuando se promete observar y no contravenir á algun pacto que se haga, ó contrato que se celebre (1); por lo que es muy util á la muger, que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fe de entrega antes de casarse para ser preferida á los acreedores de su marido. Se previene que por los demas bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion (2).



1 Covarrub. lib. 1. *Variar.* cap. 7. *Carleval de judic.* tit. 3. disp. 34. Gomez en la ley 50 de Toro, num. 37 y sig. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 3 y 15.

*Cur. Philip.* lib. 7. cap. 12. verb. *Prelacion*, num. 38.

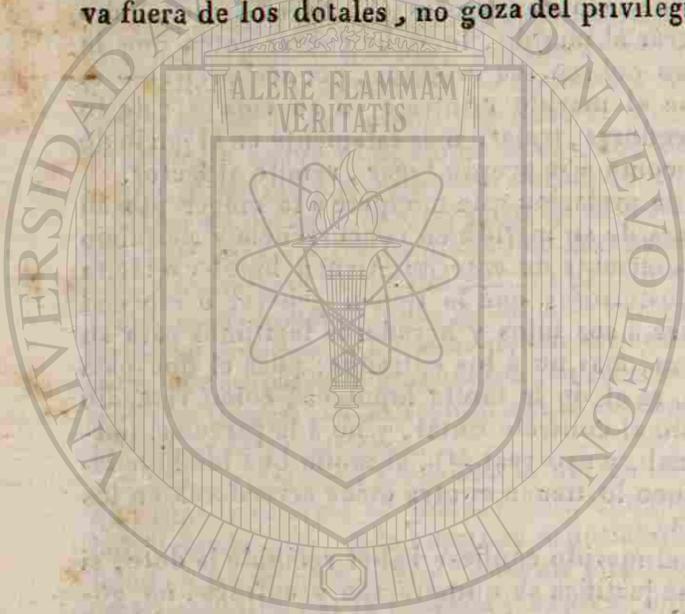
2 *Ley Proculus. ff. de jure dot. Cur. Philip.* cap. cit. num. 32.

## CAPITULO QUINTO.

*De la restitucion de la dote.*

- §. 1. El marido está obligado á restituir la dote, y puede hacer esta restitucion en vida.
2. Disuelto el matrimonio debe volverse la dote á la muger, á menos de que habiéndosela dado un extraño hubiese puesto la condicion de que se le restituyese á él.
3. Modo de hacer la restitucion segun la diferente especie de bienes dotales.
4. Debe atenderse principalmente á lo que se haya pactado en la escritura dotal para hacer la restitucion.
5. No habiendo dejado dinero el marido, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote.
6. ¿A quien pertenece el incremento ó deterioro de los bienes dotales, cuando estos se entregaron al marido con estimacion que no causa venta?
7. ¿A quien corresponde dicho incremento ó deterioro, cuando el marido recibió los bienes dotales sin aprecio alguno?
8. Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando no intervino obligacion en contrario.
- 9, 10 y 11. Continuacion del mismo asunto.
12. ¿Como deberá hacerse la restitucion de los bienes dotales no estimados, si el marido los hubiese vendido para pagar la deuda contraida durante el matrimonio, ó antes de casarse?
13. En cuatro casos toca indispensablemente al marido la pérdida ó deterioro de los bienes dotales no apreciados.
14. ¿Si estará obligado el marido ó sus herederos á restituir el importe de la dote, cuando esta consistió en créditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos?
- 15 y 16. Continuacion de lo mismo.
17. ¿Quien deberá pagar los gastos originados del cobro de la dote consistente en deudas?
18. Continuacion de lo mismo.
19. Restitucion de la dote, que consiste en legado anuo, usufructo, pension ó rentas impuestas en fondo vitalicio.
20. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del pueblo donde se celebró el matrimonio.
21. Si el marido fuese pobre, han de dejarle su muger ó sus herederos con que alimentarse, sin exigirle mas de lo que pueda restituir.
22. Los bienes del marido quedan

da, porque el juramento asertorio que recae sobre actos pasados, ni les da valor ni los confirma. Esto tiene lugar cuando se promete observar y no contravenir á algun pacto que se haga, ó contrato que se celebre (1); por lo que es muy util á la muger, que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fe de entrega antes de casarse para ser preferida á los acreedores de su marido. Se previene que por los demas bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion (2).



1 Covarrub. lib. 1. *Variar.* cap. 7. *Carleval de judic.* tit. 3. disp. 34. Gomez en la ley 50 de Toro, num. 37 y sig. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 3 y 15.

*Cur. Philip.* lib. 7. cap. 12. verb. *Prelacion*, num. 38.

2 *Ley Proculus. ff. de jure dot. Cur. Philip.* cap. cit. num. 32.

## CAPITULO QUINTO.

*De la restitucion de la dote.*

- §. 1. El marido está obligado á restituir la dote, y puede hacer esta restitucion en vida.
2. Disuelto el matrimonio debe volverse la dote á la muger, á menos de que habiéndosela dado un extraño hubiese puesto la condicion de que se le restituyese á él.
3. Modo de hacer la restitucion segun la diferente especie de bienes dotales.
4. Debe atenderse principalmente á lo que se haya pactado en la escritura dotal para hacer la restitucion.
5. No habiendo dejado dinero el marido, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote.
6. ¿A quien pertenece el incremento ó deterioro de los bienes dotales, cuando estos se entregaron al marido con estimacion que no causa venta?
7. ¿A quien corresponde dicho incremento ó deterioro, cuando el marido recibió los bienes dotales sin aprecio alguno?
8. Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando no intervino obligacion en contrario.
- 9, 10 y 11. Continuacion del mismo asunto.
12. ¿Como deberá hacerse la restitucion de los bienes dotales no estimados, si el marido los hubiese vendido para pagar la deuda contraida durante el matrimonio, ó antes de casarse?
13. En cuatro casos toca indispensablemente al marido la pérdida ó deterioro de los bienes dotales no apreciados.
14. ¿Si estará obligado el marido ó sus herederos á restituir el importe de la dote, cuando esta consistió en créditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos?
- 15 y 16. Continuacion de lo mismo.
17. ¿Quien deberá pagar los gastos originados del cobro de la dote consistente en deudas?
18. Continuacion de lo mismo.
19. Restitucion de la dote, que consiste en legado anuo, usufructo, pension ó rentas impuestas en fondo vitalicio.
20. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del pueblo donde se celebró el matrimonio.
21. Si el marido fuese pobre, han de dejarle su muger ó sus herederos con que alimentarse, sin exigirle mas de lo que pueda restituir.
22. Los bienes del marido quedan

obligados tácitamente, aun cuando no haya habido obligacion expresa, al pago y saneamiento de los bienes dotales.

23. La accion de repetir la dote no prescribe hasta que el matrimonio se disuelve.

24. El marido puede imponerse pena, llamada comunmente *arra*, para que se le exija la dote en caso de no restituirla cómo y cuándo debe.

25. Efectos de esta pena cuando se la imponen los esposos de futuro.

1. Como la dote es patrimonio propio de la muger, está el marido obligado á restituirla. Esta restitucion puede hacerse por el mismo marido en vida, pues no está prohibido pagar en vida la deuda al que tiene obligacion de satisfacerla despues de muerto (1); sin que por efectuar la entrega deba decirse que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que percibiria su padre, á no haber hecho la restitucion; pues ningun derecho le obliga á conservar la dote en su poder, ni adquirir frutos por custodiársela, si le incomoda su custodia y conservacion, como tampoco á restituirla si no quiere.

2. Disuelto el matrimonio debe haber la muger ó quien su accion y derecho represente, no solo la dote que llevó al poder de su marido ó su estimacion, si fue apreciada, y las arras que la ofreció, sino tambien la parte de gananciales que la toca, si al tiempo de casarse ó despues no los hubiese renunciado, y lo que por herencia, legado, donacion ó en otra manera semejante hubiese adquirido durante él. Pero es de advertir, que si el que dió la dote fue algun extraño, y al tiempo de dársela puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se le habia de volver y restituir, ú otra semejante, debe observarse (2), porque el donante puede imponer en la donacion las condiciones posibles y honestas que quiera al tiempo de hacerla.

1. Ley *Post mortem*, et ibi glos. et DD. Cod. de fideicom. l. *Patrem*. ff. *que in fraud. credit.*

26. Efectos de la misma en los contratos.

27. El menor que promete y entrega la *arra* no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitucion *in integrum*.

*Escrituras correspondientes al tratado de la dote.*

1.<sup>a</sup> Carta de pago y recibo de dote.

2.<sup>a</sup> Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

3.<sup>a</sup> Carta de dote confesada.

4.<sup>a</sup> Modo de extender la carta de dote y capital en virtud de premio judicial.

2. Leyes 26, 30 y 31. tit. 11. Part. 4. ult. Cod. *solut. matrim.* y Leyes 1 y 4. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

3. Acerca del modo como haya de hacerse la restitucion de los bienes dotales, es necesario atender á la naturaleza de estos, y á la especie de dominio que en ellos tuvo el marido durante el matrimonio. Cuando los bienes dotales son muebles que se consumen con el uso, ó se dan valuados al marido con estimacion que causa venta, como entonces se le transfiere el dominio natural y civil de ellos, segun queda dicho, es solo deudor de la cantidad á que ascienden, y no de los mismos bienes; y asi aunque estos perezcan por incendio ú otro caso fortuito, disuelto el matrimonio habrá de restituirse de su propio capital, si no hubiese bienes gananciales, el mismo precio á la muger, la cual no puede ser compelida á recibir los bienes ni otros por ellos (1), sino quiere y si hay dinero.

4. Esto se entiende asi, con tal que en la escritura dotal no se haya pactado otra cosa, y por tanto debe examinarse bien su contexto para hacer la restitucion de los bienes dotales, teniendo presente que segun los términos en que haga la obligacion el marido, asi y no de otro modo quedará obligado (2); por lo cual aunque los bienes fuesen estimados, si se estipuló que disuelto el matrimonio habia de volverlos el marido segun estuviesen, ó su estimacion, á eleccion suya, y escogiese volver los mismos bienes, será de cuenta de la muger el deterioro de ellos, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ó no habiendo recibido este á su cargo todo el daño que en ellos acaeciese (3). Si se obligó á restituir los mismos bienes, y hubiesen perecido algunos, cumplirá con entregar otros á justa tasacion; y lo mismo sucederá con los deteriorados, supliendo con otros su deterioro, sin que esté obligado á volver su estimacion en dinero, ni la muger tendrá accion á pedirlo. Eligiendo la muger ó sus herederos los bienes dotales, y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores á quienes su marido los haya enagenado, sin ser necesario hacer excusion en los de este (4). Si se obligó á volver la dote estimada, sin poner otra expresion, deberá restituir su estimacion, porque en el mismo hecho se obligó á ello (5); y aunque la reciba estimada, si se pactase que disolviéndose el matrimonio dentro de cierto tiempo la haya de entregar en las mismas especies que recibió, y por la propia estimacion, cumple

1. Leyes 18, 19 y 20. tit. 11. Part. 4.

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

3. Ley 18 al fin. tit. 11. Part. 4. ley *Plerumque*. §. *fin.* ff. *de jure dot.* Ley *Quod si fundus*. ff. *de fundo dotali*.

1. I.

4. Gomez en la ley 53 de Toro, num. 44. *Gutierr. de juram. confirm.* part. 1. cap. 4. num. 9.

5. Gregor. Lop. en la ley 18. tit. 11. Part. 4. glos. 1, 2 y 7.

con volverlas, y no debe ser apremiado á dar su precio (1). De todo lo cual se deduce, que segun se obligue el marido á la restitucion de la dote, asi habrá de cumplir lo estipulado.

5. Si el marido no hubiese dejado dinero, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia; y asi deberá su viuda recibir en estos su importe á justa tasacion (2). Consistiendo la dote en muebles, no se les puede compeler á malvenderlos por darla dinero que no llevó al matrimonio, porque ningun perjuicio se la irroga, ni se pone de peor condicion que cuando se casó; pues si aun el mismo deudor no puede ser compelido, antes bien cumple con dar otros equivalentes á arbitrio del juez, con mayor razon no podrán serlo sus herederos, que aunque le suceden en todas las acciones y obligaciones, no contrajeron la de restituir en dinero la dote: y asi quedará al arbitrio y prudencia del juez como lo advierte Gregorio Lopez en la glos. 2. de la ley inserta, porque nunca dan, ni con mucho, por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale perjudicado siempre en ella por esta razon.

6. Si los bienes dotales hubiesen sido apreciados, no con aquella estimacion que causa venta, sino para saber su valor por sí al tiempo de la disolucion del matrimonio se habian consumido ó deteriorado por culpa del marido; se ha de distinguir: si los bienes consisten en número, peso ó medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, bondad, peso, medida y número, ó el valor que tengan otros iguales al tiempo que el matrimonio se disuelva, porque se le transfirió su dominio, no obstante la cualidad del aprecio (3). Pero siendo de otras especies, ó ganados, pertenecen á la muger el incremento ó decremento que experimenten, porque no se transfirió al marido su dominio; y asi no habiendo gananciales, no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen ó se deteriorasen: pues no probándolo, está obligado á satisfacer su pérdida, menoscabo y deterioro con otros bienes equivalentes; y la razon es porque no solo se le contempla custodio y procurador de su muger, sino administrador de sus bienes dotales, y por su administracion estan obligados tácitamente los suyos propios (4); bien que si hay gananciales, se deducirán de

1 Ley Si inter virum et uxorem. 21. Cod. de jure dot.

2 Ley 3. tit. 14. Part. 5. en las palabras: Pero si acaeciere. Authentic. Hoc nisi debitor. et ibi DD. Cod. de solutionibus. Roland. de inventar. part. 4. quæst. 24.

3 Ley 21. tit. 11. Part. 4.

4 Ley Siquis ex argentariis §. Prohibet. ff. de edendo. ley fin. §. ult. ff. de custodia reor. Greg. Lop. en la 17. tit. 11. Part. 4. glos. 2. Gom. en la 50 de Toro, num. 43.

ellos, no como dote, sino como fondo entrado ó puesto en la sociedad, que debe separarse antes que se dividan las utilidades: lo cual, como justo y racional, se practica por costumbre en los reinos de Castilla (1), asi en este caso como en los precedentes.

7. Si el marido hubiese recibido los bienes dotales sin aprecio alguno, y fuesen de los que consisten en número, peso ó medida, y con el uso se consumen, le pertenece tambien su incremento y deterioro, porque sin embargo de no haberse valuado, se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir á su eleccion otros tantos en número, especie, medida, peso y calidad, ó el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recibo y contrato matrimonial, ya valiesen entonces mas baratos ó mas caros (2): y asi no habiendo gananciales lo pagará de sus propios bienes.

8. Lo cual se entiende cuando se obligó en estos términos, pues si su obligacion se circunscribió á volver otros tantos en número idénticos de la misma especie y bondad, deberá cumplirla, ya valgan mas baratos ó mas caros, porque la obligacion de volver el género nunca se extingue, y quien está al provecho, debe estar al daño; y aunque se le transfirió su dominio para usarlos y disponer de ellos á su arbitrio, fue con el gravamen de restituir otros de igual especie, calidad y bondad, mas no la especie misma ó su importe, segun le acomodase, porque la cualidad de su obligacion le priva de este arbitrio; pues segun el pacto asi queda obligado; y los pactos nupciales deben observarse no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres (3).

9. No consistiendo en número, peso ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio, sino en otras clases, ó en ganados no productivos, v. gr. mulas &c., toca á la muger su pérdida y deterioro; y asi no habiendo gananciales, cumple su marido con entregar los existentes segun se hallen; y de los perdidos, consumidos ó menoscabados sin su culpa no debe responder con su capital (4). Pero habiendo gananciales se deducirá de estos lo que valian, no como dote, sino como fondo puesto por la muger en la sociedad (5), regulándose prudentemente

1 Montalv. en la ley 1. tit. de las gananciales. lib. 3. del Fuero Real. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4. glos. 3 al fin.

2 Ley Res in dotem dote. ff. de jure dot. Ley 21. tit. 11. Part. 4. Gom. ibi cit. Límita tamen. Ayor. de partition. part. 1. cap. 7. num. 9 y 10.

3 Leyes 10, 11, 13 y 30 al fin. tit. 11. Part. 4.

4 Leyes 18 y 21. tit. 11. Part. 4. y ley Plerumque. ff. de jure dotum.

5 Ley penult. tit. 10. Part. 5. Ley Si mercos. §. Vis major. ff. locati. Ley Cum duobus. §. Quidam sagariam. ff. pro socio. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4. glos. 3, 4 y 8. Gom. en la 50 de Toro, num. 69. Gutierr. lib. 2. Practicar. quæst. 95. num. 16.

su valor segun costumbre de los reinos de Castilla.

10. Si los ganados son productivos, v. gr. cabras, ovejas, vacas, yeguas &c., ha de reemplazar de los hijos ó crias que procreen, otras tantas cabezas como de sus madres perecieron (1). Lo cual se entiende, ya haya llevado pocos ó muchos; pues la ley (2) no hace distincion alguna; por cuya razón ya hubiese llevado rebaño ó manada, ó menos todavía, ha de hacer el marido la restitucion y reemplazo con los hijos, segun queda expuesto. Y si no hubiere hijos ni gananciales, será de cuenta de la muger su pérdida, y no los pagará el marido de su capital; lo que al contrario habiendo gananciales, pues aunque no haya crias, sacará de ellos su valor, como fondo de la sociedad y no como dote (3), y es lo que se practica.

11. De estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote ó heredó, si no hay crias, pero sí otros gananciales, sacará el valor que tenían cuando se murieron, y no otras tantas cabezas, porque en las obligaciones de restituir la cosa si perece, sucede en su lugar la de restitucion de intereses ó su estimacion (4); y así no tendrá derecho á pedir lo que valdrian si vivieran al tiempo de hacerse la particion de bienes, porque despues de muerta la cosa no puede tener incremento ni decremento; ni tampoco el valor que tenían cuando los trajo, porque hasta que murieron estaban por suyos, por no haberse transferido al marido su dominio irrevocable (5).

12. Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados para pagar la deuda contraida durante el matrimonio, ó la suya primitiva que tenia antes de casarse, parece que su muger podrá elegir pretendiendo otros tantos ó su estimacion, especialmente si contra la voluntad de ella hizo la venta, porque contra el poseedor de mala fe, que vende lo ageno, se da esta eleccion al dueño (6). Sin embargo lo contrario es cierto; y así no podrá elegir la muger, ni su marido estará obligado á satisfacer mas que el precio que por ellos recibió, pues no es poseedor de mala fe, por quanto tiene en ellos y en lo demas de la dote inestimada dominio revocable (7). Y aun cuando no los hubiese lleva-

1 Dicha ley *Plerumque*. y leyes *Cum dote* y *Quoties*. Cod. de *jure dot.* y ley 21. cit. verb. *Pero si acciderit*. Ayor. dicho cap. 7. num. 10.

2 Ley 21. tit. 11. Part. 4.

3 Ayor. part. 3. quæst. 30. num. 104. acerca del fin.

4 Ley *Qui restituere*. ff. de *reivindic.*

tion. ley. *In re furtiva*, y ley *Si servum*. § *Bove*. ff. de *conditione furtiv.*

5 Ley *Divortio*. § *Ob donationes*. ff. *solut. matrim.*

6 Ayor. part. 3. quæst. 30. num. 106 al principio y 107. vers. *Pero si el ganado*.

7 Ley *Dace ancillam*. Cod. de *reivindic.*

do en dote, sino que fuesen parafernales ó los hubiese heredado, como es su legitimo administrador (1), no se le puede argüir de poseedor de mala fe, por lo que deberá restituir su precio, y no los ganados ó cosas inestimadas (2).

13. Y para que no pueda dudarse cuando toca indispensablemente al marido el deterioro ó pérdida de los bienes dotales no estimados, digo que es de su cuenta y debe pagarlos en los siguientes casos: 1.º cuando se prueba que perecieron ó se deterioraron por su culpa (3); 2.º cuando se obligó á satisfacerlos, pues á quanto se obliga el hombre á tanto queda obligado (4); 3.º cuando fueren muebles que se vendieron, ó se gastaron en servicio de su casa, excusándose con ellos de comprar otros preciosos para ella (5); 4.º cuando haya gananciales en el matrimonio; pues al modo que si se aumenta su valor extrínseco se dividirá como ganancial el aumento entre ambos conyuges, de la misma suerte si hubiere pérdida, habrá de deducirse de ellos, previéndose que la estimacion ha de hacerse segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion (6).

14. ¿Estará obligado el marido ó sus herederos á restituir el importe de la dote cuando esta consistió en créditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos? Para resolver esta cuestion es necesario hacer las siguientes distinciones. Si el deudor fuere el padre ú otro ascendiente, aunque el marido hubiese sido negligente en cobrar esta deuda, toca á la muger el riesgo ó pérdida que haya habido en la falta de cobro, porque los yernos é hijos no deben estrechar judicialmente á sus padres y suegros, como á los que no lo son; por lo cual no puede ser apremiado el marido ó sus herederos á la restitucion, atribuyéndole á culpa ó negligencia el no haber verificado el cobro (7).

15. Si el deudor fuere extraño habrá de distinguirse tambien; ó la deuda es necesaria ó voluntaria: si fuere necesaria por proceder de venta ó empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, ó de contrato oneroso celebrado á su favor, ó porque su hermano estaba obligado y condenado á dotarla (pues para el

1 Ley final. Cod. de *pact. convent.*

2 Ley *Divortio* y § *Ob donationes*. Ley *Item veniant*. § *Simili modo*. ff. de *petit. heredit.* Ayor. num. 107. vers. *Set in casu premissis*.

3 Ley 8. al fin, tit. 11. Part. 4. ley *In his rebus*. ff. *solut. matrim.*

4 Ley *Pomponii*. ff. de *pact. dotali-*

*bus*. y leyes 18. tit. 11. Part. 4. y 1. tit. 1. lib. 0. Nov. Rec.

5 Gomez en la ley 50 de Toro, num. 43 y 44 al fin. Palae. Rub. in cap. *Per vestras*. § *ut*. num. 17. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 6.

6 Gomez ibi. Ayor. dicho num. 107.

7 Ley 15. tit. 11. Part. 4.

caso todos, excepto los legítimos ascendientes, se gradúan por extraños), estará obligado el marido á satisfacerla íntegramente si por su culpa ó negligencia no lo exigió de él (1).

16. Siendo la deuda voluntaria, es preciso hacer la siguiente subdivision: ó es cierta y determinada, v. gr. ofrece uno cierta alhaja mueble ó raíz, ó cantidad á la muger, esta la incluye en su dote, y el promitente ratifica al marido la oferta; ó es de cosa indeterminada, por ejemplo, ofrece dar á la muger alguna cosa ó cantidad, y dice al marido que le entregará lo que ofreció á su muger sin señalarlo. En el primero de estos casos si el marido fuere negligente en cobrar la deuda, y por esta omision diere lugar á que el promitente se imposibilite de pagarla, debe satisfacerla de sus propios bienes á la muger, siendo de su cuenta y riesgo, y no del de ella, su pérdida. En el segundo caso á nada está obligado el marido, pues no es de su cuenta y riesgo la pérdida, sino de la muger (2).

17. Ocasionándose gastos al marido en cobrar la dote consistente toda ó parte en deudas, se duda ¿si estos gastos la disminuirán ó serán de cuenta del marido? Sobre este punto están discordes los autores: unos afirman que el marido debe sufrirlos y compensarlos con los frutos dotales: otros que deben ser de cargo de la muger: y otros conciliando entrambas opiniones resuelven que los grandes ó costosos deben imputarse á ella, y los pequeños ó módicos al marido (3).

18. Yo venerando el dictamen de todos, digo que me conformo enteramente con la segunda de dichas tres opiniones, como justa y arreglada; y que por consiguiente deben correr todos á cargo de la muger, disminuir su dote, y de ningun modo compensarse con los frutos dotales: 1.º porque estos se conceden al marido para soportar las cargas matrimoniales, y así los hace suyos enteramente concurriendo las tres circunstancias que requiere la ley (4), y se han especificado en el párrafo 31. capítulo 3, en que se trató de los frutos dotales; 2.º porque la dote debe ser líquida y efectiva; por lo cual habiendo lesion ó perjuicio en el aprecio ó tasacion de ella, debe deshacerse en cualquier cantidad que sea, como se ha dicho; es así que haciéndose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca; luego debe disminuirse y reducirse á lo justo é intrínseco que el marido percibió por ser injusto que res-

1 Ley 15. tit. 11. Part. 4. y ley Si extra-neus. 33. ff. de jur. dot.

2 Dicha ley 15. tit. 11. Part. 4.

3 Greg. Lop. en la ley 15. tit. 11. Part.

4. glos. 2. y otros que cita. Garcia de ex-pens. cap. 3. num. 37 y sig.

4 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

tituya lo que sin culpa suya no entró en su poder; 3.º porque si el marido hace expensas necesarias en la finca dotal, son de cuenta de la muger, y puede repetirlas, por corresponderle además de los frutos que produjo (1); es así que estas son necesarias, y que por ellas se mejora la dote, pues se hace efectivo para la muger lo que antes no era; luego por la misma razon deben imputársela; 4.º porque si perdiéndose la deuda por no cobrarla el marido se le carga é imputa á culpa ó negligencia, y debe responder de su importe, ¿por que razon, haciendo gastos en su cobranza, v. gr. en pleitos (como regularmente acontece), ha de ser de su cuenta, y no disminuir la dote? ¿Y que culpa ó negligencia hay de su parte? No la alcanzo: y lo 5.º porque si marido y muger teniendo deudas contra sí cuando se casan, deben pagarlas de su privativo caudal, pues esto menos llevan al matrimonio, como se dirá en el tratado de particiones, ¿que razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido; y mas cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse disminuirían su patrimonio, como que habian salido de él, y esto menos llevaria en dote? ¿Que ley manda lo contrario ó que los compense con los frutos? A la verdad, me causa admiracion el modo de opinar de los célebres jurisconsultos que lo contrario defienden. Por cuyas razones no me adhiero á su dictamen, y mayormente si la dote consiste en muebles y créditos de los que ningunos frutos percibe el marido, pues mas suelen servirle de carga, que de alivio, en cuanto tiene que responder de su valor si fueron estimados, porque en venta nunca dan por ellos, ni con mucho, el importe de su tasa, ni perecen para la muger, teniendo el marido con que reintegrarlos. Sin embargo para obviar estas dudas y perjuicios al marido, conviene que en la escritura dotal se obligue á responder del importe líquido que de ellas cobre deducidos los gastos judiciales, y de mas que en su exaccion se le causen, de que llevará cuenta puntual, y no en otra forma. Con esta cautela se precave todo daño y disputa, y por la cuenta que lleve el marido se verá lo que se ha de abonar de ellas como dote líquida á su muger, y no habrá lugar á la compensacion de gastos con los frutos dotales; lo que tendrá presente el escribano para prevenírselo, y con su auencia poner esta cláusula en el contrato de recepcion ó capitulacion dotal.

19. Muchas veces llevan en dote las mugeres legado anuo,

1 Ley fin. tit. 11. Part. 4. y ley 3. ff. de impens. in rebus. dotalib. fact.

usufructo, pension ó renta impuesta en fondo vitalicio ó empleo, ya práctica de la Corte en constituir la dote de estas cosas es: considerar por tal el importe de los diez años primeros siguientes al día de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligándose el marido á restituirlo á su muger ó á sus herederos, aunque esta no viva los diez años; y si vive mas, hace suyo el producto, porque se contempla fruto de dote; pero yo no me conformo con esta práctica, que en mi concepto es muy des-arreglada, y tengo por justificado y equitativo el que si la dote consiste en pension, legado anuo, ó renta vitalicia de capital puesto en fondo vitalicio, ó en otra manera semejante, se obligue el marido, si quisiere, á responder del importe de los diez años en el caso que su muger los viva, ó menos, segun pacten, si muere antes que se cumplan, y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los réditos anuales á tres por ciento, respecto á querer que sea capital lo que es fruto en realidad, constituyendo la obligacion solamente del residuo. Si es usufructo de casa ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos y malas pagas, para que las otras dos sean efectivas, y dote líquida. Si es de tierras, viñas ú olivares debe observarse lo propio, sin hacerse mas deducion que de los gastos de cobranza y réditos expresados. Si es empleo que el marido debe servir, se considerará por dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirlo; pero si muerta su muger ha de continuar en él, serán íntegros los diez años. Tambien podrá estipular cuando se case: *que en atencion á quedar siempre vivo, ileso y sin el menor menoscabo á la novia el derecho de percibir su renta ó pension anua, sin que por casarse se le disminuya; si falleciere testada ó intestada antes que el novio, no ha de ser obligado este á entregar á sus herederos legitimos ni extraños, ni estos poder pedirle jamas en juicio ni fuera de él, el todo ni parte de las anualidades que haya cobrado, antes bien se han de graduar y estimar en estos casos como desde ahora se gradúan y estiman por frutos de aquel derecho, á cuyo fin se les priva de toda accion para demandarlas; y solo en el de que el novio muera primero, se han de considerar por mas dote suya, y no por frutos, y ceder en su privativo beneficio las que perciba de las pactadas, y como tales deducirse su importe de los bienes que él deje; y que lo contrario sea nulo, de ningun valor ni efecto, como practicado contra este pacto nupcial, expreso*

*y prohibitivo. Con esta cláusula no queda el novio tan perjudicado, ni debe darle cuidado el que despues de muerto se exijan ó no de su caudal las anualidades percibidas, pues lo que le interesa es que no le molesten en vida por su importe, y á la novia tampoco se irroga perjuicio, porque si sobrevive al novio, logra el abono de las que este cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar. Lo mismo podrá pactar entonces para con el legado vitalicio que le hagan durante su matrimonio, pues no pactándolo, no se tendrá por dotal el importe de las anualidades de él. Pero prevengo, que si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios ni parte de ellos en concurrencia de acreedores del marido, porque por el mismo hecho de no haberse pactado ni obligado á su restitucion, es visto haber querido la muger que no fuesen dotales ni parafernales, sino frutos de aquel derecho; por cuyo defecto se desestimaron en el Consejo en cierto pleito que seguí como apoderado de una señora sobre terciaria dotal por el oficio de Don José Perez, escribano del número de Madrid en el año 1765. De esta clase de dote trata Olea con extension y acierto en su obra *de Ces. jur.* tit. 6. quæst. 2., y otros varios.*

20. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no á la del domicilio del marido; y si los cónyuges hicieren algun pacto antes ó al tiempo de casarse, no solo en cuanto á la dote y arras sino á los gananciales, debe observarse este, y no la costumbre (1).

21. Si el marido fuese pobre, le han de dejar su muger ó sus herederos con que alimentarse, y no deben reconvenirle por mas de lo que pueda restituir; antes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si viniere á mejor fortuna (2); y aunque este privilegio es personal, y como tal parece que debe extinguirse con la persona, no es así; pues gozan tambien de él sus hijos (3).

22. Aunque el que da ó promete la dote no obligue expresamente sus bienes á su pago y saneamiento, quedan sin embargo obligados tácitamente á su restitucion no solo los presentes sino los futuros del marido que la recibe (4). Si algun tercero la demanda ó deduce en juicio, y se la quita, no habiendo sido apre-

1 Leyes 24 y penult. tit. 11. Part. 4. y *huic. §. Cum autem.* 7. Cod. de rei uxor. act.

2 Leyes ult. tit. 11. Part. 4. Patronus. 17. Non tantum. 20. cum seq. ff. de re ju- T. I.

dic. Gomez en la ley 50 de Toro.

3 Leyes Quia tale. 13. Rei judicata. 15. Quia parentis. 16. Etiam filios. 18. ff. solut. mat. y ult. al fin. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 23. tit. 13. Par. 5.

ciada, pertenece el daño á la muger. Esta y el que dió la dote no estan obligados á sanearla cuando se constituyó con buena fe, ni por consiguiente há lugar la evicción; pero si medió dolo, ó la dote se dió apreciada, ó empezó por promesa y obligacion de darla, y nó por entrega, ó bien el que la dió se hubiere obligado á su evicción y saneamiento, debe estar sujeto á esta obligacion y cumplirla (1).

23. No prescribe la accion de repetir la dote hasta que el matrimonio se disuelve, y la razon es porque no corre término ni prescripcion al que tiene impedimento legal, mientras este subsiste. Esto se entiende á menos que la muger, viendo que su marido se la disipa, no use de su derecho, pues por este silencio y tácito consentimiento puede prescribir y ser perjudicada. Lo mismo miñta para con sus hijos estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe (2).

24. El marido puede imponerse pena, para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitution de la dote segun se obliga, á mas de las costas que se causen en su exaccion, lo cual se prueba de la ley 86. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra cualquiera que se ponga en los contratos, no debe exceder del duplo, no contando en ella la suerte principal (3), excepto en los censos. Llámase *arra* dicha pena, que es lo mismo que señal ó prenda, y diversa de las arras ó donacion *propter nuptias*, como se dirá en el cap. 7.º (4). Y para instruccion del escribano, digo, que esta arra, ya sea de dinero ó de otra cosa mueble ó raiz, puede ser ofrecida solamente por un contrayente al otro, como se prueba de la ley 84. tit. 18. Part. 3., y asimismo puede ser entregada.

25. Si los esposos de futuro, ú otro en su nombre la ofrecen, y por culpa de alguno de ellos no se efectúa el matrimonio, no por eso el que se retracte debe ser compelido á satisfacerla, porque es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle á su solucion podrán resultar graves inconvenientes, como se prueba de la ley 39. tit. 11. Part. 5. Si la entregan en la forma que expresa la ley citada en el párrafo anterior, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

26. Pero en los contratos de venta, transaccion, compromi-

1 Ley 22. tit. 11. Part. 4. y ley 1. Cod. de jur. dot. Gomez lib. 2. Var. cap. 2. num. 37.

2 Ley 1. al fin. Cod. de anal. except. y ley in rebus. 30. Cod. de jure dot. Auth. Nisi tricennial. Cod. de bon. matern. y ley

8. tit. 29. Part. 3. Greg. Lopez. en ella. y Covarrub. lib. 4. Variar. cap. 7. num. fin.

3 Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 247. del Estilo.

4 Ley 1. tit. 11. Part. 4.

so, y otros semejantes, si los contrayentes estipulan que el que se aparte, ha de pagar la pena tantas cuantas veces quebrante el pacto, y que sin embargo pueda ser compelido á celebrar el contrato, á todo queda obligado (1); por lo que me parece util y muy á propósito que cuando ocurra instrumento con pena convencional, en que los escribanos suelen poner esta cláusula: *Y quieren que se exijan incontinenti al que se apartare total ó parcialmente de lo pactado en esta escritura tantos reales de vellon, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados, sin mas sentencia, declaración ni conocimiento de causa tantas cuantas veces lo quebrantare, sin remision, á cuya exaccion se ha de proceder ejecutivamente como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, y á mas de esto se le compela á observar literal y específicamente esta escritura, ya se pague ó no dicha pena, ó graciosamente se remita, pues por el mismo hecho ha de ser visto haberla aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato:: añadan la siguiente: Y para su mas puntual é inviolable cumplimiento se conforman con lo dispuesto por las leyes 34, tit. 11. Part. 5. y 1. tit. 1. lib. 10 Nov. Rec.: y ordenada con este aditamento se obviar á cualquiera duda que pueda suscitarse sobre su inteligencia.*

27. Si el que promete y entrega la arra es menor, no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitution *in integrum*, á menos que jure que por su menor edad, lesion ni por otra causa no reclamará el contrato, ni pedirá la arra ni relajacion del juramento, pues en este caso queda obligado á su observancia, porque el juramento vigoriza, y hace válido el contrato, que sin él no lo es, á menos que ceda en detrimento de tercero, ó sea contra ley y buenas costumbres, y supla los efectos de la cláusula: *rato manente pacto* (2).

1 Leyes 34. tit. 11. Part. 5. y 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 28 al fin. tit. 11. Part. 5. 16. tit. 11. Part. 3. y 6. tit. 19. Part. 6. y Regla: *Non est obligatorium. de reg. jur. in*

6. Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 60. num. 1. y Canon. quest. tract. de matrim. cap. 17. Salg. Labyr. Cred. part. 3. cap. 1. num. 120, 143 y 146.

*Escrituras correspondientes al tratado de la dote.*

- |                                                                          |                                                                                            |
|--------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. <sup>a</sup> Carta de pago y recibo de dote.                          | 3. <sup>a</sup> Carta de dote confesada.                                                   |
| 2. <sup>a</sup> Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales. | 4. <sup>a</sup> Modo de extender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial. |

1.<sup>a</sup> CARTA DE PAGO Y RECIBO DE DOTE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Alvaro de Medina, de estado soltero, mayor que expresó ser de veinticinco años, y por sí propio se gobierna, natural de esta villa, é hijo legítimo de legítimo matrimonio de Pedro de Medina y de Ana Lopez, difunta, vecinos y naturales que fueron también de ella, dijo: que á honra y gloria de Dios y para su santo servicio, está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Rosa Crespo, del mismo estado y naturaleza, hija legítima y de legítimo matrimonio de Juan Crespo y Gabriela Diaz, asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, á cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el santo Concilio de Trento, y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes, muebles y dinero, y entregarlos al otorgante, por dote y caudal suyo propio para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, con tal que formalice á su favor la correspondiente escritura, á lo que condescendió; y para que tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

*Aquí se ponen los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales; y prosigue la escritura.*

Importan á una suma los bienes y dinero que comprenden las partidas precedentes, tantos mil reales de vellón (salvo error de suma y pluma), de los cuales el otorgante se da por contento y entregado á su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, á mi presencia y de los testigos que se nominarán, de que doy fe; y como real y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza á su favor el resguardo mas firme y eficaz que á su seguridad conduzca; y declara que los bie-

nes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea, en poca ó mucha suma, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable *inter vivos*, con insinuacion y toda la firmeza legal necesaria, y á mayor abundamiento aprueba y ratifica la citada tasacion, y se obliga á no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato, á cuyo fin renuncia la ley 16. tit. 11. Part. 4. que dice: *que si el que da ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en cualquier cantidad que sea, aunque no llegue ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas*, y las demas leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufragen. Y en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas de que está adornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ó en arras y donacion *propter nuptias*, segun mas util la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil reales de vellón, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por sino tienen cabimiento, se los consigna en los mejores, mas bien parados y efectivos que adquiera en lo sucesivo, á su eleccion; y unida dicha cantidad á la dotal, asciende su total suma á tantos mil reales de la propia especie, los cuales se obliga á restituir y entregar en dinero efectivo á su futura esposa, ó á quien su accion tenga, luego que el matrimonio se disuelva por cualquiera de los motivos prescriptos por derecho, y á ello quiere ser apremiado por todo rigor, como también á la solucion de las costas que en su exaccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, para lo cual renuncia la ley penúltima de dicho título y Partida, y el término anual que le concede. Y para poder cumplir lo referido mas puntual y exactamente, se obliga también no solo á no disipar, gravar, hipotecar ni sujetar á sus deudas, crímenes ni excesos el importe de esta dote y arras, sino antes bien á tenerlo pronto para la restitution, y que en todo evento goce del privilegio dotal. Y al cumplimiento de todo lo referido obliga sus bienes muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuros; da amplio poder á los señores Jueces de esta villa para que á ello le compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; renuncia todas las le-

yes, fueros y privilegios de su favor; y así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

*Nota.* La escritura anterior es de dote estimada que causa venta, en la cual puse la obligacion de restituir su importe y no los bienes, porque como se transfere su dominio al marido, y puede hacer de ellos lo que quisiere, solo cumple con dar su estimacion, y á ello se le puede apremiar; mas esto no quita que se añada esta cláusula: Y en el caso de que haya algunos existentes al tiempo de la disolucion del matrimonio, sino pudiere satisfacer en dinero el total importe de los muebles dotales ha de cumplir con restituir los que existan, y por la deterioracion que hayan padecido y por los consumidos, su valor en otros equivalentes á justa tasacion, segun los ha recibido, para que no sea perjudicada en su dotal haber. Esta cláusula es justa: bien que sin embargo de que no se ponga, siempre tiene la muger ó su heredero, derecho prelativo á los que llevó y existen, porque por la estimacion no pierden la naturaleza de dotales, como dejo expuesto; y aunque la es mas conveniente que la cláusula se ordene segun lo queda en la escritura, y que los bienes de su dote se estimen y entreguen apreciados al marido, con estimacion que cause venta, es mas gravoso á este recibirlos estimados, especialmente si son animales ó muebles que se deterioran, ó consumen con el tiempo y uso; y obligarse á restituir en dinero lo que no se le entrega en él, ni en plata ni oro, por su intrínseco valor, es muy duro y gravoso al marido, así por no haberlo recibido en estas especies, como porque en venta nunca dan por los muebles, ni con mucho, el importe de su valuacion, al modo que es muy equitativo y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes á justa tasacion, segun se le entregaron, pues no se pone de peor condicion su muger, ni se la irroga detrimento; y así aconsejo al escribano que no ponga la cláusula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles, excepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes á justa tasacion. Pero si fueren raices, ó alhajas preciosas ó otras que no se consumen con el tiempo y uso, como los vestidos, se pondrá la cláusula de que se obliga á volverlos por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa ó omision padezcan algun detrimento, á resarcirlo en dinero, probada que sea, y no en otros términos. De esta suerte se evitan muchos pleitos y perjuicios al marido y á sus herederos, pues pueden restituir las mismas alhajas, me-

dante no transferirseles el dominio de ellas; y si en la valuacion hubo agravio, reclamarlo al tiempo de su restitucion, especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones, al modo que siempre que en cualquier cuenta haya error, debe deshacerse. Pero se previene al escribano que si la novia es hija de familia, tiene mas hermanos, y ademas de la dote que sus padres la dan, lleva algunos bienes heredados de otra parte ó regalados por el novio ó por otras personas, deben ponerse en la escritura dotal con separacion y distincion, y expresarse en ella su importe y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos como si provinieran de su caudal, ni sea por esta razon perjudicada, advirtiéndose que por muerte de estos, colacionará los que la den en cuenta de su legitima, y no los demas, pues de faltar esta claridad resultarán pleitos, á que no se debe dar lugar.

## 2.<sup>a</sup> CARTA DE DOTE EN VIRTUD DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, Don Francisco de tal, natural y vecino de ella, dijo: que está tratado de casarse con Doña María de tal, á cuyo efecto precedieron las tres amonestaciones que previene el santo Concilio de Trento, y entre los contrayentes y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, que todos otorgaron en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano Real, por la cual se obligaron á entregar á dicha Doña María, su hija, tanta cantidad en dote, y el otorgante á formalizar á su favor la correspondiente carta de pago y recibo, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une á esta para documentarla, é insertar en sus traslados, y su literal tenor dice así:

*Aquí la escritura de capitulaciones.*

La escritura inserta concuerda con la que se halla en el protocolo de esta, de que doy fe; y en consecuencia de lo estipulado en ella, mediante aproximarse el día del desposorio, y estar prontos los padres de la expresada Doña María á cumplir con la obligacion contraida, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que recibe ahora en contado de Don Diego y Doña Elena de tal, padres de la enunciada Doña María, por dote y caudal propio de esta, y en cuenta de sus legítimas los bienes siguientes.

*Aqui los bienes como en la primera escritura dotal.*

Importan los referidos bienes tantos mil reales de vellon, de que el otorgante se da por entregado, por haberlos recibido real y efectivamente en este acto de los expresados Don Diego y Doña Elena á mi presencia, y de los testigos infraescritos, de que doy fe; y como apoderado de ellos, formaliza á favor de su futura esposa y de sus padres el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca, los da por libres é indemnes de su responsabilidad, por rota, nula y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extinguida la obligacion que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto; y en su consecuencia declara que &c. (*Aqui se pondrá la declaracion de no haber lesion ni engaño en la tasacion de los bienes, como en la escritura primera de dote; y luego proseguirá.*) Y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo á su futura esposa por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo á lo pactado en la quinta condicion de la citada escritura, cuya cantidad la consigna en ellos y en los que en lo sucesivo adquiriera, y unida á la dotal compone y asciende su total suma á tantos reales, los que se obliga á restituir &c. (*Proseguirá como en la escritura primera de dote.*)

*Nota.* En esta escritura supongo que la novia no llevó mas dote que la que sus padres le dieron, por lo que no puse declaracion alguna, pero si llevare mas bienes por habérselos regalado sus parientes ó extraños, como suele suceder, se han de expresar con toda claridad, distincion y separacion, como dejo advertido en la nota puesta á continuacion de la primera escritura; porque de omitirlo, si tiene hermanos, querrán obligarla á recibirlo todo en cuenta de sus legitimas al tiempo de la particion, como si todo fuese patrimonial, á lo que no está obligada segun la ley 6. tit. 15. Part. 6., y la será difícil justificar despues el regalo. Tambien conviene que los padres de la novia lo declaren, y firmen la escritura dotal, para que los hermanos de esta no duden de la certidumbre del regalo, ni supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio estándoles prohibido; lo que tendrá presente el escribano para prevenirlo á los interesados.

*Otra.* Supongo igualmente que la novia está bajo de la patria

potestad; pero si estuviere fuera de ella, y despues de casada entregare los bienes á su marido, y este se hallare por consiguiente apoderado de ellos, se otorgará la escritura de recibo, con confesion de él, y no con fe de entrega, pues es absurdo estando apoderado de ellos decir que su muger se los entrega, y dar fe de ello el escribano, como si los recibiera entonces de otra mano, lo que le prevengo para que no dé fe falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fe de entrega se ha de dar solamente cuando no los recibió, y no cuando antes de otorgar el recibo los tiene en su poder.

3.<sup>a</sup> CARTA DE DOTE CONFESADA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Lorenzo del Rio (*Aqui se pondrá su naturaleza, vecindad y filiacion.*) dijo: que en tantos de tal mes y año contrajo matrimonio *in facie Ecclesiae* con Teresa Marin, de estado doncella (*Y aqui la naturaleza y filiacion de esta.*), la cual trajo á su poder por dote y caudal suyo propio diferentes bienes, que entonces se valuaron, y ascendió su valor á tantos reales, y de ellos ofreció otorgar á su favor el competente resguardo, y la prometió por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones y ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarlo; y mediante tener ahora proporcion para ello, cumpliendo con la promesa hecha = Otorga y confiesa haber recibido real y efectivamente de la referida su muger, y que ella trajo por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

*Aqui se pondrán los bienes como en la escritura precedente.*

Importan á una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon (salvo error), de que el otorgante se da por contento y entregado á su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger, y traído esta á su poder por dote y caudal suyo propio al tiempo que contrajeron matrimonio, cuya entrega ha sido cierta y efectiva, y por no parecer de presente, renuncia la excepcion de la *non numerata pecunia*, la ley 9. del tit. 1. Part. 5. que de ella trata, los dos años que prefiere para la prueba de su recibo, que da por pasados como si lo estuvieran, y las demas leyes que le favorecen, y otorga á favor de la precitada su muger el resguardo mas firme y eficaz que

á su seguridad conduzca; (*Proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras; y entonces dirá:*) y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos reales por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion á su virtud, honestidad y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario le hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos reales cabian entonces y caben actualmente en la décima parte de los bienes libres que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna &c. (*Proseguirá como la antecedente.*)

*Nota.* Si la dote consiste en dinero, se expresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente específicamente los que fueron sino solo su importe, y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede, sin que el escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento.

#### 4.<sup>a</sup> DEL MODO DE EXTENDER LA CARTA DE DOTE Y CAPITAL EN VIRTUD DE APREMIO JUDICIAL.

Cuando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote á favor de su muger, puede compelerle á ello el juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio y sus precios, haciendo expresion del dia, mes y año en que lo contrajo, de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase á su favor carta de pagó y recibo de ellos, de que la prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase, no pudo conseguirlo, y de que está en descubierto y expuesta á ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el juez mande que bajo de juramento declare si es cierto llevó á su poder por dote y caudal suyo cuando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada, que entonces se valoraron é importaron la misma cantidad, y que de ellos la ofreció otorgar el correspondiente resguardo, y no lo cumplió, y estando negativo, que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno ú otro medio, se le apremie á su otorgamiento. A esta pretension deferirá el juez, y evacuada la declaracion ó informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, é insertarán en ella, y en lo demas

no se diferencia de la dote confesada. Si el marido se resiste á otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé e conducente testimonio á la letra para su resguardo, lo cual perjudicará al marido y á sus herederos del mismo modo que si la otorgara. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio á dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles, á fin de no ser perjudicada. Lo mismo puede practicar el marido cuando los padres de su muger no quieran concurrir con ella al otorgamiento de su capital, pues con su citacion puede autorizarla el juez para su otorgamiento, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, y su importe se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio.

### CAPITULO SEXTO.

#### De los bienes parafernales.

- §. 1. ¿Que son bienes parafernales, y á quien corresponde el dominio y los frutos de ellos?
2. Aunque dichos bienes no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, tienen el de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitucion, cuando la muger se los entregó al marido.
3. No habiendo hecho dicha entrega, no estará obligado el marido ni su heredero á abonar á la muger el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hayan deteriorado ó consumido en la causa consintiendo la muger.
4. De la enagenacion de los bienes parafernales.

1. **B**ienes parafernales son aquellos que ademas de la dote lleva la muger al matrimonio como suyos propios, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo, como herencia, donacion &c. Llámense *parafernales*, de la diction griega *parapherna*, compuesta de *para*, que significa casi ó cerca, y *pherna*, que en el idioma castellano equivale á dote; por cuya razon se llaman casi dotales, ó mas bien extradotales, cuya úl-

á su seguridad conduzca; (*Proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras; y entonces dirá:*) y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos reales por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion á su virtud, honestidad y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario le hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos reales cabian entonces y caben actualmente en la décima parte de los bienes libres que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna &c. (*Proseguirá como la antecedente.*)

*Nota.* Si la dote consiste en dinero, se expresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente específicamente los que fueron sino solo su importe, y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede, sin que el escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento.

#### 4.<sup>a</sup> DEL MODO DE EXTENDER LA CARTA DE DOTE Y CAPITAL EN VIRTUD DE APREMIO JUDICIAL.

Cuando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote á favor de su muger, puede compelerle á ello el juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio y sus precios, haciendo expresion del dia, mes y año en que lo contrajo, de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase á su favor carta de pagó y recibo de ellos, de que la prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase, no pudo conseguirlo, y de que está en descubierto y expuesta á ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el juez mande que bajo de juramento declare si es cierto llevó á su poder por dote y caudal suyo cuando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada, que entonces se valoraron é importaron la misma cantidad, y que de ellos la ofreció otorgar el correspondiente resguardo, y no lo cumplió, y estando negativo, que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno ú otro medio, se le apremie á su otorgamiento. A esta pretension deferirá el juez, y evacuada la declaracion ó informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, é insertarán en ella, y en lo demas

no se diferencia de la dote confesada. Si el marido se resiste á otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé e conducente testimonio á la letra para su resguardo, lo cual perjudicará al marido y á sus herederos del mismo modo que si la otorgara. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio á dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles, á fin de no ser perjudicada. Lo mismo puede practicar el marido cuando los padres de su muger no quieran concurrir con ella al otorgamiento de su capital, pues con su citacion puede autorizarla el juez para su otorgamiento, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, y su importe se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio.

### CAPITULO SEXTO.

#### De los bienes parafernales.

- §. 1. ¿Que son bienes parafernales, y á quien corresponde el dominio y los frutos de ellos?
2. Aunque dichos bienes no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, tienen el de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitucion, cuando la muger se los entregó al marido.
3. No habiendo hecho dicha entrega, no estará obligado el marido ni su heredero á abonar á la muger el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hayan deteriorado ó consumido en la causa consintiendo la muger.
4. De la enagenacion de los bienes parafernales.

1. **B**ienes parafernales son aquellos que ademas de la dote lleva la muger al matrimonio como suyos propios, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo, como herencia, donacion &c. Llámense *parafernales*, de la diction griega *parapherna*, compuesta de *para*, que significa casi ó cerca, y *pherna*, que en el idioma castellano equivale á dote; por cuya razon se llaman casi dotales, ó mas bien extradotales, cuya úl-

tima palabra tomada del latin se ha adoptado en castellano (1). En estos bienes tendrá dominio el marido si la muger se los entrega con esta intencion, y no de otra suerte.

2. Verificándose pues la entrega en estos términos, aunque dichos bienes no gozan del privilegio de antelacion ó preferencia que los dotales, sin embargo tienen el de tácita hipoteca en los del marido, quedando estos sujetos igualmente á la responsabilidad y restitution de los parafernales. Por consiguiente la muger será en tal caso preferida á los acreedores anteriores y *chirografarios* del marido, como tambien á los posteriores que tengan hipoteca tácita ó general expresa. Por el contrario si la muger no se los entrega al marido para que los cuide y administre como los bienes dotales, sino que se los reserva y administra por sí, no gozarán del privilegio de tácita hipoteca; porque como ella retiene en este caso el dominio y usufructo de ellos, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan. Por consiguiente disuelto el matrimonio nada se la debe abonar de su importe, por no haber entrado en el fondo de la sociedad (2). Lo mismo procederá cuando se duda si se los entregó ó no, porque entonces se presume haber retenido su dominio (3); pues el marido en tanto queda obligado y es responsable, en cuanto recibe, y no mas; y como la muger puede detener el dominio de todos sus bienes fuera de los dotales, y hacer de ellos lo que quiera, en constandingo que los retuvo y no los entregó al marido, ni ella tiene accion á pedirselos, ni por consiguiente sus herederos, ni él obligacion de abonarla su importe si no existen. Asi que si perecieron por caso fortuito, ó los empleó en algun negocio en que se perdieron, ó los impuso en el fondo vitalicio, todo es por su cuenta y riesgo, aunque suene concedida la licencia de su marido para ello; porque esta se da únicamente para que nadie tenga reparo en contratar con la muger, mas no para que quede responsable el marido á dichos bienes, sino se obliga á ello expresamente en la misma licencia ó en otro contrato, ni á parte alguna de sus frutos, que como accesorios siguen la naturaleza de lo principal, y ademas se constituyen comunes de ambos, como se dirá en su lugar.

3. No habiendo entregado la muger á su marido los bienes

1 Ley 17. tit. 11. Part. 4. ley *Si ergo. §. Dotis autem causa. ff. de jur. dot. ley fin. Cod. de pact. convent. ley De his. Cod. de donat. inter vir. et uxor.*

2 Dichas leyes, y ley *Hac lege. Cod. de*

*pact. convent. DD. in leg. fin. Cod. hoc. tit. et in leg. 1. ff. solut. matrim. Gregor. Lop. en la 17. de la Part. cit.*

3 Ley 17. tit. 11. Part. 4. *E si las non diere al marido.*

parafernales, aun cuando los hubiese llevado á poder del mismo, y con el uso de ambos ó de su familia se consumiesen ó deteriorasen callando ó consintiéndolo ella, no tendrá obligacion el marido ni su heredero de abonarla ó pagarla su valor ó estimacion (1); á menos que se haya hecho mas rico por este uso, pues entonces en cuanto se utilizó estará obligado (2); ó bien si hubiere gananciales, en cuyo caso sacará la muger el importe de dichos bienes como fondo puesto en la sociedad conyugal. Mas si el marido los consumiere en el uso de su casa y familia ignorándolo y no consintiéndolo su muger, está obligado á la integra restitution de su valor, porque no se presume habérselos donado (3). Lo cual procede ya haya ó no gananciales; pues en caso de no haberlos, los deberá reintegrar de su capital, como deuda contra él con hipoteca tácita.

4. La enagenacion de los bienes parafernales hecha por el marido es una cuestion que tiene mas estrecho enlace que el tratado de particiones, donde se verá cómo debe hacerse la deducion del importe de los referidos bienes, segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion; y asi se omite aqui este punto por no anticipar la doctrina que corresponde á otro lugar.

1 Dicha ley *De his. Angel. in leg. Ubi bdhuc. Cod. de jur. dot. Gomez en la 50 de Toro, num. 44. vers. Et ex superiori-*

2 Ley *De his* cit. Gomez ibi vers. *Secunda conclus.*

3 Dicha ley *de his. Gomez ibi vers. Tertia conclus.*

## CAPITULO SEPTIMO.

## De las arras.

- §. 1. ¿Cuántas especies hay de arras?
2. El novio no tiene obligación de dotar ó dar arras á la novia.
3. La muger hace suyas las arras, y por su muerte tocan á sus herederos.
4. En que tiempo pueden ofrecerse y aumentarse las arras.
5. En que casos podrá el marido enagenar las arras.
6. Pueden prometerse las arras no solo de los bienes presentes sino de los futuros.
7. Los menores pueden ofrecer arras en la cantidad permitida por la ley, sin que sobre esto tengan restitucion.
8. Para abonar ó no arras á la muger, y en que cantidad, debe atenderse á lo capitulado en las escrituras nupciales.
- 9, 10 y 11. Tratan de lo mismo.
12. No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien viuda.
13. Ofreciendo el novio mas de la décima parte de sus bienes, no por via de arras sino como dote ó remuneracion de las prendas personales de la novia, valdrá como donacion remuneratoria.
14. Pueden ofrecerse arras del usufructo de los bienes vinculados.
15. En que tiempo se han de ofrecer estas arras para que la muger tenga derecho á pedir las.
16. Cuando el novio y su padre ofrecen arras, si muere aquel y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja, ¿tendrá derecho la muger para repetir contra el suegro lo restante?
- 17 y 18. Si el novio ofreció en arras la décima parte de sus bienes creyendo que eran suyos, y despues le quitaron algunos en juicio, ¿tendrá cabimiento la oferta en mas que en la décima de los que realmente quedaron?
19. Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá resarcirse del engaño no pagando todo lo que ofreció.
20. Las arras gozan del privilegio de hipoteca tácita en los bienes del marido.
21. Sino hubiere arras, y en lugar de ellas se dieren vestidos ó preseas, no deben estas exceder de la octava parte de lo que importe la dote.
22. Consumiendo ó deteriorando

la muger con el uso las preseas ó vestidos que su marido la dió despues de desposados, ¿podrá ella ó su heredero dejarlos y percibir las arras que la prometió el mismo?

23. ¿Que gana la esposa de presente ó futuro disuelto el enlace si el esposo la hubiere besado?
24. Continuacion del mismo asunto.

sunto.

25. La esposa de presente ó futuro que entra religiosa, adquiere la mitad de todo lo que el esposo la hubiere dado.

26. Si la novia libre mayor de veinte y cinco años ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes.

*Escritura de arras correspondiente á este capítulo.*

1. **H**ay tres especies de arras: 1.<sup>a</sup> y de la que vamos á tratar, es la donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, ó en consideracion á sus prendas personales. A esta oferta ó dádiva llaman comunmente tambien donacion *propter nuptias*, ó dotacion, que antiguamente se llamaba *ante nuptias* porque se hacia antes del matrimonio, hasta que el Emperador Justiniano permitió que se pudiese hacer durante él. Su dominio pasa irrevocablemente á la muger, y por su muerte á sus herederos, como se verá despues; 2.<sup>a</sup> lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. gr. anillos, aderezos &c.; ó esta á él, con esperanza y fin de casarse. Esta donacion se llama en latin *sponsalitia largitas*, y en ella puede el donante imponer condiciones á su arbitrio, y aunque no se exprese que es con el fin de casarse, se entiende asi (1). Cuando ganan ó no esta donacion los esposos, ya se siga ó no el matrimonio, lo trata Gomez en la ley 52 de Toro. num. 1. y sig., cuya explicacion omito por no ser necesaria al escribano; 3.<sup>a</sup> lo que los esposos de futuro se prometen ó entregan antes de contraer matrimonio en señal ó prenda para hacer constar los sponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte, y en lo antiguo se daban tambien para confirmacion del matrimonio (2), lo cual no se practica en el dia. Otra donacion suelen hacerse marido y muger despues de consumado el matrimonio, sobre cuya validacion ó insubsistencia, y de que bienes puede ser hecha, véase el tratado de las donaciones.

1. Ley 2. tit. 11. Part. 4. Parlad. dif. ferent. 125.

2. Parlad. ibi. num. 6.

2. Hay una opinion bastante comun entre gentes poco instruidas de que el novio tiene obligacion de dar arras ó dotar á la novia; siendo asi que este es un acto meramente voluntario, pues no hay ley que lo mande; antes bien la del Fuero Real que lo permite <sup>(1)</sup> prescribió limites en esta materia mandando que ningun novio pueda dar ni prometer á la novia en arras ó donacion *propter nuptias* mas que la décima parte de los bienes libres que tenga; y no queriendo ofrecerla arras, tampoco puede darla en joyas ó preseas ni en vestidos (que la ley de Partida llama *donadíos*, y ahora *vistas*) ni en otra cosa, mas que la octava parte del importe de la dote que recibiere. Dicha ley del Fuero está confirmada por otras dos de la Nov. Rec. <sup>(2)</sup>; en una de ellas se prohíbe el poder renunciarse aquella; y que aunque se renuncie no valga su renunciacion, imponiéndose al escribano que autorice contrato con ella la pena de perdimiento de oficio, y que no pueda usarle mas, pena de falsario. En la otra se prohíbe al Consejo de Cámara dispensar en esto, anulando las facultades que en su contravencion se dieron, y se previene ademas que todos los contratos, pactos y promesas que se hicieren en fraude de lo dispuesto en dichas leyes, sean nulos, y que el exceso que se dé ú ofrezca, se pierda y aplique al fisco. De estas disposiciones legales se infiere que el novio ó esposo no tiene obligacion de dar arras ni otros donadíos, como joyas, vestidos &c. Pero si ofreciere arras, y tambien diere joyas ó preseas y vestidos á su esposa, viuda ó soltera, debe escoger esta cual de las dos cosas quiere (pues ambas no se lo permite la ley) dentro de veinte dias requerida por los herederos de su marido, y no haciendo la eleccion toca á los herederos de este, y muerta ella la pueden hacer los suyos en el mismo término <sup>(3)</sup>. Lo cual se entiende siempre que la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas, preseas ó vestidos; pues no siendo asi se deben considerar como donados despues del matrimonio en cumplimiento de la obligacion alimentaria del marido, por lo que se inventariarán y llevará las arras aplicándose la los vestidos ó joyas en parte de su haber hasta en lo que alcance.

3. La muger hace suyas las arras, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos y extraños, sino dispone expresamente de ellas <sup>(4)</sup>, ó no intervino pacto contrario al tiempo de su ofer-

1 Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero.  
2 Ley 1. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.  
3 Ley 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

4 Leyes 1 y 2. tit. de las arras, lib. 3 del Fuero Real, y 2 y 3. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

ta, el cual puede poner entonces el promitente, y no despues á su arbitrio, ó bien hacerla simplemente, como que es donacion puramente graciosa y voluntaria procedente de su liberalidad.

4. Puede el marido ó esposo ofrecer arras á su esposa ó muger antes de contraer matrimonio, y aumentallas despues si ella aumenta su dote, y valdrá la promesa, con tal que no exceda de lo que la ley permite, pues la constitucion ó señalamiento de las arras no se considera como donacion simple sino *propter nuptias* <sup>(1)</sup>.

5. No debe el marido enagenar ni disipar las arras, aunque medie permiso de la muger, ni aun muriendo esta si dejare hijos y mientras estos vivan, á menos que se las haya dado apreciadas; ó que la muger concorra al contrato de su enagenacion y lo jure, renunciando al derecho hipotecario que tiene contra los bienes del consorte, como se dirá despues: la razon de esto es porque las arras tocan á los herederos de la muger, como queda sentado.

6. Aunque el novio no tenga bienes algunos cuando se case, puede prometer arras á su novia ó esposa de los que en lo sucesivo adquiera, y valdrá la promesa en la décima parte líquida de ellos, como dispone la ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real; pues entonces se atiende al tiempo en que se piden, y no al en que se prometieron <sup>(2)</sup>; y asi se practica, porque á todos está permitido obligar sus bienes futuros como los presentes al cumplimiento del contrato que celebra.

7. Asi como el novio mayor de veinte y cinco años y capaz puede dar ú ofrecer arras á la novia, asi tambien el menor de ellos hasta en la cantidad referida, sin que sobre ello deba ser restituido, porque hace lo que cualquier mayor advertido y prudente <sup>(3)</sup>. Lo cual se entiende en dos casos: 1.º cuando no tiene curador para la administracion de sus bienes, pues teniéndolo, ha de intervenir su autoridad, y de lo contrario será nula la donacion y promesa <sup>(4)</sup>, excepto que lo confirme con su silencio despues que sea mayor de ellos; 2.º cuando la donacion consiste en dinero, ó en cosas que guardándolas no pue-

1 Ley 1. tit. 11. Part. 4. Ley Cum multi. §. Si igitur. y 1. Si constante. Cod. de donat. ante nuptias. §. Est et alud. Institut. de donat.

2 Gomez en la ley 10 de Toro; num. 13. Matienz en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 5. Baez. cap. 31. num.

T. I.

10. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 8.

3 Arg. 1.º. Non videtur. Cod. de in integrum restitution. Ley 1. Cod. si adversus donation.

4 Ley Si curatorem habens. Cod. de in integrum restitut. y ley 2. y ley Mulier. 28. Cod. de jure dotium.

den conservarse; pues consistiendo en bienes raíces, no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable la licencia ó decreto judicial (1); bien que si esta no interviene, y pasan años despues de cumplidos los veinte y cinco sin reclamarlas, se confirma y queda eficaz, al modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por titulo oneroso. (2).

8. Si el novio ofrece á su futura esposa cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que entonces tiene, y caso que no quepa, haciéndole la consignacion en los que en adelante adquiriera, aunque al tiempo de contraer matrimonio no cupiese en ella, si al de su disolucion tiene cabimiento, se la debe aplicar, ó lo que de ella quepa (3), al modo que cuando ninguno tiene, y le ofrece la décima de los que adquiriera, como dejo sentado en el párrafo 6.; pues los pactos nupciales son válidos, y se deben observar no estando expresamente prohibidos por derecho (4). Lo propio milita si al tiempo de su oferta, expresa: *que en el caso de que su esposa muera antes que él, ha de entenderse nula la oferta, y no podérsele exigir su importe, aunque deje herederos forzosos.* O siendo viudo, y teniendo hijos del anterior matrimonio, dice: *que si su esposa falleciere antes que él, se entienda nula la oferta, y no pueda pedirsele jamas su importe por los herederos legítimos ni extraños que instituya, y solo por su muerte tengan derecho á él los hijos que procreare en ella, y cuando se haga la division de sus bienes, puedan exigirlo de estos como crédito privilegiado:* procediendo lo mismo respecto de cualquier otro pacto permitido que como donante quiera imponer, segun puede en la donacion al tiempo de hacerla; por lo que para abonarla ó dejarla de abonar ó á sus herederos las arras, debe tenerse á la vista lo capitulado en las escrituras nupciales, y arreglarse á ellas.

9. Pero si en la escritura de promesa no habló el esposo de sus bienes presentes ni futuros, y solo dijo simplemente *que ofrecia en arras á su esposa tanta cantidad,* y al tiempo que se la prometió no cabia en la décima de sus bienes, ó por ser po-

1 Ley *Lex quæ tutores.* Cod. de administrat. tutor. y ley *Prædia.* Cod. de prædiis minor.

2 Ley final. Cod. *si major factus alienationem factam.* Gom. en la 50 de Toro, num. 4. Matienz en dicha ley 2. glos. 1. num. 3. Covarr. Pract. cap. 28. num. 10.

3 Ayor. part. 1. cap. 7. num. 18. Rodrigo. Suar. en la ley 1. y Montalv. en la ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real.

4 Ley única. § *Illud.* Cod. de rei uxoria action. et in Barbos. Fontanel. de pact. nupcial. part. 12. glos. 84. num. 5. Gotierr. de division. lib. 8. cap. 5. num. 1 al 3.

bre ningunos tenia, no valdrá la oferta en la décima de los que despues adquirió; porque *en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse, y á su heredero, en lo menos que pueda y las obligaciones no se deben ampliar fuera de la voluntad de los contrayentes, ni interpretarse en su detrimento con ampliacion sino con restriccion;* y así á esto se reduce y debe reducir la suma ofrecida (1).

10. Se entiende lo explicado en el párrafo precedente aunque el novio obligue en la escritura sus bienes presentes y futuros; pues por esta obligacion general no se induce que quiso ampliar la promesa á mas de los que tenia cuando la hizo, porque esto mas es seguridad de la precedente, que ampliacion y extension de la promesa; y las palabras que se refieren á la ejecucion no alteran ni mudan la disposicion (2).

11. Si al tiempo que el marido ó esposo ofreció las arras á su futura esposa, y al de su muerte, tenia bienes, y la prometió indistintamente á su eleccion la décima parte de ellos, se ha de atender para su deducion y abono al que sea mas util á la muger ó á sus herederos (3), porque tienen accion á elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo á la promesa y obligacion del promitente, cuya voluntad fue beneficiarla, para lo cual han de hacer constar qué bienes tenia en ambos tiempos; al modo que cuando la muger posee las arras que le dió su marido, incumbe á los de este probar que exceden de la décima, para anular el exceso (4). Y si su oferta se limitó á la décima de los que entonces tenia y eran suyos, no se deben ampliar á los que despues adquirió, porque no los obligó, ni por consiguiente la concedió accion á la de estos.

12. No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera sino tambien cuando es viuda, sin diferencia, porque no se deben por derecho sino por pacto voluntario y contrato celebrado entre los dos, que debe observarse por no haber prohibicion de que se la den ú ofrezcan; pero teniendo hijos de dos ó mas maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro la ofreció, sino llevar cada

1 Ley *Semper in stipulationibus.* ff. de regul. jur. Ayor. dicho num. 18. vers. *Sed quid erit*

2 Clementin. 1. de præbend. Alex. in leg. *Quæ dotis* 34. num. 12. y Jason. num. 41. ff. *solut. matrim.* Covarr. in *Hubr. de testam.* part. 2. num. 38. vers. *Tertia conclusio* Carley. de judic. tit. 4. disp. 5. num. 34.

3 Castell. en la ley 50 de Toro, num. 9. vers. *Secundo casu.* Ayor. part. 1. cap. 7. num. 18.

4 Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las arras, lib. 3. del Fuero Real, fol. 6. vers. *Circa hanc partem,* al fin. Covarr. lib. 2. Var. cap. 6. num. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num. 7 y 9.

uno las prometidas por su respectivo padre (1). Lo que se observará al hacer la particion, pues por haberse vuelto á casar debe reservárselas, como en su lugar diré. Y aunque la ley tercera del mismo título hace mencion de la manceba (que entonces llamaban así á la que ahora doncella ó soltera), es porque por lo regular mas se ofrecen á las doncellas que á las viudas; pero si se dieran ú ofrecieren á estas, las harán suyas como aquellas (2). Y como la misma ley primera hablando con la muger, dice: *E si la muger habiendo fijos de aquel marido, finase, puede dar por su alma la quarta parte de las dichas arras á quien quiera, é las tres partes finquen á los hijos de aquel marido de quien las hubo*; se duda, ¿si podrá mejorar á alguno de sus hijos procreados en aquel matrimonio, en el tercio y quinto del importe de las arras, ó legar el quinto á extraño; y por consiguiente si su total se deberá juntar con los demas bienes suyos para deducir el tercio, ó quinto, ó entrambos? Y digo que en ambos casos se debe juntar, no mandando lo contrario, ó no probándose estar en observancia la dicha ley (3); porque todos son bienes suyos, de los que no se ha de hacer distincion ni separacion, excepto que intervenga su precepto ó el uso contrario; lo cual he practicado y visto practicar.

13. Ofreciendo el novio á la novia mucho mas de lo que importa la décima parte de sus bienes no por via de arras sino como dote ú donacion, premio y remuneracion de sus prendas personales, como cuando se enlaza un viejo con una doncella de mérito, valdrá, porque es donacion remuneratoria que está permitida (4), y no simple, la cual está prohibida por derecho entre marido y muger (5); por lo que se la aplicará, con tal que, si tiene descendientes legítimos, no exceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que respectivamente los puede perjudicar (6); pues careciendo de unos y otros la puede instituir heredera. Y sin embargo de que algunos dicen que esto es defraudar la ley socolor de remuneracion, porque una vez que

1 Ley 1. tit. de las arras, lib. 3. del Fuero Real.

2 Palac. Bib. in repet. fol. 7. col. 3. vers. *Advertendum*. Rodrig. Suar. en dicha ley 1. fol. 25. vers. *Præmitte*. Gom. en la 50 de Toro, num. 13. cerca del fin.

3 Escobar. comput. 1. num. 18 y 19.

4 Ley Quot. autem. 7. §. *Si vir. ff. de donation. inter vir. et uxor.*

5 Ley 4. tit. 11. Part. 4. Leyes 1, 2

y 3. cod. tit. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 30 y 31. Gom. en la 50 de Toro, num. 66. y lib. 2. Var. cap. 4. num. 23. et ibi Aillon.

6 Garcia de donation. remuneraton. num. 42. Covarr. lib. 4. *Decretal.* part. 2. cap. 3. §. 3. Ceval. in *Specul. pract.* quest. 273 y 50. Acev. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. num. 11. Parlad. different. 125. num. 10.

se conforma la novia en casarse con el viejo, ya se constituyen iguales, se debe seguir no obstante lo expuesto, excepto que se pruebe haberse hecho con el ánimo de cometer fraude, porque una cosa es dar dote, y otra muy diversa dar arras; y aunque la dote que el padre da á su hija, y las arras que el novio da ú ofrece á la novia, tienen tasa por las leyes Reales; mas no la que el marido ú otro extraño dan á la muger: y asi no excediendo en el caso propuesto del tercio ó quinto, valdrá, y para evitar disputas, se ordenará la cláusula de oferta en los términos siguientes: *que se la hace del quinto para que lo haya, la mitad, que es la décima, por via de arras y donacion propter nuptias con arreglo á la ley del Fuero, y la otra mitad, en caso de no renovarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la ley 28 de Toro, ó como mas la convenga y haya lugar en derecho, para que sea eficaz y no se invalide en parte alguna.*

14. Aunque el novio no tenga bienes libres cuando se casa, puede si quiere ofrecer arras á la novia, no de los vinculados sin que intervenga Real permiso, ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufructo ó aprovechamiento. Y para hacer esta regulacion, se tendrá presente su líquido efectivo producto anual, sacados los gastos, y lo que podrá vivir el novio segun su edad y robustez: y atendido esto, se formará un capital á la similitud del censo vitalicio personal, como si fuera de renta vitalicia (que por tal se gradúa el producto de los bienes vinculados) ó de dinero puesto en fondo vitalicio ó muerto, á razon de diez mil el millar, porque es por una vida, con arreglo á lo últimamente dispuesto acerca de estos censos (1) (\*): v. gr. producen los bienes ocho mil reales ánuos líquidos, y el marido segun su edad y robustez podrá vivir diez años que por ocho mil en cada uno componen ochenta mil reales los réditos ó renta de los diez: en este caso se forma capital de ocho mil, que son la décima de los ochenta mil, los que, si quiere podrá prometer por via de arras á su muger futura; y si se conceptuare que puede tener vida mas larga, podrá ser mayor la promesa proporcionalmente (2). Lo mismo podrá practicar con

1 Nota 2. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

\* La nota 2. que cita el autor dice á razon de veinte mil el millar, y en la ley 6 del mismo título, en que se trata del precio de los censos de por vida, se previene que el precio justo de una vida se entienda á siete mil maravedis el

millar.

2 Ayor. dicho cap. 7. num. 26. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 19. num. 42. Gutierr. lib. 2. *Pract. quest.* 17. al fin. Solaz. n. de Jure Indiar. tit. 2. lib. 2. cap. 2. num. 51. Escobar. de ratiociniis, computat. 2. num. 5 y 6, y otros que citan.

otra renta, encomienda ó pensión vitalicia que goce, y con las joyas, preseas y vestidos que la dé, con la diferencia de que la cuota de estas no debe exceder de la octava parte de la dote que con ella recibiere. Si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la respectiva parte que quepa en el que vivió, porque ni pudo ni tuvo bienes para ofrecerla mas arras antes ni despues de casarse, excepto que en este intermedio adquiriera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien á su satisfaccion, pues en este caso lo deberá percibir de todos, y en cuanto á las joyas y vestidos deberá volver el exceso, porque no pudo dárselo en contravencion de las leyes prohibitivas, sin embargo de que por estar consumado el matrimonio haga suyo todo lo que la dé su marido; pues esto se debe entender cuando la donacion no excede de los límites legales, mas no cuando es excesiva; pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se la dejará íntegro, y así deberá pactarse en el contrato nupcial para evitar dudas y pleitos.

15. Es de advertir que para que tenga derecho la muger á pedir estas arras, se le han de ofrecer al tiempo de casarse, pues disuelto su matrimonio, no puede pretenderlas á pretexto de que el marido pudo ofrecérselas, ni se la deben abonar, sino precedió el pacto; y aun cuando haya precedido, sino estan arregladas á la ley citada; pena de nulidad del contrato, y de privacion de oficio al escribano que lo autorice en otros términos; y que tampoco pueda pedirse mas en juicio ni fuera de él.

16. Ofreciendo el novio y su padre, ú otro en virtud de poder de ambos, cantidad determinada en arras á la novia, si despues de casado muere antes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja, ¿la novia ya viuda tendrá que contentarse con lo que quepa, ó podrá repetir contra su suegro el residuo? De los bienes de su marido sacará la décima, y por el resto le quedará el regreso contra su suegro, porque este se obligó en el todo igualmente que aquel, debiendo por consiguiente pagar lo que falte. Y no le servirá alegar que lo hizo en nombre de su hijo cuando le tenia en su poder, y que su obligacion no se extiende á mas que á las facultades de este; porque viene á ser como fiador suyo, y siendo oneroso el contrato matrimonial, que tal vez no hubiera otorgado la novia á no haber intervenido dicha oferta, debe responder el suegro de lo restante á falta de bienes su-

ficientes de su hijo; y á los de este, si los dejare, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo este otra cosa arreglada á ley. Pero si en la escritura de promesa se limitare la oferta al caso en que quepa en la décima de los bienes que tenga el novio cuando muera, y no mas, entonces llevará únicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

17. Si el novio ofreció á la novia la décima parte de sus bienes libres en inteligencia de que eran suyos porque los poseía por tales con buena fe, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños; parece que dejando herederos legítimos, no tendrá cabimiento la oferta en mas que en la décima de los que realmente le quedaron, porque el marido no pudo ofrecer décima de otros que de aquellos en que tenia pleno dominio; y siendo como es constante que la décima se entiende y debe deducir de lo líquido y efectivo del caudal del promitente, bajadas las deudas, por no llamarse ni ser suyo lo demas; se sigue que verificándose luego no serlo los que su legítimo dueño reivindicó y quitó al novio, no debe llevar décima de ellos la novia (1).

18. Pero no obstante estas razones la opinion contraria tiene mayor séquito: lo primero, porque en el nombre de bienes se incluyen y comprenden los que poseemos con buena fe, aunque sean ajenos (2), y lo segundo, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haría á no intervenir, y no es justo sea defraudada; por lo que, y por ser deuda contra el caudal del marido contraída con buena fe en tiempo habil por contrato oneroso que obliga á disponer de la persona; dicen los autores (3), que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon expuesta, ó por otra, pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exaccion y petición; al modo que cuando no tiene bienes algunos y ofrece de los que adquiriera, se atiende al tiempo en que se piden, y no al de su promesa, y así se la abonarán.

19. Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó, ó

1 Avor. part. 1. dicho cap. 7. num. 22 al 25.

2 Ley Bonorum appellatio. 49. ff. de verbor. significatim.

3 Gom. en la ley 50 de Toro, num. 13. vers. Ex quo inferitur. Rodrig. Suar.

en la ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Bez de non meliorand. filiab. cap. 28 num. 4. y cap. 31. num. fin. Matienz. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 4.

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. §. Hæc aut. 2. Cod. qui potior. in pignore hab. Gom. en la

ley 50 de Toro, num. 41 y 78.

4 Auth. de æqualitat. dot. collat. 8. tit. 9. novel. 97. cap. 2. Curia Philip. Comet. e. 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. Castill. 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 quanto 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. glos. 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 legata. caus. 37. quest. 2.

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

satisfare 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 queritur.

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 quanto 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 deducion 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 legitimo de &c. dijo: que está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legitima 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 desiere 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 legitimos 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.



## CAPITULO OCTAVO.

## De los bienes gananciales.

- §. 1. ¿Que son bienes gananciales, y á quién corresponden?
2. Por derecho antiguo no los adquiria la muger.
3. Para adquirir la muger los gananciales no es precisa la cohabitacion.
4. Tampoco es preciso que la muger concorra á adquirirlos con su trabajo.
5. No son gananciales los bienes que el cónyuge adquiere por donacion personal ó legado.
6. Son gananciales los que proceden de compra, aunque se haga en cabeza del marido.
7. Casos en que no tiene lugar esta doctrina.
8. Son comunicables los frutos del usufructo de las fincas que uno de los cónyuges llevó en propiedad al matrimonio.
9. No se reputa ganancial el derecho de usufructo que tenga alguno de los cónyuges.
10. Tampoco es ganancial el usufructo que durante el matrimonio adquiere cualquiera de ellos.
11. Los frutos de un legado adquirido por un cónyuge son comunicables al otro.
12. Tambien son gananciales los frutos de los bienes litigados por un cónyuge, aun cuando no gane el pleito ni los perciba hasta des-
- pues de la muerte del otro.
13. Son igualmente gananciales los oficios de regidor, escribano y demas de esta clase comprados durante el matrimonio.
14. Las donaciones remuneratorias se comunican en el verdadero valor del servicio remunerado, mas no en el exceso de aquel.
15. El peculio castrense es comunicable cuando lo adquirió el marido á expensas del caudal comun.
16. Son tambien comunicables los productos del oficio cuasicastrense.
17. El precio de la finca que recobra el marido en virtud de contrato de *retroveniendo* durante el matrimonio es comunicable entre los dos consortes.
18. Casos en que son y no son comunicables los regalos que hacen á la muger los parientes del marido.
19. La posesion y dominio en los gananciales es ficto y revocable en la muger.
20. El dominio del marido en los gananciales es perfecto é irrevocable.
21. Tambien se adquieren gananciales durante el matrimonio ilegítimo contraído de buena fe.
22. No está obligada la muger por la fianza de su marido.

23. A no ser que la fianza sea de los dos, y por negocio perteneciente á la sociedad conyugal.
24. ¿Muerto uno de los cónyuges y durante la indivision, siguen adquiriendo gananciales sus herederos?
25. Razones en que se apoya la opinion contraria, y diferencias que hay entre las sociedades conyugal y convencional.
26. Debe constituirse diverso derecho entre dichas sociedades.
27. Razones de esta doctrina.
28. Nuevas razones en su corroboracion.
29. Casos en que muerto el marido se entenderá continuada la sociedad conyugal, y tiene lugar la comunicacion de gananciales.
30. Otro caso en que esta sucede.
31. Sigue el mismo asunto.
32. Casos en que la comunicacion de los gananciales adquiridos durante la proindivision debe ser á prorrata.
33. Casos en que se pierde el derecho á los gananciales.
34. Cuando uno adquiere para sí por donacion ó testamento.
35. Cuando la muger vive licenciosamente estando viuda.
36. Cuando renuncia esta los gananciales.
37. Objecion desvanecida.
38. Otra objecion disuelta.
39. Si hace la renuncia siendo viuda tambien es válida, á menos que sea menor de veinte y cinco años.
40. Cuando el marido ha hecho mejoras en fortalezas ó heredamientos de mayorazgos.
41. Cuando en la finca de un cónyuge el usufructo que era ageno se consolida con la propiedad.
42. Pero los frutos de todos los bienes de ambos cónyuges, cualquiera que sea su procedencia, son comunicables.
43. Cuando se separan marido y muger de comun acuerdo, cesa la comunicacion de gananciales; mas no si la separacion es por culpa del marido.
1. **D**icense bienes gananciales aquellos que el marido y la muger ó cualquiera de los dos adquieren ó aumentan durante el matrimonio por compra ú otro contrato, ó mediante su trabajo é industria, como tambien los frutos de los bienes propios que cada uno llevó al matrimonio, y de los que subsistiendo este adquieran para sí por cualquier título. Así cuando no se acredita cuales ó cuantos llevó cada uno, todos se reputan gananciales (1). Tales bienes son propios de entrambos cónyuges, ora provengan de donacion que el Rey ú otro les haga en comun, ora de

1 Ley 1 y 4. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

compra ó contrato, aunque se celebre en cabeza de uno solo (1). La razon es porque por nuestras leyes, el marido y la muger se consideran una misma persona. Del propio modo son comunes las deudas, á menos que hayan sido contraídas antes de su casamiento, en cuyo caso deberá satisfacerlas el que las contrajo (2).

2. Esta comunidad de bienes y deudas no la reconocia el derecho antiguo, pues todos los bienes se presumia pertenecer al marido, llevando únicamente la muger los que justificaba ser suyos, á menos que tuviese arte ú oficio con que los adquiriese honestamente, en cuyo caso se la oía en juicio, y se la adjudicaban los que parecia justo (3). En Córdoba por antigua costumbre fundada en esta legislacion no adquiria gananciales la muger, sino mediante pacto expreso; pero actualmente, en virtud de la ley 13. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. que la abolió, se observa el mismo derecho que en Castilla. En la villa de Alburquerque, Jerez de los Caballeros y otros puebllos de su comarca, en que está vigente el fuero llamado del Bailio, son comunicables por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentran á la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales, aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna. Esto se entiende si no interviniere pacto en contrario (4).

3. Repútanse gananciales los bienes adquiridos durante el matrimonio, no solo cuando marido y muger cohabitan en un mismo pueblo y casa, sino aunque esten en diversos, con tal que subsista aquel, v. gr. si el marido está empleado, y la muger porque el clima es nocivo á su salud ó por otro justo motivo se queda en su patria, ó si en ella tiene algun tráfico, y el marido otro en otra parte; pues en estos y otros casos semejantes subsisten el matrimonio y la sociedad y union de sus voluntades, aunque no la de sus cuerpos, y asi todo cuanto ganen uno ú otro ó ambos, se deben comunicar ó dividir por mitad (5), á pesar de que algunos creen que para esto es precisa la simultanea cohabitacion.

4. Lo mismo procede, ya lo ganen ambos ó el uno solo durante el matrimonio; pues aunque el uno nada trabaje, no deja-

1. Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real y 207 y 223 del Estilo.

2. Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real y 203 del Estilo.

3. Ley 2. tit. 14. Part. 3. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. Quint. Muc. 51. ff.

4. Ley 12. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

5. Palac. Rub. in Rubr. de danat. inter

vir. et uxor. §. 64. num. 15. Gom. de Leon in sua Centur. cap. 1. num. 14. Acev. en la ley 2. num. 14. verb. De consuno, y en la 6 al fin. tit. 9. lib. 5. Rec. Mat. en dicha ley 2. glos. 1. num. 42 y 43. Gom. Arias en la 12 de Toro, num. 15. Morquech. de divis. lib. 2. cap. 11. num. 3. García ibi num. 53 al 58.

rá por eso de participar de las utilidades, porque para este único objeto, mediante la legal concesion, son socios de compañía universal, en la cual no se impide la sociedad y participacion de las ganancias, por comerciar y trabajar el uno y nada hacer el otro, respecto á que se negocia con el caudal y á nombre de ambos, aunque suene uno solo (1).

5. Pero si alguno de ellos acredita los que heredó por testamento ó abintestato, ó le donaron ó legaron individualmente, ya sean muebles, raices ó de otra clase, sin excepcion, serán suyos privativamente, porque la adquisicion que proviene de la sucesion, no pertenece á la sociedad, como está resuelto en derecho (2).

6. Los bienes que como gananciales ó multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido y muger son, no solo los que entrambos compran durante su matrimonio con el dinero y caudal comun (3), sino los que compra el marido por sí solo, ó su muger con su licencia tácita ó expresa, ya sea el dinero comun ó de cualquiera de los dos, pues de todos modos se les comunican en la forma expuesta (4), porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no á la persona en cuyo nombre suena la venta y aparecen comprados.

7. Lo cual se limita en estos casos: 1.º si con el precio del fundo de uno de los cónyuges vendido se compran otro ú otros, y en la escritura se expresa asi, ó se prueba por testigos ó por otro medio legal, ó lo confiesa el otro cónyuge (bien que esta mera confesion es prueba debil, porque se reputa donacion entre los dos, y solo con la muerte se confirma en lo que por derecho se permite), pues se subrogan estos en lugar de aquel, por cuya subrogacion quedan propios del que era dueño del vendido, ya valgan mas ya menos que este; y asi se han de estimar y aplicar como si estuvieran existentes y sin vender, y no por otro valor (5); 2.º si se trueca por otro, y se dice que se ha de subrogar en su lugar, pues se entenderá subrogado y sustituido, y se le adjudicará por el precio del permutado, ya sea mayor ó menor, y no por el que á la sazón tenga, y le haya dado el tiempo solo (6); 3.º si el marido con dinero dotal y con-

1. Alex. consil. 37. col. 2. Morquech. de divis. lib. 2. cap. 2. num. 29. y cap. 11. dicho num. 15 y 16.

2. Gom. en la ley 53 de Toro, num. 72. vers. Tertius est.

3. Covarr. lib. 3. Var. cap. 19. num. 2.

4. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num.

1 y 2. Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 117.

T. I.

num. 3.

5. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 6. Mat. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 4. vers. Limita, y num. 5.

6. Ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real. Rodrig. Suar. en ella, vers. Secundo limita. Mat. ubi sup. num. 4. Acev. en dicha ley 2. num. 16.

sentimiento de su muger compra alguna finca raiz; pues en este caso se hará propia de ella, y ganará su señorío como comprada con su mismo dinero; pero sino interviene su consentimiento, y el marido la compra en su propio nombre, será do. tal en subsidio solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido (1).

8. Se comunican igualmente entre marido y muger la comodidad y frutos del usufructo de alhajas ó fincas que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante este se consolidó con ella, por haber fallecido el que la usufructuaba, ó por otra causa ó motivo (2), pues se conceptúa haberla llevado en propiedad y usufructo.

9. Pero el derecho de usufructuar no se comunica á los socios, porque es personal, y como propiedad que pertenece á su legitimo dueño, se juzga provenir de la causa que esta, y es una misma cosa con ella, y no distinta; y cuando el fin tiene causa necesaria con el principio, se atiende á este, y no á aquel, porque no es cosa nueva, sino incremento de la primera, al modo que cuando el aumento intrínseco sobreviene á la misma cosa por su propia fuerza, virtud y naturaleza, v. gr. el marido lleva al matrimonio un fundo que vale mil reales, y durante el matrimonio llega al valor de dos mil, porque el tiempo se lo dió sin su industria, trabajo ni obra hecha en él: pues este valor intrínseco y aumento es propio y privativo del marido, y así no se debe comunicar á su muger, ni por consiguiente tasarse por mas que el que tenia, y se le dió al tiempo que lo llevó. Aunque el derecho de usufructo ó de percibir los frutos ó disfrutar la comodidad es una cosa que no es comunicable, los mismos frutos ó comodidad del usufructo, que son cosa muy diversa de aquel, se comunican (3).

10. Lo propio milita cuando adquiere el marido despues de casado el usufructo de algunos bienes: v. gr. cuando de su primer matrimonio tiene un hijo en su poder, el cual heredó á su madre, ó sus parientes ó extraños le donaron algunas fincas, cuya propiedad y derecho de usufructuarlas le toca; pero la comodidad y sus frutos corresponden á su padre como tal, mientras exista en su poder, con obligacion de alimentarlo y darle

1 Ley 49. tit. 5. Part. 5. et ibi glos. 8.  
2 Palac. Rub. in *stepet. rubr. de donat. inter vir. et uxor.* §. 62 num. 13. Gutierr. lib. 2. *Pract. quast.* 1. 6. num. 4. Ayor. *de part.* part. 6. cap. 8. num. 20. Morquech dicho lib. 2. y cap. 11. num. 10. y lib. 4.

cap. 5. num. 14.  
3 Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. Part. 4. glos. 2. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 78. y en la 70. num. 28. cerca del fin. y lib. 2. *Var. cap.* 15. num. 19.

educacion. En este caso aunque la muger segunda no tiene parte en el derecho de usufructuar por ser del padre, interin no sale el hijo de su dominio; pero sí en los frutos que las fincas producen mientras esté casada con él; y así llevará la mitad de los que durante su matrimonio haya, y no se bajará ni descontará de los gananciales para aplicarlo todo al marido (1), porque si la muger muere antes de salir el hijo del poder de su padre, queda en este el mismo derecho. Lo cual es corriente, y como opinion segura y mas comun se observa en la práctica.

11. Son comunicables tambien á los cónyuges los frutos de la parte de herencia ó legado que el testador dejó á alguno de ellos, y vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado ó division de la herencia haya habido pleito, y tardado por este motivo en hacerse la particion y entrega; pues sin embargo que Ayora (2) afirma que el legatario ó coheredero los ha de llevar como la cosa legada, fundándose en que no se llama tener perfectamente la cosa mientras no se posee realmente, y en que los conyuges no pusieron trabajo en su produccion, lo que es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictamen. Lo primero, porque el legatario en el instante que fallece el testador, adquiere dominio en el legado, como específico (3), y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos (4), y especialmente desde la contestacion del pleito, que es cuando se constituye poseedor de mala fe el colitigante. Lo segundo, porque la ley no requiere ni pide precisa é indispensablemente que los cónyuges pongan su industria y trabajo material en su produccion, pues basta que durante su sociedad y union de voluntades se produzcan y devenguen; y la prueba de ello es el concedérselos hasta de los bienes castrenses y casicastrenses que no se les comunican (5), pues si su personal trabajo fuera indispensable, no se comunicarian los réditos, pensiones y otros, en que nada mas hacen ni tienen que hacer que percibirlos. Y lo tercero, porque la demora en determinarse el pleito no perjudica al cónyuge, ni por la sentencia adquiere cosa nueva, sino únicamente declaracion del derecho que tenia adquirido, como lo expresa una ley: es así que declara pertenecerle los frutos desde entonces; luego es lo mismo que si desde este tiempo hubicra empe-

1 Palac. Rub. en dicho §. 60. vers. *Un- de lucra habita*, num. 11 al 13. y §. 6. al fin. Ayor. dicho cap. 8. num. 20 al 22. part. 1.

2 Part. 3. quast. 29.  
3 Ley 34. tit. 9. Part. 6.  
4 Ley 37. dicho tit. 9. Part. 6.  
5 Véanse los §. 15 y 16.

zado á percibirlos; y mas, habiéndose seguido el pleito á costa del caudal de ambos, por lo que se retrotrae á él.

12. Lo mismo procede cuando durante el primer matrimonio empieza el pleito sobre la pertenencia de ciertos bienes á alguno de los cónyuges; pues si muere antes de concluirse dejando hijos, se vuelve á casar el que sobrevive, y el pleito se termina durante el matrimonio segundo, percibirán integros los bienes los hijos del matrimonio primero, como tambien la mitad de frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; mas los del segundo nada de su propiedad, y si únicamente la parte que como herederos del sobreviviente les corresponda con los del primero en la otra mitad de frutos (1).

13. La estimacion ó valor de los oficios de regidor, escribano, procurador, alguacil y otros enagenados de la Corona, que durante el matrimonio compran los cónyuges, se les debe comunicar en los propios términos, porque estos oficios por costumbre de estos reinos y tácita permission del Soberano se venden, dan en pago y hace ejecucion en ellos, y como transmisible á los herederos se colacionan al modo que otros bienes, y se les aplican en las particiones (2). Es de advertir que aunque los consortes los hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entonces se les dé, y no por el que tuvieron (pues su intrínseco aumento toca á la sociedad conyugal, al modo que la tocaria el decremento si lo tuviesen), y de la mitad debe participar la muger.

14. Pero las donaciones remuneratorias solo se comunican entre los cónyuges, cuando el uno pruebe que el donatario no recibió mayor cantidad que el precio del trabajo ó servicio que se remuneró con ellas, y que este se contrajo durante el matrimonio (3), pues en cuanto se les igualen, y no en mas, se les comunicará: y si exceden, tocará el exceso á aquel á quien se donaron (4), quedando al prudente arbitrio del juez en caso de duda la regulacion del valor de estos méritos, atendidas las pruebas y conjeturas que haya (5).

15. Asimismo se comunica á entrambos cónyuges lo que el marido adquiere en la guerra (que se llama *peculio castrense*), ó

1 García de *acquæstu conyugali*, num. 190 al 195. Guereir. *de divis.* lib. 6. cap. 15. num. 30.

2 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 21. Matienz. en la 5. tit. 9. lib. 5. glos. 4. num. 6.

3 Bertrand. consil. 138. num. 21. part. 2. vol. 2. Menoch. consil. 79. num. 20. et

*de arbitr.* cas. 34. lib. 2.

4 Covarr. in cap. *Cum officiis*, num. fin. *de testam.* Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 10. Part. 5. glos. 7.

5 Aleiat. *de præsumpt.* reg. 1. præ. 16. num. 3. y respons. 584. num. 5. Menoch. dicho cas. 134 al fin.

el Rey le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella. Lo cual se entiende cuando sirvió sin sueldo, y se mantuvo á expensas del caudal de los dos, en cuyo caso los deben dividir por mitad; pero si gozó sueldo y con él se mantuvo, y no con los bienes comunes, nada tocará á la muger de la donacion que el Rey le hizo, ó cosa que adquirió en la guerra (1). Previendo que lo donado por el Rey se entiende en cuanto equivalga á los servicios hechos en la guerra á expensas de ambos, pues si excede á estas, no se comunicará el exceso á la muger, cuya opinion es verídica y segura (2). Pero lo que fuera de campaña ahorra de su sueldo, ya esté ó no jubilado ó retirado del servicio, y lo que con él compre y lucre, será comunicable á entrambos: lo primero, porque de ello no habla la ley, y lo que esta no prohíbe, es visto permitirlo, y lo que prohíbe en una cosa, se entiende permite en todas las demas; y lo segundo, porque este sueldo se le da por razon de alimentos, es fruto ó emolumento del empleo que obtiene (como lo que ganan el juez, abogado, escribano y otros), y no donacion regia de las que habla la ley, que regularmente son permanentes y permisibles, ya consistan en utilidad ó en honor, v. gr. la heredad, título, señorío, oficio, privilegio y otras cosas semejantes.

16. Al modo que lo que el marido adquiere en la guerra, es comunicable á la muger en el caso propuesto, lo es tambien lo que gana con los oficios de juez, abogado, escribano y otros semejantes, durante el matrimonio; pues estos oficios son *cuasi castrenses*, y lo que producen son frutos, los cuales de cualquier calidad que sean les corresponden por mitad (3); pero su propiedad, que son los mismos oficios, ó la facultad de ejercerlos, si el Rey los concede al marido, toca privativamente á este, y asi nada llevará su muger (4).

17. El precio de la finca, que antes de casarse tenia vendida el marido con el pacto de *retrovenderla*, y despues de casado recupera en virtud de este pacto, es igualmente comunicable á entrambos cónyuges, mas no la finca; y asi en la particion se ha de aplicar esta al marido, porque á ella ningun derecho compete á su muger, y si únicamente á la mitad del precio con que se recuperó, como que salió del fondo comun.

1 Leyes 2 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en la ley 3. cit. glos. 4, 5 y 6. y en la 5. glos. 2 y 3.

2 Acev. en las leyes 3 y 4. tit. 9. lib. 5. Rec. Morquech. dicho num. 45. al fin.

3 Véase lo dicho en el párrafo 1. de

este cap.

4 Leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 16. Nov. Rec. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 72. vers. *Quartus est.* Rod. Suar. en la 2. de dicho tit. y lib. del Fuero.

18. Si los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel, ¿estos bienes ó su importe se estimarán por capital del donatario, ó de aquel por cuya contemplacion se dan? ¿ó serán comunicables á entrambos (1)? Para evitar dudas conviene distinguir ocho casos. El primero, si en el dia de la boda dan algo á la novia los consanguíneos del novio, se entiende en caso de duda que se lo dan por contemplacion de este, y por consiguiente que él se lo da, pues así como lo habian de regalar á él, lo regalan á ella, por lo que se reputa donacion esponsalicia, y como tal, si el novio la hubiese besado, ganará la mitad de lo donado, y si el matrimonio se consumó, lo hace suyo todo, y se la debe aplicar con arreglo á la ley Real; pero si no intervino beso ni consumacion, á nada tiene derecho, ni sus herederos. Y lo propio milita para con los parientes de la novia respecto del novio ó esposo de presente, en cuanto á reputarse donado por contemplacion de ella (2), y no á lo demas, pues en él no se atiende á si consumó ó no el matrimonio, y fue ó no besado. El segundo, si los consanguíneos de cada uno dan algo á su consanguíneo, lo hace suyo tambien este, y nada debe participar el cónyuge, ya se lo den en el dia de la boda ó despues. Y lo mismo procede si se lo dan algunos amigos, lo cual está expresamente decidido por la ley (3); y así en este caso de ley, y no en los demas que motivan la discordia de los autores, es indisputable (4). El tercero, si los del uno donan al otro cosa que es adecuada solamente á su sexo, v. gr. á la muger un adorno para la cabeza, ó al marido un caballo, pertenece tambien al donatario, porque se presume donada por mera contemplacion suya y no del cónyuge consanguíneo del donante, y que esto lo hacen por la complacencia que tienen en la union de su matrimonio, enlace y alianza con el donatario (5). El cuarto, si se da al tiempo de la boda ó durante el matrimonio por amigos ó extraños, es comunicable á entrambos socios, si no expresa lo contrario el donante, porque no versa la razon de aficion por consanguinidad (6). El quinto, si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. gr. *Legó á Maria tal cosa*

1 Ayor. de partit. part. 1. cap. 8. num. 18. Garcia de acquæstu conjugali; desde el num. 107. Palac. Rub. in Repet. rubr. §§. 34 y 44.

2 Gom. en la ley 50 de Toro, num. 67. Palac. Rub. in Repet. rubr. §. 43.

3 Ley 2. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

4 Gom. ibi Garcia, num. 115. Guerreir, ibi num. 88.

5 Guerreir. lib. 2. Pract. quæst. 120. num. 14.

6 Garcia ibi num. 114. Guerreir. ibi num. 90.

por estar casada con mi primo Juan: ó á Maria muger de mi hijo: ó por el parentesco que tengo con su marido Pedro. Se contempla donacion hecha por el cónyuge como esponsalicia; por lo que si la muger fue besada, ganará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, segun queda sentado (1), no expresando otra cosa el donante. El sexto, si hay costumbre en el pueblo ó provincia de que el donatario haga suyo lo donado por los parientes del otro consorte, se observará la costumbre; pero el donatario debe probarla no siendo universal ó notoria; pues de lo contrario se presume en duda donacion hecha por contemplacion del otro cónyuge (2). Séptimo, cuando no aparece por consideracion de quien se donó, y hay costumbre de regalar á la novia los parientes del novio, como sucede en la Corte; pertenece al donatario, porque se presume hecha la donacion por su respeto, y no por el de la sociedad conyugal; pero debe probar la costumbre, si de ella se duda (3). Y el octavo, es cuando consta que los parientes del uno quisieron que el otro hiciese suyo lo que le donaron, ó al contrario, en cuyo caso cesa toda duda, y lo llevará aquel á quien fue su voluntad pasase.

19. A la muger casada se comunica y transfiere en hábito y potencia el dominio y posesion revocable y ficta de la mitad de los bienes que durante el matrimonio gana y adquiere con su marido; mas despues que este fallece, se le transfiere irrevocable y efectivamente, de suerte que por su fallecimiento se constituye dueña absoluta en posesion y propiedad de la mitad que dejó (4), al modo que en los socios convencionales lo dispone la ley (5). Por esto á la muger no solo la está prohibido donar sus bienes dotales y gananciales durante el matrimonio, sino tambien dar limosna sin licencia de su marido, excepto en cuatro casos, de los cuales estan expresos tres en la ley 12. tit. 23. Part. 1. y son: el primero, de sus bienes parafernales ó extradotales no entregados al marido; el segundo, de pan y vino ú otra cosa de comer que tenga en su despensa, para remediar en el dia la indigencia de algun pobre, pero esto ha de ser con moderacion y en el firme concepto de que su marido no lo llevará á mal, y no de otra

1 Guerreir. ibi num. 91. Roland. consil. 10. num. 8. vol. 1.

2 Fontanel. de pact. nuptial. claus. 11. glos. unic. ex num. 3. Guerreir. ibi num. 92 y 93.

3 Duard. de societ. lib. 2. cap. 3. quæst. 4. num. 25. num. 34. Fontan. ibi num. 28. Garcia ibi num. 122.

4 Gom. en la 50 de Toro, num. 76. en la 60 num. 1. y en la 77. num. 2. y lib. 2. Var. cap. 5. num. 3. Greg. Lop. en la 55. tit. 5. Part. 5. glos. 2. vers. *Et facit hoc*. Covarr. lib. 3. Variar. cap. 19.

5 Ley 47. al fin. tit. 28. Part. 3 en las palabras: *Otrosi decimos, que toda ganancia.*

suerte; el tercero, para socorrer la extrema necesidad de alguno, que á no remediársela perecerá, en cuyo caso aunque su marido se lo prohiba, debe darle limosna, porque mas obligada está á obedecer á Dios que lo maula por piedad, que á su marido que se lo prohíbe inhumanamente; y el cuarto, de lo que su marido la señala en los contratos nupciales con título de alfileres para vestidos, y otros adornos mugeriles, como sucede á las señoras principales, pues lo hacen suyo privativamente en virtud del pacto, y pueden disponer de ello como quieran sin intervencion ni licencia de su marido, y asi se observa como pacto nupcial justo entre aquellas; para lo cual estan autorizadas todas las demas mugeres.

20. El marido no necesita la disolucion del matrimonio para constituirse real y verdadero dueño de todos los gananciales, pues durante este, tiene en el efecto su dominio irrevocable; y asi los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses ni cuasicastrenses, vender y enagenar á su arbitrio, cesante el doloso ánimo de defraudar á su muger, como se prueba de la ley (1). Por lo que mientras el marido vive y no se disuelve su matrimonio ó no hay divorcio, no debe decir la muger que tiene gananciales, ni impedirle el uso lícito de los que adquiriera á pretexto de que la ley la concede la mitad, porque esta concesion se entiende para los casos expresados, y no en otros. En cuanto á si el marido podrá donarlos, hay variedad en los autores: sin embargo mi opinion, conforme con la de Acevedo, y conciliatoria de la de otros jurisconsultos, es que la donacion será válida, siempre que sea á sus consanguíneos, ó tan moderada que no irroque grave perjuicio á su muger; la razon es porque mayor trabajo tiene aquel en adquirirlos que esta en conservarlos.

21. No solo en el matrimonio legítimo y verdadero se comunican á los casados los bienes que ganan con su industria mientras dura aquel, sino tambien los que adquieren durante el putativo ó tenido por legítimo, con tal que de buena fe crean que lo era (2); pero no vale en este caso la donacion simple, ni la sucesion reciproca abintestato (3).

22. No está obligada la muger por la fianza que su marido haga (4). Por lo que si fió á alguno, pagó por él y no recuperó lo pagado á causa de ser pobre, se le imputará en cuenta de su primitivo haber, porque el fiar es enagenar y perder, y el mari-

1 Ley 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.  
2 Gom. ley 50 de Toro, num. 69.  
vers. *Quod extende*, cap. 2. de donat. inter

*vir. et uxor.*  
3 Gom. *ibid.* num. 77.  
4 Ley 2. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

do no tiene obligacion de fiar; y como si lo hace, es en fraude conocido de la muger, y ninguno de los socios puede enagenar mas que su parte segun derecho, por eso debe satisfacerlo de su propio caudal, y no del comun de lo multiplicado. Aunque es constante que las deudas que contrae uno de los socios, subsistiendo la sociedad, se deben satisfacer del caudal de ella (1); esto se entiende cuando provienen de negocio de la misma sociedad, mas no cuando es por el suyo privativo: y asi el un socio no debe atribuir al consocio el daño que por su culpa le causó (2). De suerte que siempre que por culpa conocida del marido experimentan notable decremento ó desfalco los bienes de la sociedad conyugal, ó se gravan con censo ó de otra forma, debe pagarlo de su privativo haber, y no su muger, como en cuanto á los socios convencionales está dispuesto por derecho (3), pues el daño que un socio causa por su culpa al otro, no se compensa con lo que su industria gana.

23. Pero si el marido entró en algun arrendamiento ó negocio con otro, ambos se fiaron, y creyendo utilizarse se perdieron, y el consocio no tuvo de que satisfacer la parte en que salió alcanzado, por lo que la satisfizo aquel, no se le ha de imputar en la suya este daño y pérdida; antes bien debe ser de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre entró en el negocio, porque fue eventual, y no tuvo culpa ni lo hizo con intencion de perjudicar á su muger; y asi como perdió pudo ganar, y quien está á lo uno debe sufrir lo otro; y mayormente habiendo sido reciproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava (4).

24. Muerto uno de los cónyuges, si el otro tuvo algun tiempo en su poder los bienes comunes, y adquirió utilidades con ellos ó con sus frutos, parece que estas se deben comunicar por mitad entre él y los herederos del difunto, en los mismos términos que si al tiempo de morir se hubiese hecho la particion, porque se presume tácitamente continuada la sociedad por la proindivision y la aquiescencia de los interesados (5), al modo que en el contrato de arriendo, si el arrendatario concluido el tiempo pactado, subsiste en el terreno, pues se entiende con-

1 Ley 7. tit. 10. Part. 5.  
2 Rod. ig. Suar. en la ley 4. tit. 3. lib.  
3 del Fuero Real. Palac. Rub. *in Repet.*  
§. 65 num. 63. Matieuz en la ley 3. tit.  
9 lib. 5 Rec. glos. 1. num. 1 y 2. Gar-  
cia de *acquæstu conjugali.* num. 149.  
5 Ley 7. tit. 10. Part. 5.

4 Ayor. part. 7. cap. 8. num. 10 y sig.  
Morquech. lib. 2. cap. 13. num. 12 al 14.  
5 Palacios Rub. *de donat. int. vir. et*  
*uxor.* §. 62. num. 25. Greg. Lopez en la ley  
10. tit. 10. Part. 5. ley 6. tit. 4. lib. 3. del  
Fuero Real. Cast. en la ley 16 de Toro  
num. 52.

tinuar en él por el mismo precio (1). Pero esto se entiende cuando el difunto dejó bienes productivos, porque si fueron trastos ó ropas, cumplirá el cónyuge superviviente con entregar la parte del difunto á sus herederos en el estado en que estuvieren, no teniendo estos derecho á las gananciales que por cualesquiera títulos adquiere el primero, puesto que no han coadyuvado á ellas, ni con su caudal ni con su industria.

25. Sin embargo, como la ley citada que establece la división de las referidas ganancias á partes iguales, se funda en la semejanza que tiene para este efecto el matrimonio con la sociedad convencional, muchos son de opinion que no debe hacerse así, sino que el cónyuge vivo llevará las utilidades á prorrata de su haber, y no á medias; la razon es, porque si bien la sociedad conyugal y convencional convienen en algunas cosas, se diferencian: lo primero, en que la convencional se contrae por el consentimiento de dos ó mas personas con el único fin y objeto de ganar (2); y la conyugal es principalmente por el de la procreacion, amor y union, y no por el de las ganancias (3), y siempre se debe atender al fin principal con que se hace; y así esta sociedad acerca de los gananciales es incidente, y no propiamente sociedad, porque no se constituye principalmente por razon de ellos, sino del matrimonio (4). Lo segundo, en que la sociedad convencional al modo que se forma por mutuo consentimiento de los socios, se disuelve por su disenso ó consentimiento contrario (5); pero la conyugal ó legal en cuanto á los gananciales, se hace únicamente por costumbre aprobada por la ley (6), y no introducida en todas partes. Y aunque la muger pueda renunciar los gananciales, como dejó sentado, mas no la sociedad conyugal en cuanto á la habitacion, por el vínculo indisoluble, que de la consumacion del matrimonio resulta (7). Lo tercero, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos; por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria y trabajo, debe ser este igual á aquel, y si no lo es, llevará mas ó sufrirá mayor pérdida el que mas ponga (8); pero en la conyugal no se observa esto; y así ya lleve uno mucho ó nada, y trabaje ó no, ha de participar de la mitad de utilidades, segun asimismo dejó sentado. Lo cuarto, en que el ca-

1 Ley 20. tit. 8. Part. 5.

2 Ley 1. tit. 10. Part. 5.

3 Ley 3. tit. 2. Part. 4.

4 Alex. consil. 40. vol. 2 al fin.

5 Ley *Nihil tam naturale. ff. de regul. jur.*

6 Ley 1. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. et ibi Matienz glos. 3.

7 Genes. cap. 2 al fin. Matth. cap. 5 y 19.

8 Ley 7. tit. 10. Part. 5. Menoch. *de arbit. cas.* 125. lib. 2.

pital de la muger no debe perecer ni disminuirse, sino antes bien conservarse: lo cual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida, todos deben participar de ella á proporcion del fondo ó capital y trabajo ó industria que pusieron (1). Lo quinto, en que en la sociedad convencional ninguno de los socios puede enagenar las cosas de la compañía sin consentimiento de los consocios, excepto las que son vendibles y estan destinadas á este efecto: pero en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, cesante el dolo por defraudarla (2), segun dejó advertido. Y sexto, en que en la sociedad conyugal no se comunican en los reinos de Castilla las herencias, legados y donaciones, que por testamento, abintestato, ó por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios (3): lo que es al contrario en la universal convencional, pues todos los bienes de estos son mutuamente comunicables, excepto el débito, señorío y jurisdiccion de alguno de ellos, á menos que este lo permita expresamente (4); y así es mera sociedad en cuanto á la ganancia inducida por la costumbre, y aprobada por la ley; y no propiamente la que por derecho se requiere para que así se pueda titular (5).

26. Entre las sociedades conyugal y convencional hay muchas y notables diferencias, y por lo mismo debe gobernar y constituirse diverso derecho en caso de duda ó falta de uso de la ley del Fuero: pues si por solo quedarse el superviviente con todos los bienes se juzgase renovada y tácitamente continuada la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital ni gananciales, llevaba la mitad de frutos de los bienes que por uno y otro respeto tocasen al consocio ó á sus herederos; ó que si tenían igual haber, se comunicaba su industria al que ninguna ponía, lo cual es absurdo y contra la naturaleza de la sociedad; pues para que esta se entienda tácitamente renovada deben intervenir los mismos modos y cualidades que en la primera (6).

27. Se seguiria tambien que con solo el consentimiento del superviviente se renovaba, y esto es contra derecho, el que en todo contrato requiere el de todos los contrayentes, pues no basta el de uno de ellos solo; por lo que la sociedad se contrae

1 Dicha ley 7. tit. 10. Part. 5. Morquech. lib. 2. cap. 3. num. 6. y sig. y cap. 15. num. 12.

2 Ley 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

3 Leyes 2. 3. y 5. tit. y lib. dichos.

4 Leyes 6 y 7. tit. 10. Part. 5.

5 Burg. de Paz Junior. *quest.* 11. num.

64. Gutferr. lib. 2. *Pract. quest.* 18. num. 7. Matienz. en la ley 2. glos. 3. num. 10. tit. 9. en la 3. glos. 1. num. 3. y en la 4.

glos. 1. num. 1. dicho tit. y lib. 5. Rec.

6. Ley 10. tit. 8. Part. 5. Bursat. consil. 321. num. 60. vol. 3.

con el de todos los socios <sup>(1)</sup>; ni de la mera comunión en habitación, comida y posesión de bienes, se induce precisamente haberla, para que sean comunicables en los mismos términos que si el difunto viviera, los que se ganan: y una vez que la conyugal fue inducida por causa del matrimonio, cesando este, debe cesar también aquella, y no extenderse á otras especies en ella no contenidas, porque siendo contraída por tiempo, se debe acabar luego que este espira, por entenderse prohibido y no producir después efecto alguno <sup>(2)</sup>.

28. A más de que para renovarse y contraerse sociedad tácita entre los hermanos, ó entre el nieto y su tío, hermano de su padre, se requieren actos que fuera del derecho, leyes y reglas de ella no se pueden hacer, y los principales son tres. El primero, que vivan juntos continua y diariamente, ó por largo tiempo, y gasten de una misma masa y caudal, y que esté proindiviso este sin llevar cuenta y razón. El segundo, que todas las ganancias ó utilidades que resulten y de cualquiera parte provengan, se les comuniquen con igualdad. Y el tercero, que jamás se pidan ni den cuenta los socios unos á otros acerca de ellas, sus cosas ni bienes, sino que todo se aumente, gaste y emplee como si fuera de uno solo. Y faltando alguno de estos tres requisitos, no se juzga contraída ni tácitamente renovada la sociedad; y la razón es porque estos actos no pueden ser hechos fuera de las leyes <sup>(3)</sup>. Y lo mismo se debe entender entre el padre, madre y sus hijos, por la propia razón, por lo que se requieren actos promiscuos; y el marido ó la mujer cuando muerto el uno, administra el que queda los bienes de los dos, es visto hacerlo más por sí y en su nombre, que en el ageno.

29. Supuesto lo referido, muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivisión entre su viuda y herederos legítimos al modo que cuando él vivía, ó muerta la mujer, entre los hijos casados ó emancipados y su padre, en cuatro casos: el primero, si se convienen en hacer así la división, ó se pactó en los contratos nupciales. El segundo, en los pueblos en que haya esta costumbre sin interrupción, ó esté en uso inconcuso la ley del Fuero que así lo dispone, y en que se fundan los autores, lo cual se probará por otras

1 Ley 1. tit. 10. Part. 5.

2 Anchar. consil. 118. col. 2. Decio consil. 61. num. 14.

3 Anchar. consil. 303. Angel. consil.

112. Castell. *de usufruct.* cap. 3. num. 123.

Matienz. en la ley 2. glos. 1. num. 26. tit. 9. lib. 5. Rec.

particiones que en ellos se hayan hecho; pero no probándose concluyentemente, no; porque las leyes de los Fueros deben estimarse por tales solamente en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1.<sup>a</sup> de Toro <sup>(1)</sup>. El tercero, cuando todos los bienes redituables ó dinero que dejó el difunto son adquiridos por él y por su viuda durante el matrimonio, pues como su mitad la toca, debe percibir igualmente las utilidades que mientras estén proindiviso resulten, y estar también á las pérdidas que haya, porque puso igual fondo, y en el instante que fallece su marido adquiere en la mitad de ellos el dominio perfecto, el cual la presta título y derecho no solo para que se la apliquen muebles, raíces y otros redituables, sino también para la adquisición de la mitad de sus frutos, como producidos por igual capital, al modo que á los herederos de su marido para la mitad; bien que lo que cada uno haya consumido en sus alimentos, se le deberá descontar de su haber, pues debe alimentarse de lo suyo.

30. Lo mismo digo aun cuando no sean todos gananciales, si hay algunos fructíferos ó redituables superlucrados en el matrimonio; pues la mitad de los frutos que estos produzcan en el expresado intermedio, será para la mujer por la propia razón, ó para sus herederos ya sean legítimos ó extraños si murió antes que su marido, y todos subsistieron en poder de este proindiviso. Lo cual se entiende también no obstante que se hiciese inventario, y se le constituyese depositario de ellos; porque este depósito lleva embebida la tácita calidad de administración, y los bienes redituables no necesitan custodiarse, pues nadie los ha de llevar, y si administrarse y cuidarse; por lo que no puede el marido quedarse con la parte de los frutos líquidos que toquen á los herederos de su mujer; bien que será digno de alguna remuneración por el trabajo de administrarlos. Pero de lo que produzcan los privativos del marido, nada percibirán los herederos de su mujer, porque con la muerte de esta espiró la sociedad, y ningún dominio tiene en ellos, que es el que presta título para la adquisición de frutos, y así todos le tocan como único dueño. Y el cuarto, cuando concurren los tres requisitos expresados, á saber: que toda la hacienda esté proindiviso y vivan juntos continua y diariamente de una misma masa ó caudal sin llevar cuenta ni razón: que todas las utilidades que resulten, se comuniquen indistintamente con igualdad, ya provengan de los

1 Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. y glos. 1. num. 16.

bienes de la herencia ó de otra parte, de modo que entren en el fondo y globo comun: y que jamas se pidan, tomen ni den cuenta los socios unos á otros acerca de ellas; sino que todo se adquiera, aumente, gaste y emplee como si fuera de uno solo, segun se practicaba cuando vivia el marido. Y concurriendo todos estos requisitos, gozará la viuda de la mitad de ganancias del mismo modo que si su marido viviera, porque estos actos no se pueden hacer fuera de los limites y reglas de la sociedad, y con ellos se conceptuará renovada y tácitamente continuada la conyugal (1), al modo que la convencional.

31. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene lugar, ya los herederos del marido difunto mayores de veinte y cinco años sean hijos y descendientes de ambos ó extraños, porque sin embargo de que con estos no tiene conjuncion de sangre, como los actos expresados no se pueden hacer fuera del nombre de sociedad, y se ignora lo que á cada uno toca, se entiende continuar y subsistir esta como antes, y asi debe observarse lo mismo con unos y otros.

32. Pero si no se probare la costumbre y uso de la ley del Fuero, ni todos los bienes son gananciales, y falta el unánime convenio de los partícipes, ó algun otro de los requisitos mencionados, concibo que la participacion de los gananciales no debe ser por mitad, sino á prorata, ó que la viuda solo tendrá derecho á ser alimentada en los casos, forma y término que se expresan en su respectivo lugar, sin que obste alegar, que se contempla permanecer en su anterior matrimonio, pues esta razon versará en cuanto mire á su utilidad, no á su daño (2); y la sociedad ha de ser para daños y provechos, porque de lo contrario será leonina (3). A mas de que si á la viuda se le sigue detrimento de continuar en ella, no se la podrá obligar á resarcirlo, sin nuevo y expreso consentimiento, y asi no debe conceptuarse que hay tal sociedad por ser repugnante que subsista en cuanto al lucro y no en cuanto á las pérdidas (4). Tal es mi sentir por los fundamentos expresados, previniendo que en cuanto á los frutos que produzcan durante la proindivision los bienes adventicios de los hijos que estan bajo la patria potestad, ya sean mayores ó menores, no hay division que hacer, pues tocan por derecho al padre, el cual siendo legitimo administrador

1 Matienz. en dicho num. 26. Guerreir. de divis. lib. 6. cap. 16. num. 37 y 44 al 48, y otros muchos que cita.

2 Pinel. in leg. ult. Cod. de bonis ma-

ternis.

3 Ley 4. tit. 10. Part. 5.

4 Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5.

Rec. num. 16.

de los bienes de sus hijos, no contrae sociedad con estos (1).

33. La regla general que hace comunes los gananciales no tiene lugar en varios casos. El primero, cuando la novia subsiste en su casa, sin haber ido á habitar con su marido, y este adquiere bienes con su caudal y su industria. Pero si percibió antes la dote de su muger, y con él los grangeó, se comunicarán á ella. Es verdad que algunos jurisconsultos no son de esta opinion, fundados en que la cohabitacion es indispensable, y en que si en lugar de resultarle ganancias al marido, menoscaba ó pierde la dote que recibió, tiene que reintegrarla de su propio caudal, por habérsele transferido el dominio, y mucho mas si la recibe en dinero. Sin embargo me inclino al parecer contrario, ya porque la sociedad se supone contraida entre los que negocian juntos aunque vivan separados, ya tambien porque interviniendo dinero es visto estar contraida entre los dos esposos aun antes de la simultánea cohabitacion (2). El segundo, cuando se divorcian por culpa de uno de ellos; pues el que la tuviere, nada llevará (3). El tercero, cuando cometen delito de lesa Magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos. Se reputan por gananciales todos los aumentados, hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque este sea de tal calidad, que por derecho incurra en la pena el agresor (4). Pero si la muger es adúltera, ó se vuelve mora, judia ú de otra secta, pierde no solo los gananciales, sino su dote y arras, y se hacen del marido; aunque si este tuviere hijos de ella, deben heredar esta parte de bienes, la cual no es comunicable á los hijos que tenga de otra muger (5), y lo mismo le sucederá si contra la voluntad de su marido se va á la casa de hombre sospechoso (6), porque se presume adúltera. Si el marido apostatase, incurre en la misma pena de perdimiento de los bienes gananciales. Adviértase, que no solo adquiere el marido en propiedad cuantos bienes tenga la muger adúltera en el momento en que la acuse de este delito, sino todos los que adquiera por cualquier titulo durante el proceso, de modo que únicamente pertenecerán á la muger los que

1 Castell. de usufruct. cap. 3. num. 18.

2 Montalvo en dicha ley 1. del Fuero. glos. 1. Palac. Rub. en la 16 de Toro, num. 12.

3 Covarr. de spons. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 6. Cast. en la ley 17 de Toro, verb. Durante el matrimonio: Matienzo en la 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 41.

4 Gom. á la ley 50 de Toro, num. 72. yers. Ex quibus notabiliter: Mat. en la

citada ley 2. glos. 1. num. 53 y sig.

5 Leyes 10 y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

6 Leyes 6. tit. 25. Part. 7. y fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero. 23. tit. 11. Part. 4. 15. tit. 17. y 6. tit. 25. Part. 7. y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

6 Leyes fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero, y 15. tit. 17. Part. 7.

agencie desde el pronunciamiento del fallo en adelante. Fúndase esta doctrina en muchas y poderosas razones, pero las principales son, que la ley 17 de Toro no excluye ninguna especie de bienes, y que la declaracion del adulterio se verifica en la sentencia y no antes, por lo cual este es el momento de aplicar la pena.

34. El cuarto, cuando uno de los dos los adquiere por donacion que el Rey ú otro le hace, ó por sucesion *ex testamento* y donacion de algun extraño, ó *ex testamento* ó *abintestato* de sus consanguíneos, pues probando ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el consorte parte en ellos (1); y la razon es, por no ser visto haberles donado ni dejado á los dos, sino á él solo; fuera de que la adquisicion que se hace por sucesion, no pertenece á la sociedad, ni por consiguiente es comunicable á los socios. El quinto, cuando son castrenses, ó provienen de salario ó estipendio militar. Esto se limita, si los adquieren á expensas de ambos, pues entonces al modo que estas son comunes, deben serlo los salarios, porque son sus frutos y estos de cualquier calidad que sean se comunican igualmente entre los casados.

35. El sexto, cuando la muger vive deshonestamente estando viuda. Entonces no solo pierde los gananciales, sino que debe restituirlos á los herederos de su marido, aunque sean extraños (2). El séptimo cuando la muger los renuncia antes, al tiempo ó despues de haberse casado. En este caso valdrá el pacto ó renunciacion asi de los presentes como de los futuros, pero no debe pagar deudas (3).

36. Si durante el matrimonio renuncia los adquiridos y que se adquiriesen en lo sucesivo, tambien valdrá, pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque esta renuncia cede á favor de él, y no la está prohibida; pero debe jurar la escritura, para no poder reclamarla (4); y asi ya los renuncie en el matrimonio ó despues de disuelto, se acrecen al marido; y por el contrario renunciándolos este, se acrecen á la muger, por ser ambos conjuntos á este efecto con conjuncion legal (5).

37. Y aunque se objete que la donacion entre marido y mu-

1 Leyes 2 y 4. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la 50 de Toro, vers. *Secundus*, y *Tertius est*:

2 Leyes 5 y 11 tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.  
3 Ley 9 tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Morquech *de divisione bonor.* lib. 2. cap. 15. num. 8. y cap. 16. num. 1 y 2. Rodrig. Suar. en la ley 4. tit. *de las ganancias*, lib. 3 del Fuero. Gom. y Cast. en la 60 de Toro.

4 Palac. *Reb. in sub. de donacion. inter vir. et uxorem.* §. 47. num. 13, 19 y 20 y §. 62. num. 2. fol. 40. Avendañ. *ibi glos.* in cap. 2. *de donat. inter vir. et uxorem.* Burg. *de paz.* quest. 9. num. 11. Gom. y Castill. en la ley 60 de Toro.

5 Gom. lib. 1. *Var. cap. 10.* num. 28. vers. *Ex quo singulariter infero.*

ger está prohibida para que no se despojen del mutuo amor que se deben tener, que solo con la muerte del donante se confirma, y que por lo mismo es nula la renuncia, no obsta, porque esto se entiende cuando por ella se constituye mas pobre el donante en cuanto disminuye su patrimonio, y el donatario mas rico porque aumenta el suyo; pero cesando este motivo, queda firme, porque no es propiamente donacion ni disminucion de su caudal, sino desistimiento de adquisicion, ó renunciacion del lucro que podria y tenia esperanza de adquirir, lo cual es muy diverso (1).

38. Tampoco obsta el alegar que esta adquisicion no es hecha por última voluntad sino por contrato, en el cual no há lugar el derecho de acrecer, porque cuando la conjuncion proviene de la concesion del Principe, vale tambien y há lugar este derecho en los contratos, como sucede en este, en el que la adquisicion y sociedad en cuanto á los gananciales provienen de la ley y liberalidad, disposicion y concesion del legislador, que la estableció (2). Y últimamente no obsta alegar que el dominio y posesion de los gananciales se transfieren á la muger sin necesidad de tradicion luego que se adquieren, porque esta traslacion durante el matrimonio no es mas que una ficcion. Lo propio milita en cuanto al miedo reverencial, porque este solo no es suficiente para invalidarla; pues debe ser grave que intimide al varon constante, cual se requiere por derecho para la rescision de los actos y contratos, por lo que para extirpar todo escrúpulo conviene que la jure en forma solemne ante escribano.

39. Y si siendo viuda y mayor de veinte y cinco años los renuncia, con superior razon valdrá, y no estará obligada á pagar deudas, como dejo sentado. Pero si es menor, necesitará licencia judicial, precedido maduro examen de si la es útil ó nociva la renuncia, para que sea válida, pues no basta la de su tutor ó curador, porque al menor está prohibido no solo enagenar y perder lo que tiene, sino tambien dejar de adquirir (3). Y lo propio milita antes de casarse, ó durante el matrimonio en caso de ser menor. Si la muger acepta los gananciales una vez, ya no podrá repudiarlos, y estará obligada á pagar las deudas, aunque excedan del importe de aquellos. No faltan sin embargo autores que opinan que en el referido caso puede renunciarlos (4).

40. El octavo, cuando el marido con Real permiso, ó sin él, hace

1 Leyes 4, 5 y 6. tit. 11. Part. 4.  
2 Gom. lib. y cap. dichos, num. 1 y 15.  
3 Leyes 60 de Toro, 5 y 8. tit. 19. Part. 6. Gom. en la 60 de Toro, vers. *Nec etiam*  
T. 1.

*obstat.* y lib. 2. *Var. esp.* 14. num. 13, 14, 15 y 27.

4 Gut. lib. 4. *Fract.* quest. 68.

reparos y mejoras en las fortalezas y cercas de las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el de mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad (1).

41. El nono, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas, de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como proviene de la misma causa porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ella, no se contempla cosa distinta, y así no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, antes bien se gradúa para este efecto como si la hubiera llevado en propiedad y usufructo á su matrimonio; pero los frutos que las alhajas producen, se comunican á los casados, y deben servir para ayudarles á mantener las cargas matrimoniales (2).

42. Aunque uno de los casados lleve al matrimonio, ó adquiera durante él, mas bienes que el otro de cualquier calidad que sean, sin excepcion ni distincion de castrenses, cuasicastrenses, adventicios ni profecticios, se comunican por igualdad á entrambos todos los frutos que producen (3), porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos.

43. El décimo, cuando marido y muger se separan de comun acuerdo por cualquiera causa mediante legítima dispensacion, pues en este caso cada uno de los dos hace exclusivamente suyos los bienes que adquiera en lo sucesivo. Lo mismo sucede cuando la separacion proviene del voto recíproco de castidad; y la razon es porque en uno y otro caso queda la sociedad conyugal de todo punto disuelta (4). Pero si la muger por malos tratamientos de su marido se separa de él, y no hacen vida conyugal, no pierde los gananciales que en este tiempo grangee su esposo, aunque la separacion se haya realizado á instancias de ella, y mucho menos si el marido la echa de su casa sin causa justa, pues en esta materia es regla general que el mal proceder nunca debe redundar en beneficio del culpable ni en perjuicio del inocente.

1 Ley 5. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la 46 de Toro. Mat. en la 6. citada, glos. 3.

2 Leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Gomez en la 50 de Toro, num. 78. y lib. 2. Var. cap. 15. num. 21. Cast. de usuf. cap.

76. Covarr. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 11.

3 Leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

4 Cast. en la ley 16 de Toro, vers. *Quæro insuper*. Matienzo ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 45.

## TITULO III.

*De las prohibiciones, legitimaciones y emancipaciones.*

XXXXXXXXXX

### CAPITULO PRIMERO.

*De las prohibiciones.*

- |                                                                                                                        |                                              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que cosa es prohibir? De la arrogacion y la adopcion.                                                           | 3. La muger solo puede prohibir en un caso.  |
| 2. Todo hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohibir, teniendo las circunstancias que requiere la ley. | 4. De las personas que no pueden prohibirse. |
|                                                                                                                        | 5. Efectos de la arrogacion.                 |
|                                                                                                                        | 6. Efectos de la adopcion.                   |

1. Explicada ya la doctrina relativa al matrimonio y á sus principales efectos civiles, trataré del segundo modo de adquirir la patria potestad, que es la prohibicion ó adopcion. Prohibir es: recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro (1). La prohibicion puede hacerse de dos maneras, que son: *por otorgamiento del Rey, ó por el del juez*. La que se hace por autoridad Real se llama *arrogacion*, que quiere decir: prohibicion de hombre que no tiene padre, ó si lo tiene no está en su poder (2). La que se hace con autoridad judicial se llama *adopcion*, que es lo mismo que prohibicion de hombre que tiene padre carnal, y está en su poder; la cual puede hacerse teniendo ó no padre el prohibido: si lo tiene, conviene que el hijo, ya sea natural ó legitimo, consienta la prohibicion de palabra ó callando, y no contradiciéndola: pero sino lo tiene, ó aunque lo tenga, sino está en su poder, es preciso que la consienta expresamente, pues no basta que calle (3); y por esta prohibicion nace impedimento canónico para contraer matrimonio (4).

2. El hombre libre que está fuera del poder paterno puede

1 Proem. y ley 1. tit. 16. Part. 4.

2 Leyes 7. tit. 7. y 1. tit. 16. Part. 4.

3 Leyes 7. tit. 7. y 1. tit. 16. Part. 4.

4 Leyes penult. y ultim. tit. 7. Part. 4. Covarr. de matrim. cap. 6. Molin. de just. et jur. disput. 227.

reparos y mejoras en las fortalezas y cercas de las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el de mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad (1).

41. El nono, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas, de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como proviene de la misma causa porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ella, no se contempla cosa distinta, y así no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, antes bien se gradúa para este efecto como si la hubiera llevado en propiedad y usufructo á su matrimonio; pero los frutos que las alhajas producen, se comunican á los casados, y deben servir para ayudarles á mantener las cargas matrimoniales (2).

42. Aunque uno de los casados lleve al matrimonio, ó adquiera durante él, mas bienes que el otro de cualquier calidad que sean, sin excepcion ni distincion de castrenses, cuasicastrenses, adventicios ni profecticios, se comunican por igualdad á entrambos todos los frutos que producen (3), porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos.

43. El décimo, cuando marido y muger se separan de comun acuerdo por cualquiera causa mediante legítima dispensacion, pues en este caso cada uno de los dos hace exclusivamente suyos los bienes que adquiera en lo sucesivo. Lo mismo sucede cuando la separacion proviene del voto recíproco de castidad; y la razon es porque en uno y otro caso queda la sociedad conyugal de todo punto disuelta (4). Pero si la muger por malos tratamientos de su marido se separa de él, y no hacen vida conyugal, no pierde los gananciales que en este tiempo grangee su esposo, aunque la separacion se haya realizado á instancias de ella, y mucho menos si el marido la echa de su casa sin causa justa, pues en esta materia es regla general que el mal proceder nunca debe redundar en beneficio del culpable ni en perjuicio del inocente.

1 Ley 5. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la 46 de Toro. Mat. en la 6. citada, glos. 3.

2 Leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Gomez en la 50 de Toro, num. 78. y lib. 2. Var. cap. 15. num. 21. Cast. de usuf. cap.

76. Covarr. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 11.

3 Leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

4 Cast. en la ley 16 de Toro, vers. *Quæro insuper*. Matienzo ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 45.

## TITULO III.

*De las prohibiciones, legitimaciones y emancipaciones.*

XXXXXXXXXX

### CAPITULO PRIMERO.

*De las prohibiciones.*

- |                                                                                                                        |                                              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que cosa es prohibir? De la arrogacion y la adopcion.                                                           | 3. La muger solo puede prohibir en un caso.  |
| 2. Todo hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohibir, teniendo las circunstancias que requiere la ley. | 4. De las personas que no pueden prohibirse. |
|                                                                                                                        | 5. Efectos de la arrogacion.                 |
|                                                                                                                        | 6. Efectos de la adopcion.                   |

1. **E**xplicada ya la doctrina relativa al matrimonio y á sus principales efectos civiles, trataré del segundo modo de adquirir la patria potestad, que es la prohibicion ó adopcion. Prohibir es: recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro (1). La prohibicion puede hacerse de dos maneras, que son: *por otorgamiento del Rey, ó por el del juez*. La que se hace por autoridad Real se llama *arrogacion*, que quiere decir: prohibicion de hombre que no tiene padre, ó si lo tiene no está en su poder (2). La que se hace con autoridad judicial se llama *adopcion*, que es lo mismo que prohibicion de hombre que tiene padre carnal, y está en su poder; la cual puede hacerse teniendo ó no padre el prohibido: si lo tiene, conviene que el hijo, ya sea natural ó legítimo, consienta la prohibicion de palabra ó callando, y no contradiciéndola: pero sino lo tiene, ó aunque lo tenga, sino está en su poder, es preciso que la consienta expresamente, pues no basta que calle (3); y por esta prohibicion nace impedimento canónico para contraer matrimonio (4).

2. El hombre libre que está fuera del poder paterno puede

1 Proem. y ley 1. tit. 16. Part. 4.

2 Leyes 7. tit. 7. y 1. tit. 16. Part. 4.

3 Leyes 7. tit. 7. y 1. tit. 16. Part. 4.

4 Leyes penult. y ultim. tit. 7. Part. 4. Covarr. de matrim. cap. 6. Molin. de just. et jur. disput. 227.

prohijar, concurriendo en él las circunstancias que la ley 2. tit. 16. Part. 4. prescribe en esta forma: *Pero há menester el que quisiere esto facer, que haya todas estas cosas: que sea mayor que aquel á quien quiere prohijar de diez y ocho años, é que haya poder naturalmente de engendrar, habiendo sus miembros para ello, é non seyendo tan de fria natura, porque se le embargase.* Por lo cual aunque sea impotente por enfermedad, por haberlo castrado á la fuerza, ó por otro accidente, no se le prohíbe prohijar, respecto á no haberle imposibilitado la naturaleza <sup>(1)</sup>.

3. La muger no puede prohijar sino con licencia del Rey, y entonces solo en el caso que expresa dicha ley 2, y es cuando haya perdido un hijo en servicio del Rey ó de la patria.

4. Nadie puede prohijar al siervo aunque esté manumitido <sup>(2)</sup>, ni el tutor á su menor, á menos que no sea despues de haber cumplido veinte y cinco años, y en este caso ha de intervenir beneplácito del Rey, y no de otra suerte <sup>(3)</sup>. El menor de siete años no puede ser prohijado, porque carece de la competente capacidad para consentir; pero siendo mayor de ellos y menor de catorce puede serlo con licencia del Rey, y no en otros términos, informándose previamente el Rey de si el prohijador es pobre ó rico, pariente ú extraño, si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para poder engendrar, si es de buena vida y fama, que bienes pertenecen al prohijado, y si consiente serlo; y si por este examen é indagacion conoce que le es útil la prohijacion, puede concederle licencia para hacerla, obligándose el prohijador por escritura ante escribano público, y dando seguridad de entregar todos los bienes del prohijado á la persona que debe heredarlos en el caso que muera dentro de la edad pupilar; y aunque el Rey no le mande constituir la obligacion, debe hacer la entrega, pues el acto de la prohijacion no puede perjudicar el derecho que los parientes tienen á heredar abintestato al prohijado <sup>(4)</sup>. Las mismas diligencias debe practicar el juez para la adopcion.

5. Tal fuerza tiene la prohijacion hecha por via de *arrogacion*, que por el mismo hecho de ser prohijado el que está sin padre, pasa al poder del prohijante con todos sus bienes, y este no puede echarle de él sin que preceda alguna de las causas que expone la ley 7. tit. 16. Part. 4. en esta forma: *E non le*

1 Ley 3. tit. 16. Part. 4.

2 Ley 5. tit. 16. Part. 4.

3 Ley 6. tit. 16. Part. 4. Gom. lib. 1.

Var. cap. 9. num. 12.

4 Ley 4. tit. 16. Part. 4.

*puede sacar de su poder el porfijador aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha á tal, que la pueda probar ante el juzgador. E esto podria facer por dos razones, la una es quando el profijado face tal tuerto ó tal cosa porque se ha de mover á muy gran saña aquel quel porfijó. La otra es quando á tal porfijado como este establece alguno otro su heredero en su testamento só tal condicion, diciendo asi: Yo establezco á Fulano por mi heredero si le sacare de su poder aquel que le porfijó Y aunque por alguna de dichas causas salga de su poder, está obligado á volverle todos los bienes que hubiere llevado, y si le echa ó exhereda sin motivo justo, debe restituírselos; y las ganancias que adquirió mientras estuvo en su poder, excepto el usufructo que produjeron, y ademas tiene derecho el prohijado á la cuarta parte de sus bienes despues de su muerte <sup>(1)</sup>, si carece de descendientes legítimos, pues habiéndolos solo le tendrá al quinto.*

6. Pero si la prohijacion es por via de *adopcion*, no pasará el adoptado al poder del adoptante, á menos que sea su descendiente <sup>(2)</sup>, y si pasa por algun motivo, puede echarle de él con causa ó sin ella, y entonces nada heredará de los bienes del prohijador, excepto que muera abintestato sin descendientes <sup>(3)</sup>; y de esto se prueba que el adoptado tampoco heredará cosa alguna de los bienes del adoptante contra su testamento <sup>(4)</sup>. Y aunque la ley 9. tit. 16. Part. 4. permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño igualmente con sus descendientes, como si fuese su hermano carnal, está derogada en esta parte, pues solo heredará el remanente del quinto, sino dispone de él, que es lo que puede dejarle en virtud de la ley 28 de Toro, porque la legítima no puede ser gravada, ni los extraños constituidos por herederos ni heredar juntamente con los legítimos, como se dirá en su lugar.

1 Ley 8. tit. 16. Part. 4.

2 Ley 9. tit. 16. Part. 4.

3 Ley 8. tit. 16. Part. 4.

4 Greg. Lop. en la glos. fin. de la ley 8. tit. 16. Part. 4. vers. *Et advertit* Gu-tierr. de matrim. cap. 102.

## CAPITULO SEGUNDO.

## De las legitimaciones.

- §. 1. ¿Que es legitimacion?  
 2. ¿Cuántas clases hay de hijos ilegítimos?  
 3. De la legitimacion hecha por merced del Príncipe.  
 4. De las dispensas hechas por el Papa á los ilegítimos para obtener órdenes, beneficios y dignidades eclesiásticas.  
 5. Legitimacion de los hijos naturales por el siguiente matrimonio.
6. Legitimacion de los mismos hecha por testamento.  
 7. Idem por instrumento ó contrato hecho en vida.  
 8. Reconocido un hijo natural, lo quedan tambien los demas que el padre haya tenido en la misma mancha.  
 9. La hija natural se legitima por contraer matrimonio con el que ejerce algun empleo honorífico.

1. El tercer modo de adquirir la patria potestad es la legitimacion. Legitimar es hacer como de legitimo matrimonio al que realmente no lo es, quitándole el legal impedimento que le priva de obtener y gozar las preeminencias concedidas á los legítimos, y poniéndole en el estado de estos. Diferénciase la legitimacion de la dispensacion, en que esta es solamente para casos y cosas determinadas; pero aquella siendo plenísima, sirve para todo, porque deroga y quita en la raiz el impedimento (1). La dispensacion pues, es relajacion del derecho comun, hecha con conocimiento de causa por el que tiene potestad de dispensar. Y se puede considerar de cuatro modos, que expresa Ferraris en la palabra *dispensatio*, y omito por no importar al escribano.

2. Los hijos ilegítimos son de dos clases, *naturales y espurios*. Se llamaban naturales en lo antiguo los procreados por hombre y muger solteros que vivian juntos y no tenian impedimento para contraer matrimonio, siendo la muger una sola (2). Hoy se da este nombre á los hijos cuyos padres al tiempo de su procreacion y concepcion, ó al de su nacimiento, estan hábiles para contraer matrimonio sin dispensacion, ya vivan ó no juntos en una misma casa, y la muger sea ó no una sola, con tal que si el padre no la tiene en su

1 Covarr. de matrim. part. 1. cap. 8. §. 8. Gutier. de matrim. Quest. canon. cap. 74.  
 2 Tit. 13 y 14. Part. 4. ley unie. Cod. de concubin.

casa, los reconozca por sus hijos, con arreglo á la ley 11 de Toro, que es la 1. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Rec. Hijos *espurios* son todos los demas ilegítimos, y se distinguen con varios nombres. Unos se llaman *adulterinos ó notos*, y son los procreados de muger casada y hombre que no es su marido, ya esté ó no casado con otra (á los cuales la ley 9 de Toro llama tambien de *dañado y punible ayuntamiento*, porque la madre por el adulterio incurre en pena de muerte natural). Impropiamente se llaman tambien así los que el casado procrea en muger viuda ó soltera, que se nombra *barragana*, los que por otro nombre se llaman *bastardos*, por no ser habidos en su propia muger, por lo cual bastardean, pues aunque él es casado, la muger no; y tambien se llaman bastardos los que el noble tiene en muger plebeya, ó el plebeyo en ilustre. Otros se llaman *nesarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes; v. gr. el padre en una hija. Otros *incestuosos*, que son los habidos entre parientes transversales en grado prohibido, sin que precediese la debida dispensacion, sabiendo el impedimento; ó aunque lo ignoren ó bien no le haya segun los sagrados Cánones, siempre que contrajeran matrimonio que la iglesia reputa clandestino; pues en este caso, sin embargo de que no lo haya, son ilegítimos, y el matrimonio nulo, y por tal lo tiene declarado el santo Concilio de Trento. Otros *sacrilegos*, que tambien llama la ley de *dañado ayuntamiento* aunque no *punible*, y son los hijos de clérigo ordenado *in sacris*, y los de frailes, freiles y monjas profesos, ya sea por acceso entre sí ya con seglares. Finalmente otros se denominan *manceros* ó *mancillados*, y por tales se reputan los que nacen de ramerías públicas nobles ó plebeyas que se prostituyen á todo hombre, y por eso se ignora quien es su padre, por cuya razon son de peor condicion que los demas, y los que con propiedad se llaman espurios.

3. Esto supuesto, los hijos legítimos pueden ser legitimados por varias personas, que son los Reyes, Emperadores y Príncipes soberanos en sus respectivos dominios á peticion de sus padres, y siéndolo, gozarán desde la legitimacion en adelante de las honras y preeminencias concedidas á estos, como si hubieran nacido de matrimonio legítimo; pero no podrán ser clérigos, ni obtener dignidad eclesiástica en virtud de esta legitimacion, porque los Príncipes seculares no tienen jurisdiccion ni potestad para dispensar en las cosas eclesiásticas (1).

1 Ley 4. tit.

Tampoco gozarán del privilegio de hidalguía si sus padres no la gozan, por cuya razón deben pagar todos los pechos y contribuciones que satisfarian no habiendo sido legitimados (1); ni esta legitimación perjudica á los legítimos descendientes en sus derechos hereditarios, como se dirá en el título de los testamentos, cuando se trate de la sucesión de unos y otros; pero no se diferenciarán de los legítimos en cuanto á gozar de las honras y preeminencias correspondientes á estos (2) (\*).

4. El Papa puede dispensar en toda la cristiandad, ó habilitar á los ilegítimos que fueren libres, para que reciban órdenes y obtengan beneficios y dignidades eclesiásticas; y como Príncipe soberano de sus estados tiene también potestad de legitimar para todo á sus vasallos (3).

5. Los padres pueden legitimar á sus hijos naturales casándose con la mujer en que los hubieron, ó bien llevándolos á la corte del Rey ó del concejo de la ciudad ó villa en que habitan, ó á otra, entregándolos de su propia voluntad á su servicio, y diciendo públicamente que son sus hijos habidos en tal mujer soltera nombrándola, por cuyo acto quedan legitimados si se convienen y aceptan la entrega de sus padres, lo cual pueden hacer estos aunque los tengan legítimos (4). También quedan legitimados si se ofrecen ellos espontáneamente á servir al Soberano ó á la ciudad ó villa diciendo de quien son hijos, y si sus padres no los tienen legítimos; pero si los tuvieren no se legitimarán por este acto (5).

6. Pueden igualmente los padres legitimar á sus hijos naturales por testamento, si no los tienen legítimos, diciendo: *que quieren que F. y Z. sus hijos naturales procreados en Fulana, de estado soltera, sean sus herederos legítimos*; en cuyo caso si acudieren después al Rey para que confirme esta disposición testamentaria, ha de hacerlo, y ellos serán habidos por legítimos (6).

7. También se les permite legitimarlos por instrumento en sanidad; pero para que valga esta legitimación, no han de expresar en él que son sus hijos naturales, sino que son sus hijos y los conocen por tales; pues si lo expresaren no valdrá, co-

1. Leyes 5 y 6. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.  
2. Leyes fin. tit. 15. Pa. r. 4 y 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.  
\* Por la ley 2. tit. 4. lib. 4. Nov. Rec. se da facultad á la Cámara para que sin consulta pueda habilitar á hijos de clérigos y bastardos para tener oficios y gozar

honras, y á los mismos clérigos para dar alimentos á sus hijos.

3. Ley 4. tit. 15. Part. 4.  
4. Ley 5. tit. 15. Part. 4.  
5. Ley 8. tit. 15. Part. 4.  
6. Ley 6. del mismo tit.

mo lo dice terminantemente la ley 7. tit. 15. Part. 4. Y la razón es porque presume el derecho que hubo matrimonio; y mientras no se pruebe lo contrario serán habidos por legítimos y no por naturales (\*).

8. Si el padre procreare varios hijos en una manceba, y reconociere solamente á uno de ellos por su hijo, quedarán legitimados por este reconocimiento los demás (1).

9. Contrayendo matrimonio la hija natural con el que ejerce empleo honorífico de los principales de alguna ciudad ó villa, queda por este mero hecho legitimada (2).

\* Las leyes romanas establecieron tres modos de legitimar, esto es, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la curia, y por rescripto del Príncipe, y aun algunos de sus intérpretes añadieron otro, á saber, en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrará á alguno por hijo. Las leyes 4 y posteriores del tit. 15. Part. 4. siguiendo á las romanas hablaron determinadamente de la legitimación por ofrecimiento á la curia, y por instrumento público; pero acerca del primero de estos dos modos dicen nuestros juriconsultos no estar en uso, ni ser compatible con el actual gobierno municipal de los pueblos; y en cuanto al segundo opina Gregor. Lop. en la glos. 7. de la ley 7. de dicho tit. 15.

que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimación verdadera. Así que en rigor solo hay en España dos modos de legitimar, esto es, por el siguiente matrimonio, y por rescripto del Príncipe. (Sala *Ilustración del derecho Real de España*, lib. 1. tit. 6. num. 1 y 2.)

Adviértase que por un Real decreto de 5 de enero de 1794 (que es la ley 4. tit. 37. lib. 7. Nov. Rec.) son tenidos por legitimados en el día, á virtud de la autoridad Real, y por legítimos para todos los efectos civiles, á los expositos que no tienen padres conocidos.

1. Ley 7. tit. 5. part. 4. Greg. Lop. en ella. Covarr. *de matrim.* cap. 8. §. 7.

2. Ley 8. tit. 15. Part. 4.

## CAPITULO TERCERO.

*De los principales efectos civiles de la patria potestad, y de las obligaciones mutuas entre padres é hijos.*

- §. 1. Durante la patria potestad no puede el hijo celebrar contrato con su padre, sino en cosas pertenecientes al peculio castrense ó cuasicastrense.
2. De cuantas clases es el peculio, y sus diferencias.
3. Los padres estan obligados á educar á sus hijos, y razones en que se funda esta obligacion.
4. La muger tiene obligacion de criarlos hasta la edad de tres años.
5. La referida obligacion del padre se extiende solo á sus hijos legítimos y naturales.
6. En consecuencia de esta obligacion y dominio pueden los padres servirse de sus hijos sin que estos tengan accion á pedirles salarios.
7. Por las mismas razones puede el padre empeñar la persona de su hijo si se hallare en extrema necesidad.

1. Explicado lo concerniente á la patria potestad, resta hablar de los principales efectos civiles de ella, y de las mutuas obligaciones que hay entre padres é hijos. No pueden estos mientras esten bajo la potestad del padre celebrar con él contrato alguno, sino del peculio castrense y cuasicastrense, pero en saliendo de aquella valen los que ambos celebren (1).

2. Para inteligencia de lo dicho en el párrafo anterior debe saberse que los bienes de los hijos son de cuatro clases, á saber: *profecticios, adventicios, castrenses, y cuasicastrenses*: los profecticios son los que adquieren con el caudal de sus padres, ó les vienen por su respecto ó linea, de los cuales toca á estos la posesion, propiedad y usufructo, y son suyos privativamente, porque los ganan estando bajo de su poder (2). Los adventicios son los que ganan los hijos por industria ú obra de sus manos, ó por donacion y herencia de sus madres, ó de alguno de los parientes de estas, ó de extraño, ó por ventura ó hallazgo de tesoro, ú otra manera semejante, y el usufructo de ellos es del padre por razon de la patria potestad; pero la propiedad toca pri-

1 Leyes 2. tit. 5. 6. tit. 11. Part. 5. y 8. tit. 11. lib. 1 del Fuero Real.

2 Ley 6. tit. 17. Part. 4.

vativamente á los hijos. Llámense *adventicios* porque no vienen del padre, ni por su linea ni respeto, ni son adquiridos con los suyos, y así el padre está obligado á defenderlos en juicio, conservarlos íntegros y restituirlos á sus hijos cuando se casen; y si se mantienen solteros, debe haber el usufructo que producen mientras lo esten (1). Los *castrenses* se llaman así, porque este adjetivo castrense se deriva del substantivo latino *castra*, que se entiende de tres maneras: la primera y mas comun es todo castillo, fortaleza y lugar cercado de muros: la segunda el ejército unido para pelear, y la tercera es la corte del Emperador, Rey ó Principe soberano. Los bienes que tengan los hijos en alguno de estos lugares en el Real servicio, son suyos en posesion, propiedad y usufructo, y ningun derecho tienen á ellos su padre, madre, hermanos ni otro pariente, por lo que pueden hacer de ellos lo que quisieren durante su vida (2); pero por última disposicion se han de arreglar á lo que manda la ley 6 de Toro, sobre lo cual véase á Greg. Lopez en la 6. tit. 17. Part. 4. glos. 8. versic. *Hodie* :: Los *cuasicastrenses*, (cuyo nombre se les da por semejarse á los castrenses) son los que adquieren los maestros que enseñan públicamente alguna ciencia, y los jueces y escribanos del Rey, regidores y otros por razon de oficio público honorífico que ejercen, é igualmente la donacion que el Rey ú otro señor de vasallos les hace; en los cuales tiene el hijo el mismo dominio que en los castrenses (3). Tambien reputan algunos por cuasicastrenses los que se ganan por enseñar las siete artes liberales, que son: gramática, retórica, dialéctica, aritmética, música, geometría y astronomía, y por razon de dignidad ó beneficio eclesiástico; aunque á la verdad no encontré textos que por tales declare á los que se adquieren por dichas siete artes.

3. Tienen obligacion los padres de criar á sus hijos por tres razones: la primera, de naturaleza, porque son su misma sangre, por la cual se mueven tambien los irracionales á criar á los suyos; la segunda, por el amor que les profesan; y la tercera, porque las leyes divinas y humanas lo mandan así (4). Deben criarlos dándoles no solo el alimento necesario para su conservacion, vestido y calzado y lo demas necesario para la vida, sino educándolos y proporcionándoles la debida instruccion así en la religion y la moral como en alguna ciencia, arte ú oficio (5).

1 Ley 5. tit. 17. Part. 4.

2 Ley 6. tit. 17. Part. 4.

3 Ley 7. tit. 17. Part. 4.

4 Ley. 2. tit. 19. Part. 4.

5 Dicha ley 2. Eccles. cap. 4. num. 12. y cap. 7. num. 25.

4. La madre debe criarlos hasta la edad de tres años, que llaman de la lactancia, y el padre despues de ellos; pero si aquella no puede por su indigencia, tiene obligacion el padre de darla lo necesario para ello; y si se divorcian, toca al culpado, siendo rico, su manutencion, ya sean mayores ó menores de dicha edad, y al inocente tenerlos en su poder y custodiarlos (1). Mas si el padre es pobre, y la madre rica, debe esta criarlos de sus propios bienes antes y despues de la lactancia; y si ambos son pobres, estan obligados á ello sus abuelos y visabuelos paternos por su orden; previniendo que los hijos y demas descendientes tienen igual obligacion con sus ascendientes pobres (2).

5. Esta obligacion civil y natural del padre se extiende solo á sus hijos legítimos, y naturales; pero no la civil á los demas ilegítimos, pues á estos deben alimentar sus madres, y ascendientes por esta linea, teniendo medios para ello: y la razon es, porque la madre siempre es conocida, y el padre no; bien que por derecho natural y equidad canónica á todos debe esta dar plimentos; mas si los hijos son ingratos á sus padres, causándoles daño en su vida, honra ó hacienda, ó tienen lo necesario para alimentarse, cesa la obligacion de los padres y madres, y lo mismo procede de aquellos para con estos, por ser reciproca entre todos (3).

6. En consecuencia de esta obligacion y dominio, pueden los padres servirse de sus hijos, sin que estos tengan accion á pedirles salarios; por lo que cumplen con mantenerlos y educarlos segun su esfera y posibilidad (4). Pueden asimismo ponerlos á pupilage con maestros que los enseñen, y estos deben hacerlo sin ocultarles cosa alguna de la ciencia, arte ú oficio que profesan, á fin de que se instruyan á satisfaccion de inteligentes, y á este efecto se les permite castigarlos, de suerte que no los lisen en sus cuerpos, pena de los daños (5). De esta clase de contratos suelen hacerse escritura con varios pactos: por la que extenderé se instruirá el escribano para las que le ocurran. El que quisiere cerciorarse radicalmente de esta materia, vea los autores que se citan (6). En cuanto á lo que se debe practicar cuando el hijo demanda al padre para que le mantenga, y este niega ser su hijo, véase la ley fin. tit. 19. Part. 4. Y por lo

1 Ley 3 y 4. tit. 19. Part. 4.

2 Ley 4 citada.

3 Leyes 5 y 6. tit. 19. Part. 4. cap. Cum haberet. 8. de eo, qui duxit in matrimonium quam polluerat adulterio, cerca del fin.

4 Ley 3. tit. 20. Part. 2.

5 Ley 11. tit. 8. Part. 5.

6 Lara de vita homin. cap. 13. num. 60 y sig. Bar'os. vot. 2. num. 11. Castell. de Almans. cap. 66. num. 61. Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 5.

respectivo á los niños expósitos y otros que crian algunos extraños el titulo 20 de dicha Partida.

7. En virtud de la misma potestad y dominio, puede el padre empeñar á su hijo si se halla en extrema necesidad de hambre, é imposibilitado de redimirla de otra suerte, ó cercado de enemigos en defensa de algun castillo, sin tener que comer; todo lo cual se le prohíbe á la madre; y el hijo empeñado saldrá del dominio del que lo recibió en empeño pagando el importe de este y lo que hubiese gastado el que le tuvo por prenda en enseñarle alguna ciencia, arte ú oficio, segun regulacion de peritos (1).

#### CAPITULO CUARTO.

##### Del modo de acabarse la patria potestad.

- |                                                                      |                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Por cuales causas se acaba la patria potestad?                | no puede demandar al padre sin su licencia, sino por sus bienes castrenses ó cuasicastrenses.                                        |
| 2 y 3. Continuacion de lo mismo.                                     |                                                                                                                                      |
| 4. ¿Que es emancipacion?                                             | Escrituras correspondientes á este titulo.                                                                                           |
| 5. La emancipacion ha de ser para todo y no para una sola cosa.      | 1. <sup>a</sup> Diligencias para la adopcion.<br>2. <sup>a</sup> Escritura de adopcion.                                              |
| 6. ¿Por que causas puede ser apremiado el padre á emancipar al hijo? | 3. <sup>a</sup> Instrumento de legitimacion.<br>4. <sup>a</sup> Escritura de emancipacion.<br>5. <sup>a</sup> Escritura de aprendiz. |
| 7. El hijo, aunque emancipado,                                       | 6. <sup>a</sup> Escritura de pupilo.                                                                                                 |

1. Por siete causas espira la patria potestad: la primera por muerte natural del padre (2), pues en falleciendo es claro que no puede dominar á sus hijos. La segunda por muerte civil, la cual es una pena que se le impone judicialmente por haber cometido algun delito enorme, ya sea condenándole para siempre á trabajar en las labores del Rey, v. gr. presidios, arsenales y minas, ó á servir á los que trabajan en ellos, por lo que se llama *siervo de pena*; ó cuando es desterrado para siempre á isla ú otro lugar determinado, y se le confiscan sus bienes, por lo que le llamaban *deportado* (3); pero siendo *relegado*, como decian los romanos (que es el desterrado para siempre ó por

1 Leyes 8 y 9. tit. 17. Part. 4. Covarr. lib. 3. Var. cap. 14. num. 4.

2 Ley 1. tit. 18. Part. 4.

3 Ley 2. tit. 18. Part. 4.

4. La madre debe criarlos hasta la edad de tres años, que llaman de la lactancia, y el padre despues de ellos; pero si aquella no puede por su indigencia, tiene obligacion el padre de darla lo necesario para ello; y si se divorcian, toca al culpado, siendo rico, su manutencion, ya sean mayores ó menores de dicha edad, y al inocente tenerlos en su poder y custodiarlos (1). Mas si el padre es pobre, y la madre rica, debe esta criarlos de sus propios bienes antes y despues de la lactancia; y si ambos son pobres, estan obligados á ello sus abuelos y visabuelos paternos por su orden; previniendo que los hijos y demas descendientes tienen igual obligacion con sus ascendientes pobres (2).

5. Esta obligacion civil y natural del padre se extiende solo á sus hijos legítimos, y naturales; pero no la civil á los demas ilegítimos, pues á estos deben alimentar sus madres, y ascendientes por esta linea, teniendo medios para ello: y la razon es, porque la madre siempre es conocida, y el padre no; bien que por derecho natural y equidad canónica á todos debe esta dar plimentos; mas si los hijos son ingratos á sus padres, causándoles daño en su vida, honra ó hacienda, ó tienen lo necesario para alimentarse, cesa la obligacion de los padres y madres, y lo mismo procede de aquellos para con estos, por ser reciproca entre todos (3).

6. En consecuencia de esta obligacion y dominio, pueden los padres servirse de sus hijos, sin que estos tengan accion á pedirles salarios; por lo que cumplen con mantenerlos y educarlos segun su esfera y posibilidad (4). Pueden asimismo ponerlos á pupilage con maestros que los enseñen, y estos deben hacerlo sin ocultarles cosa alguna de la ciencia, arte ú oficio que profesan, á fin de que se instruyan á satisfaccion de inteligentes, y á este efecto se les permite castigarlos, de suerte que no los lisen en sus cuerpos, pena de los daños (5). De esta clase de contratos suelen hacerse escritura con varios pactos: por la que extenderé se instruirá el escribano para las que le ocurran. El que quisiere cerciorarse radicalmente de esta materia, vea los autores que se citan (6). En cuanto á lo que se debe practicar cuando el hijo demanda al padre para que le mantenga, y este niega ser su hijo, véase la ley fin. tit. 19. Part. 4. Y por lo

1 Ley 3 y 4. tit. 19. Part. 4.

2 Ley 4 citada.

3 Leyes 5 y 6. tit. 19. Part. 4. cap. Cum haberet. 8. de eo, qui duxit in matrimonium quam polluerat adulterio, cerca del fin.

4 Ley 3. tit. 20. Part. 2.

5 Ley 11. tit. 8. Part. 5.

6 Lara de vita homin. cap. 13. num. 60 y sig. Barbos. vot. 2. num. 11. Castell. de Almans. cap. 66. num. 61. Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 5.

respectivo á los niños expósitos y otros que crian algunos extraños el titulo 20 de dicha Partida.

7. En virtud de la misma potestad y dominio, puede el padre empeñar á su hijo si se halla en extrema necesidad de hambre, é imposibilitado de redimirla de otra suerte, ó cercado de enenigos en defensa de algun castillo, sin tener que comer; todo lo cual se le prohíbe á la madre; y el hijo empeñado saldrá del dominio del que lo recibió en empeño pagando el importe de este y lo que hubiese gastado el que le tuvo por prenda en enseñarle alguna ciencia, arte ú oficio, segun regulacion de peritos (1).

#### CAPITULO CUARTO.

##### Del modo de acabarse la patria potestad.

- |                                                                      |                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Por cuales causas se acaba la patria potestad?                | no puede demandar al padre sin su licencia, sino por sus bienes castrenses ó cuasicastrenses.                                        |
| 2 y 3. Continuacion de lo mismo.                                     |                                                                                                                                      |
| 4. ¿Que es emancipacion?                                             | Escrituras correspondientes á este titulo.                                                                                           |
| 5. La emancipacion ha de ser para todo y no para una sola cosa.      | 1. <sup>a</sup> Diligencias para la adopcion.<br>2. <sup>a</sup> Escritura de adopcion.                                              |
| 6. ¿Por que causas puede ser apremiado el padre á emancipar al hijo? | 3. <sup>a</sup> Instrumento de legitimacion.<br>4. <sup>a</sup> Escritura de emancipacion.<br>5. <sup>a</sup> Escritura de aprendiz. |
| 7. El hijo, aunque emancipado,                                       | 6. <sup>a</sup> Escritura de pupilo.                                                                                                 |

1. Por siete causas espira la patria potestad: la primera por muerte natural del padre (2), pues en falleciendo es claro que no puede dominar á sus hijos. La segunda por muerte civil, la cual es una pena que se le impone judicialmente por haber cometido algun delito enorme, ya sea condenándole para siempre á trabajar en las labores del Rey, v. gr. presidios, arsenales y minas, ó á servir á los que trabajan en ellos, por lo que se llama *siervo de pena*; ó cuando es desterrado para siempre á isla ú otro lugar determinado, y se le confiscan sus bienes, por lo que le llamaban *deportado* (3); pero siendo *relegado*, como decian los romanos (que es el desterrado para siempre ó por

1 Leyes 8 y 9. tit. 17. Part. 4. Covarr. lib. 3. Var. cap. 14. num. 4.

2 Ley 1. tit. 18. Part. 4.

3 Ley 2. tit. 18. Part. 4.

tiempo cierto á algun pueblo, pero sin que se le confisquen sus bienes), no pierde la patria potestad ni su hacienda, nobleza ni libertad, ni tampoco se le prohíbe testar (1).

2. La tercera cuando es *banido* ó *encartado* (segun llama la ley), que es el que cometió algun delito grave, está prófugo, y se le emplaza por edictos para que se presente, y por no presentarse, le condena el juez en rebeldia á que no entre en el lugar de su domicilio, ni en su término ó provincia, ó le impone mayor pena, ó le confisca sus bienes: y se le tendrá por deportado ó relegado, segun sea la sentencia contra él proferida (2). La cuarta por haber cometido el pecado de incesto, ó casádose con parienta suya dentro del cuarto grado sin dispensacion, estando viuda, teniendo ciencia cierta del impedimento canónico, ó con religiosa profesada (3).

3. La quinta por obtener el hijo alguna de las once dignidades del reino, que son: *Consejero*, *Proconsul*, *Profecto pretorio*, *Juez mayor de ciudad cabeza de reino*, *Adelantado mayor*, *Questor* (que es el que recauda las rentas Reales, no como arrendador sino como oficial, de quien el Rey hace gran confianza, ó el que le lee las cartas que le escriben, y las leyes que se establecen antes de publicarse), *Alferez mayor*, *Chanciller*, *Mayordomo*, *Fiscal y secretario del Rey* (4) (\*). La sexta por casarse y velarse el hijo, pues en el instante que se casa y vela en faz de la santa Madre Iglesia, y no de otra suerte, sale de la patria potestad para siempre en todas las cosas, asi útiles como perjudiciales, y jamas reincide en ella, aunque quede viudo: hace suyo integramente el usufructo de sus bienes adventicios, sin que su padre pueda quedarse con el todo ni parte de él: y si mientras vive lo percibe, y no se lo pide el hijo, deben abonárselo, y entregarle su importe los herederos, porque es visto que por la reverencia á su padre no se lo demandó, no debiendo inferirse de su silencio que se lo donase (5).

4. La séptima causa es la *emancipacion*, la cual es *libre potestad que el padre da á su hijo legitimo para que sin su inter-*

1 Ley 3. tit. 18. Part. 4.

2 Ley 4. tit. 18. Part. 4.

3 Ley 6. tit. 18. Part. 4.

4 Leyes 7 á la 14. tit. 18. Part. 4.

\* La mayor parte de estas dignidades no existen en el dia; pero algunos autores tomando argumento de las que en dicha ley se mencionan, son de opinion que los señores fiscales, tesorero del Rey, gefe de palacio ó de algun cuerpo Real, ó de al-

guna provincia, administradores generales de rentas, y otros semejantes á estos, saldrán de la patria potestad.

5 Ley 3. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec. Gut. lib. 2. Pract. quest. 10. num. 4. de jur. confirm. part. 1. cap. 4. num. 18 y sig. Acceved. en la ley 9 del tit. 1. lib. 5. Recop. num. 26. Gom. en las leyes 47 y 48 de Toro.

*vencion trate, contrate, comparezca en juicio, y haga todo lo que podria practicar sino tuviera padre, á cuyo fin le aparta de su dominio.* Para que sea válida han de concurrir tres circunstancias: la primera; que el hijo tenga siete años cumplidos, pues antes de ellos no puede ser emancipado sin Real permiso (1) (\*). La segunda, que las justicias den cuenta al Consejo con los instrumentos de justificacion de las causas de la emancipacion, y en vista de su aprobacion y licencia puedan proceder luego á declararla, pues hoy está prohibido, pena de nulidad, que se hagan emancipaciones sin este previo requisito (\*\*); lo cual se entiende, ya sea soltero mayor ó menor de veinte y cinco años el hijo, porque la disposicion Real no distingue (2). Y la tercera, que despues de impetrada la licencia acudan padre é hijo personalmente, y no por procurador, al juez ordinario de su domicilio, y á presencia de este diga el padre que emancipa y aparta de su poder á su hijo, y este que acepta la emancipacion; en virtud de cuyo espontáneo consentimiento debe el juez mandar al padre que otorgue la correspondiente escritura, é interponer á ella y á lo que el emancipado practique, su autoridad para su mayor validacion (3). Pero en la práctica no es preciso que las justicias den cuenta al Consejo antes que se otorgue la escritura; basta que precedida la justificacion de las causas, se otorgue la emancipacion con insercion de ella, y luego se presente en el Consejo solicitando en su virtud la aprobacion, sin que necesite acudir despues al juez ordinario, pues asi lo he visto en una que obtuve por encargo, y expresando en la emancipacion que para

1 Ley 15. tit. 18. Part. 4.

\* Parece que antes de esta edad no podrá tener efecto la emancipacion sin cédula de la Cámara dispensando la edad.

\*\* La venia y suplemento de edad es independiente de la emancipacion, y habrá de solicitarse en recurso separado. Por la Cámara se despachan estas venias ó suplementos de edad desde los diez y ocho hasta los veinte años, y desde los veinte al veinte y cinco en el Consejo. Véase la *Practica de introducirse y despocharse estos recursos en Don Pedro Escolano*, tom. 1. cap. 98. Por el auto acordado 20. tit. 9 lib. 3. (ley 4. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.) se dispuso que las justicias ordinarias no declarasen ni pudiesen declarar estas emancipaciones, sin dar cuenta primero al Consejo con los instrumentos de las justificaciones y causas de ellas, sin

en las circunstancias se darán por nulas. El motivo de esta disposicion fue el notorio perjuicio que se seguia de las emancipaciones que hacian los padres, pues siéndoles permitido ejecutarlas ante cualquiera juez ordinario, estos sin examinar las causas ni reparar en los daños y malas consecuencias que de estas se seguian al bien público del estado, pasaban libremente á emancipar sus hijos, y una vez verificadas les hacian los padres donacion de todo, ó la mayor parte de los bienes, resultando de esto, que muchos de ellos por la mala educacion no cuidaban despues del socorro de sus padres, y se negaban totalmente á los hermanos defraudados en la emancipacion y en la donacion.

2 Auto 20. tit. 19 lib. 3. Recop.

3 Leyes 15, 16. y 17. tit. 18. Part. 4.

que valga y pueda usar de ella el emancipado ha de preceder aprobacion del Consejo (\*).

5. La emancipacion ha de ser para todo, y no para una cosa sola, porque la patria potestad es individual, y una vez que espira, es en el todo, y el hijo que sale de ella no reincide en el dominio paterno, aunque cesa la causa porque se eximió de él (1), á menos que sea ingrato á su padre, tratándole mal de palabra ú obra (2), que en este caso volverá á su poder, no obstante que lo haya emancipado. En premio de la emancipacion puede el padre retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios que su hijo tenia antes de ser emancipado, y no de los que despues adquiriera; antes bien si su hijo se casa luego, deberá volverle la mitad que se reservó, porque por legal disposicion le pertenecen enteramente los bienes adventicios, sin que su padre pueda retenerlos (3) ni su usufructo.

6. Por cuatro causas puede ser apremiado el padre á emancipar á su hijo: la primera, por tratarlo con excesiva rigidez y severidad. La segunda, por compeler á sus hijas á que se prostituyan, y á los hijos á que sean ladrones ó cometan otros delitos. La tercera, por aceptar el legado que alguno le hizo con la condicion de que emancipase á su hijo. Y la cuarta, por dis-

\* Para obtener la aprobacion del Consejo se acude con un pedimento, diciendo: N. en nombre y en virtud de poder, que presente, de N. natural y vecino de tal parte, ante V. A., como mas haya lugar, digo: que enterado el padre de mi parte de su industria y aplicacion á las labores del campo, ha merecido que se le conceda su emancipacion, por concurrir ademas en su persona las calidades y circunstancias que se requieren de edad y juiciosa conducta, y resultar utilidad al vecindario, y ningun perjuicio á sus hermanos por lo limitado de los bienes que le ha dado en el acto de la emancipacion, como consta de la escritura que presento; y para que esta tenga su entera validacion y firmeza, suplico á V. A. que habiéndola por presentada, se sirva aprobarla en todo y por todo, y mandar que con su insercion se libre la Real provision correspondiente &c. Este pedimento se lleva al repartidor, quien le encomienda al escribano de Cámara que se halla en turno, y por este se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y con vista de lo que se expone y pide por el señor fiscal para la debida instruc-

cion del asunto, se expide una provision para que la justicia del mismo pueblo ejecute el informe y diligencia acordada. Se entrega esta provision bajo de recibo al procurador mismo que firmó el pedimento, y venido el informe y diligencias, se junta con el antecedente, y hace presente en la Sala primera de Gobierno, donde se acuerda que pase al señor fiscal, á cuyo agente se entrega bajo de recibo, y devuelto á la escribania de Cámara, se da cuenta de su respuesta en la misma Sala por el relator, y extiende el auto en esta forma. Se aprueba en la forma ordinaria la escritura de emancipacion, otorgada por N. á favor de su hijo N., sin perjuicio de la venia de edad de este, sobre que debe usar separadamente de su derecho, con cuya declaracion y los insertos necesarios, se le expida el despacho correspondiente. Devuelto á la escribania de Cámara el expediente se expide el despacho.

1. Gom. en la ley 47 de Toro, num. 2.
2. Leyes 4. tit. 17. y fin. tit. 18. Part. 4.
3. Leyes 15 al fin. tit. 18. Part. 4. y 48 de Toro. Gom. en esta, num. 6. Acov. en la 9. tit. 11. lib. 5. Recop. num. fin.

par el padraastro los bienes de su entenado mayor de catorce años, prohibido por él (1).

7. Aunque el hijo esté fuera de la patria potestad, no puede demandar judicialmente á su padre sin su licencia, sino por sus bienes castrenses y cuasicastrenses; y para reconvenirlo por los adventicios, lo que se practica es poner en el primer pedimento esta cláusula: *precedida la venia en derecho necesaria*, con la cual se le permite usar contra él de sus acciones civiles, pero no de las criminales de que le resulte infamia, muerte ó perdimiento de miembro: y lo propio milita para con los nietos y demas descendientes legítimos (2), en los cuales se incluyen los yernos, porque representan á sus mugeres, previniendo que si el pedimento no contiene dicha cláusula, no debe admitirlo el escribano.

#### *Escrituras correspondientes á este titulo.*

##### 1.ª PEDIMENTO Y DEMAS DILIGENCIAS PARA LA ADOPCION.

Francisco Lopez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que con motivo de hallarme viudo en edad avanzada con caudal considerable y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos, he resuelto adoptar á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez difunto, el cual está pobre y huérfano, y tiene catorce años de edad, como consta de la certificacion de su bautismo que presento, y consiente ser adoptado: mediante lo cual, y que de ejecutarse la adopcion se le sigue notoria utilidad, para que tenga efecto = A V. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion: mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento: y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension, y concederme licencia para formalizar la escritura de adopcion correspondiente, interponiendo á ella su autoridad y judicial decreto para su mayor estabilidad, pues asi procede de justicia que pido, y para ello &c.

#### AUTO

Por presentada la certificacion que se refiere: recíbase la informacion que esta parte ofrece ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma, y hecha se traiga pa-

1. Ley 18. tit. 18. Part. 4.
  2. Leyes 3. tit. 2. Part. 3. y 11. tit. 17. Part. 4.
- T. I.

ra proveer: el señor N., corregidor de esta villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año. = Don N. = Ante mí N.

INFORMACION.

*Testigo primero.*

En tal villa, á tantos de tal mes y año, yo el escribano de su número, usando de la comision que por el auto precedente me está conferida, y con arreglo al pedimento presentado por Francisco Lopez, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, de Antonio Perez, vecino de ella, el cual lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió decir verdad y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento referido, dijo: que conoce de vista, trato y comunicacion al mencionado Francisco, y á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez difunto, por cuya razon sabe y le consta que el enunciado Francisco es anciano, rico, de buena vida y fama, que no tiene descendientes ni otro heredero legitimo: y que el prenotado Juan ya habrá cumplido eatorce años de edad, porque segun hace memoria, nació en el de tantos, sobre lo que se remite á la partida de su bautismo: y parece al declarante que de adoptarlo el expresado Francisco se le seguirá mucha utilidad y beneficio, pues cumpliendo como buen hijo adoptivo, le instituirá por su heredero, y le quedará lo suficiente para subsistir con decencia, de lo que actualmente se halla imposibilitado, porque está pobre, huérfano, y no tiene oficio con que ganar de comer; que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma (ó no firma por no saber), expresa tener tantos años poco más ó menos de edad, que con ninguno le tocan las generales de la ley, de que le pregunté, doy fe. = Antonio Perez. = Ante mí N.

*Conforme á este testigo han de declarar otros dos, y luego corresponde el siguiente*

AUTO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don N., corregidor de ella, habiendo visto estos autos, hecho comparecer á su presencia á Francisco Lopez y Juan Ibañez, contenidos en

ellos, y examinado la voluntad y consentimiento de ambos, tomó de la mano al citado Juan, y lo entregó al enunciado Francisco, el cual lo recibió por su hijo adoptivo, y en su consecuencia le concedió amplia facultad para que otorgue la escritura de adopcion con las cláusulas por derecho prescriptas para su estabilidad, interpuso á ella su autoridad en legal forma, mandó que estos autos se unan á su protocolo, é incorporen en sus traslados para documentarla, y lo firma, de que doy fe. = D. N. = Ante mí N.

2.<sup>a</sup> ESCRITURA DE ADOPCION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que con motivo de hallarse anciano, sin herederos legitimos ni esperanza de procrearlos, y con caudal copioso, determinó adoptar á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez difunto, y á este fin, precedidas las diligencias prescriptas, impetró licencia del señor D. N., corregidor de esta villa, que con los demas autos obrados se une á esta escritura para documentarla, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor dice así: (*Aquí se copian los autos, y luego prosigue la escritura.*) Concuerdan los autos insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fe, y usando el otorgante de la licencia que incluye el último, de su libre y espontanea voluntad, en la mayor via y forma que haya lugar en derecho = Otorga que recibe por su hijo adoptivo al nominado Juan Ibañez, y en su consecuencia promete y se obliga á tratarlo, educarlo, cuidarlo y alimentarlo como si fuera su hijo legitimo, y á instituirlo por su heredero en el caso que subsista en su poder al tiempo de su fallecimiento, y si por natural olvido ó por otra causa no lo hiciere, quiere que sea habido por instituido, como desde ahora le instituye por tal, y que en dicho caso herede sus bienes íntegramente. Asimismo se obliga á que si el citado Juan heredare ó le donaren algunos mientras esté en su compañía, y luego saliere de ella, se los entregará sin desfalco, ó á quien sea parte legitima para su percibo, incontinenti que sea requerido, y consiente ser apremiado por todo rigor legal no solo á su entrega, sino á la solucion de las costas, daños y perjuicios que en su exaccion se le causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y le releva de otra prueba. Igualmente se obliga á no reclamar esta escritura, ni alegar excepcion, aunque le favorezca, y si lo hiciere, no se le

admita judicial ni extrajudicialmente, y sea visto por él mismo haberlo aprobado y ratificado, á cuyo fin da amplio poder á los señores jueces &c. (*Aquí se pondrán las generales, y prosigue.*) Y el mencionado Juan Ibañez, que está presente, enterado de esta escritura, dijo que acepta la adopción que contiene, y en reconocimiento de hijo adoptivo se hincó de rodillas, besó la mano al enunciado Francisco Lopez, y le dió las gracias por el beneficio de haberle adoptado: y ambos así lo otorgaron, y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos &c.

*Nota.* No puse en esta escritura la cláusula de donación en sanidad de todos los bienes del adoptante, como Don Pedro Melgarejo, Argüello, Ribera, Palomares y otros autores que he visto, lo hicieron, sin tener presente que la ley 69 de Toro prohíbe donar todos los bienes, aunque sea solo los presentes: que las 91 y 92. tit. 18. Part. 3., que traen la forma de extender las escrituras de arrogación y adopción, no la contienen: y que es contra la naturaleza de este contrato, porque teniendo potestad el adoptante para echar de su poder al adoptado, y exheredarle con causa ó sin ella (lo que no puede hacer con el arrogado, por ser preciso intervenga causa justa para ello), se priva por la donación en sanidad de exheredarle (pues como irrevocable será subsistente, y no podrá revocarla sino por las causas que se explicarán en el tratado de las donaciones), y de usar de la facultad que le concede la ley 8. tit. 16. Part. 4.: y aunque las referidas 91 y 92. tampoco contienen la institución de heredero, por no ser necesaria, á causa de que si el adoptante echa de su poder ó exhereda al adoptado, como se le permite, nada llevará de sus bienes, y sino lo hace y muere abintestato sin herederos forzosos, le heredarán; no obstante, es bueno que se ordene con ella, porque de esta suerte se entienden revocadas sus disposiciones testamentarias anteriores, y se evitan dudas.

*Otra.* Don Pedro Melgarejo en su Compendio de escrituras públicas extendió una de adopción otorgada por marido y mujer, en la cual hallé tres reparos: 1.º la cláusula de donación arriba expresada; 2.º que supone intervenir mujer, y no explica el motivo que previene la ley 2. tit. 16. Part. 4.; y 3.º que carece de la Real licencia, así por lo respectivo á la mujer, como al adoptado, que supone es menor de catorce años; pues ambos la necesitan, según queda sentado en los párrafos 3 y 4. cap. 1. de este título, y la adopción del menor de esta edad ha de hacerse ante el Rey, ó con su beneplácito: lo que tendrá presente el escribano para no cometer absurdos.

*Otra.* Si el adoptado tiene padre, ha de consentir este la prohibición, y acudir con el adoptante al juez: se harán los autos á nombre de los dos, y en el de licencia se omitirá la cláusula de la entrega del adoptado, que hace el juez al adoptante, y pondrá en su lugar esta: *Que el padre se desapodera del dominio y patria potestad que ha tenido y tiene sobre su hijo, y en señal de verdadero desapoderamiento lo toma de la mano, y lo entrega al adoptante, y este lo recibe por su hijo adoptivo.* Y si intervinere licencia del Rey, se ha de insertar en la escritura, y en este caso no se necesitan autos ni otra diligencia judicial, porque el Rey antes de darla se informa de todo, y la concede con conocimiento de causa.

### 3.ª LEGITIMACIÓN.

Las legitimaciones suelen hacerse por el Rey á petición de los padres, que se reduce á un memorial concebido sustancialmente en los términos siguientes.

#### SEÑOR.

Don Francisco de Guzman y Solís, vecino de tal parte, con el debido respeto á los Reales pies de Vuestra Magestad, dice: que há tantos años que está casado con Doña Gertrudis de Mendoza, de la cual no tuvo hijos, ni tiene esperanza de procrearlos; y mediante hallarse con uno que siendo soltero engendró en Fulana del mismo estado, á quien reconoce por su hijo natural, el cual es benemérito, y promete según su buena inclinación y talentos practicar cuanto sea del mayor agrado y servicio de Vuestra Magestad; en esta atención = Suplica rentidamente á Vuestra Magestad se digne hacerle la merced de legitimarlo, habilitándole en forma para que sea habido y reputado por legítimo, y como tal pueda heredar al suplicante en defecto de legítimos, sucederle en los vínculos, mayorazgos y demas en que sucedería si hubiere nacido de legítimo matrimonio, y gozar de todas las honras, preeminencias y prerogativas concedidas á los que lo son, sin diferencia; cuya gracia espera de la innata piedad de Vuestra Magestad, y en ello recibirá merced.

*Nota.* En virtud de este memorial, firmado por el padre, si el Rey, y en su Real nombre el Consejo de la Cámara, condesciende con su pretensión, se le despacha por la secretaría de aquella la carta ó cédula de legitimación, de cuya extensión tra-

ta la ley 9. tit. 18. Part. 3., y por no tocar al escribano la omisión. También puede el padre hacer la súplica en instrumento, pero por no estilarse omito también ordenarlo.

#### 4.<sup>a</sup> ESCRITURA DE EMANCIPACION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez, vecino de ella, dijo: que por el mucho amor que profesa á Juan su hijo legítimo, mayor de catorce años, y deseo que tiene de sus aumentos, conociendo que es bastante apto y capaz para gobernarse y administrar sus bienes, ha deliberado emanciparlo, á cuyo fin impetró la correspondiente licencia del Real Consejo, que me entrega original para unir á esta escritura, é incorporar en sus traslados, y su literal tenor dice así: (*Aquí la licencia.*) Concuerta la licencia inserta con la que está en el protocolo de este instrumento, de que doy fe, y usando de ella el otorgante, y hallándose con dicho su hijo en presencia del señor D. F., corregidor de esta villa, de su espontánea voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que alza, quita y se abdica y desprende enteramente del dominio y patria potestad que hasta ahora ha tenido sobre la persona y bienes del referido Juan su hijo, y en su consecuencia le confiere el mas amplio, eficaz é irrevocable poder, licencia y facultad para que desde hoy en adelante comercie, trate, contrate, comparezca en juicio, y administre por sí ó por sus apoderados, los bienes que adquiera, y los que le entrega en este acto, y son: (*Aquí se expresarán los que le diere.*) De todos los cuales, y de los que por cualquier motivo, causa ó razón le pertenecieren en lo sucesivo, use y disponga á su arbitrio por contrato entre vivos, ó última voluntad, según permiten las leyes de estos reinos, sin dependencia ni intervencion del otorgante, como de cosa suya propia adquirida con justo y legítimo título: formalice las escrituras conducentes: pida judicialmente lo que le convenga: y practique cuanto pueden hacer el otorgante y otro cualquiera libre de todo dominio y potestad; á cuyo fin desde ahora se desiste, quita y aparta entera y absolutamente del derecho que como padre tenía y podía tener al usufructo de todos los mencionados bienes, y lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el prenotado su hijo, y siendo necesario, le hace de él gracia y donacion pura é irrevocable en sanidad con insinuacion y demas firmezas legales, y pide á dicho señor corregidor la aprue-

be, é interponga á ella para su mayor estabilidad y validacion la autoridad de su oficio: y en señal de verdadera emancipacion tomó de la mano al nominado su hijo, y lo soltó y apartó de sí á mi presencia y del expresado señor corregidor, de que doy fe. Y le confiere igual poder para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados, que también le entrega en este acto, tome y aprenda la posesion real, actual, corporal ó cuasi de ellos; y para que no necesite tomarla, me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla aprehendido, y transferidosele, y en el interin se constituye por su inquilino tenedor, y precario poseedor en legal forma. Y se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta emancipacion no interviniendo ingratitud de parte de su hijo, que el otorgante deberá probar; y si lo hiciere, á mas de no ser oido en juicio ni fuera de él, sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado: da poder á los señores Jueces de esta villa para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, y renuncia todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Y el mencionado Juan, que está presente, enterado de esta escritura, dijo que acepta la emancipacion que contiene, para usar de ella: estima la merced que su padre acaba de hacerle, por la cual le tributa las debidas gracias: se da por entregado de los expresados bienes y títulos de su pertenencia; y de ellos formaliza á su favor el resguardo correspondiente: y ambos así lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos N. N., vecinos de esta villa. Y el enunciado señor corregidor aprueba esta emancipacion, há por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que incluye, y á todo y á lo que en su virtud practique el emancipado, interpone su autoridad y judicial decreto: manda que se den al interesado las copias y testimonios que pidiere: y también lo firma, de que doy fe. De la extension de esta escritura trata la ley 93. tit. 18. Part. 3.

*Nota.* Si el padre no da bienes algunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la escritura anterior, la cláusula de constituto, y la entrega y recibo, y de ellos y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva para sí algo del usufructo de sus bienes adventicios, se expresará y pondrá su lugar de la cláusula de donacion de usufructo. Si la licencia del Consejo no manda que el juez ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia, bien que no

dañará. Y si la escritura se otorga antes, se ha de expresar en ella que para usar el hijo de la emancipacion, y que sea válida, se deberá aprobar previamente por el Consejo, sin cuyo indispensable requisito ha de ser ineficaz, como dejo expuesto al fin del número 4. de este capítulo.

*Otra.* Si concurre alguna de las cuatro causas, porque el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, dará pedimento este, exponiendo al juez la causa, y la utilidad que se le sigue de ser emancipado, y pretendiendo se le reciba informacion de todo, y constando por ella su certeza, mandará el juez á su padre que lo emancipe, y si no quisiere, le apremiará á ello, y otorgará la escritura, relacionando é insertando en ella los autos: omitiendo la cláusula *de que lo emancipa de su espontánea voluntad*, porque es compelido, y lo demas que queda prevenido en la nota anterior, segun ocurra; y puesta la aceptacion, interpondrá el juez su aprobacion, como en la escritura precedente se ha hecho: y para esta emancipacion me parece que no es precisa la venia del Consejo, porque se hace de justicia por favor de la libertad y utilidad del emancipado, y la otra por mera gracia, en la que puede haber dolo y resultar perjuicio, por cuya razon quiso el Consejo tomar conocimiento de las emancipaciones gratuitas.

#### 5.<sup>a</sup> ESCRITURA DE APRENDIZ.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Diego de la Cuesta, vecino de ella, dijo: que tiene un hijo llamado Alonso, de tanta edad, y ha determinado ponerlo en casa de Fernando Perez, maestro carpintero, de habilidad conocida, el cual se convino en admitirlo por su aprendiz, y para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete — Otorga que entrega dicho su hijo al mencionado Fernando Perez por su aprendiz, á fin de que le enseñe el oficio de carpintero que ejerce, en el tiempo y con las condiciones siguientes.

Que en el discurso de tantos años, que cumplirán en tal día de tal mes del que vendrá de tantos, ha de enseñarle el oficio referido perfectamente, sin ocultarle cosa alguna asi de teórica como de práctica, de suerte que aplicándose, esté capaz al fin de ellos para ser examinado, aprobado y ejercerlo por sí, sin intervencion, documentos ni direccion de persona alguna, y nada ignore de lo que á él sea concerniente: y para que aprenda,

ha de poder corregirle y castigarle prudente y moderadamente, sin herirlo ni lisiarlo, pena de los daños, y si lo hiriere ó maltratare, ha de ser motivo suficiente para sacarlo de su poder.

Que todo el tiempo referido ha de tener en su casa y compañía al expresado Alonso, y darle el alimento diario, ropa limpia, cama, y no otra cosa, del mismo modo que si fuera hijo suyo, y á este fin el enunciado Alonso ha de hacer no solo lo perteneciente á dicho oficio, sino lo que se ofrezca á su maestro, sea decente, y no le impida aprenderlo, ni le ocupe el tiempo que debe estar empleado en él.

Que si cumplidos los tantos años no estuviere habil y capaz para regentar por sí solo dicho oficio en los casos y cosas que le ocurran á satisfaccion de inteligentes, ha de poder el otorgante sacarlo de su casa, y ponerlo con otro maestro, para que á costa del citado Fernando acabe de enseñarle é instruirle en sus reglas y operaciones, y queriendo impedirlo este, le ha de tener en su casa por oficial, y como tal pagarle por cada día de trabajo tanta cantidad, segun se acostumbra pagar á los demas oficiales que ejercen el mismo oficio, y á ello se le ha de poder apremiar en legal forma.

Que si dentro de un año, contado desde hoy, conociere dicho maestro que el hijo del otorgante no tiene suficiente capacidad para aprender el referido oficio, ó no se aplica, ha de tener obligacion de darle cuenta para que lo dedique á otro, de suerte que no pierda mas tiempo, ni por su omision y silencio se le irrogue detrimento alguno, pena de satisfacerle el que se estime; previniendo que por el trabajo de enseñarle en el año nada le ha de pagar en atencion á poder servirse de él, y no darle salario ni vestido.

Que al instante que el prenotado Alonso esté examinado y aprobado, se obliga el otorgante á satisfacer á su maestro tanta cantidad en una sola partida por el trabajo de haberle enseñado su oficio perfectamente, á cuya solucion ha de poder compelerle por todo rigor, y á la de las costas y daños que por falta de puntual pagamento se le ocasionen, deferida su liquidacion en su relacion jurada, sin otra prueba de que le releva; pero mientras no esté aprobado, no ha de ser apremiado á su total ni parcial satisfaccion, y los gastos del examen quedan de cuenta y cargo del otorgante.

Que si el enunciado Alonso falleciere, ó se imposibilitare de proseguir el referido oficio antes que espiren los tantos años,

no ha de tener obligacion el otorgante á dar á su maestro cosa ni cantidad alguna por su enseñanza, ni tampoco pedirle judicial ni extrajudicialmente lo que le haya entregado á cuenta de esta.

Que si enfermase en casa de su maestro, le ha de cuidar este y tenerle en su casa, á menos que el otorgante quiera llevarlo á la suya; pero nada le ha de costar la botica, médico, cirujano, ni mantenimiento necesario para su enfermedad y convalecencia, pues todo queda de cuenta y cargo del otorgante; y de la del enunciado maestro únicamente el trabajo personal de su asistencia.

Que si se huýese ó ausentase de casa de su maestro sin motivo grave, ha de buscarlo el otorgante, y volverlo á ella, y el tiempo que faltare, estar demas de aprendiz, de suerte que todo este tiempo y el que estuviere enfermo no se ha de incluir en los años estipulados, porque estos han de ser íntegros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido antes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas util, pues no se ha de alterar este contrato con otro motivo ni pretexto que el de absoluta ineptitud, excesiva rigidez, falta de darle el alimento necesario, ó por emplear á su hijo en lo que no debe.

Que si dicho su hijo tomare ó llevare de la casa de su maestro alguna ropa, alhaja ó dinero, constando la certeza por confesion de aquel, ó por informacion fidedigna, pagará á este el otorgante su importe, ó le volverá lo que hubiere tomado sin excusa ni dilacion, y los daños que se le irroguen por esta causa, deferido el importe de estos en su relacion jurada sin otra prueba, de que le releva: en cuyo caso queda al arbitrio del maestro el conservar en su casa ó despedir al aprendiz, no obstante que su padre le reintegre de todo. *(Aquí se pondrá lo demas que pacten los interesados, y luego la obligacion y aceptacion siguiente:)* Y habiendo oido á la letra, y entendido esta escritura el referido Fernando, dijo que recibe por su aprendiz al prenotado Alonso, y se obliga á enseñarle dicho oficio con toda perfeccion por la mencionada cantidad, sin pedirle mas, y á observar este contrato y sus pactos en lo que le corresponde sin la mas leve tergiversacion, á lo qual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho; y ambos otorgantes dan poder á los señores jueces &c.

## 6.ª ESCRITURA DE PUPILO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, padre y legítimo administrador de la persona y bienes de Juan Lopez, y Fernando Suarez, maestro de primeras letras, vecinos de ella, dijeron: que para que el citado Juan se instruya en estas y en los dogmas católicos, resolvió su padre ponerlo á pupilo en casa y compañía del expresado maestro, á cuyo fin se convinieron los dos en lo que este le ha de enseñar, dentro de qué tiempo, y cuánto ha de llevar cada año por su trabajo, manutencion y asistencia: y para que tenga efecto, y en todo tiempo conste, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorgan el mencionado Francisco que entrega á su hijo al enunciado Fernando, y este que lo recibe por pupilo, bajo de los pactos y condiciones siguientes.

Que el prenotado Fernando ha de instruir radicalmente en los rudimentos y dogmas de nuestra santa fe católica al nominado Juan, y en leer, escribir y contar dentro de tantos años, que empiezan en este dia y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos, reprenderle cualesquiera acciones inmodestas y defectos que tenga, castigarle con moderacion y prudencia, hacer que frecuente los santos Sacramentos, y observe lo que debe como buen católico sin ocultarle cosa alguna, y á este fin tenerle en su casa y compañía, mantenerle de todo lo necesario (excepto el vestido y calzado, que queda de cuenta de su padre), segun dicho maestro se mantuviere, y darle cama, ropa limpia y demas asistencia, como si fuera hijo suyo.

Que por cada año de los expresados le ha de satisfacer el otorgante tantos reales, parte de ellos por razon de enseñanza, y lo restante por la comida, cama y asistencia, pagados por mes ó medios años, segun quisiere recibirlos, á cuya solucion se le ha de poder compeler por todo rigor, y á la exaccion de las costas que se le causen por no ponerlos puntualmente en su casa y poder.

Que si en el mencionado tiempo no le instruyere con la perfeccion debida, ha de volver y restituir á su padre todo lo que haya recibido por su enseñanza, sin descuento, mas no

por la comida; y para que esto no suceda, si viese que no es capaz, tendrá obligación de avisarle é informarle de su ineptitud dentro de tantos meses, y no haciéndolo, acreditará que el no aprender depende de culpa ó negligencia suya, y no de incapacidad del pupilo, por lo que no ha de tener disculpa para eximirse de la restitucion de lo que haya percibido por razon de enseñanza, y de los daños que se le irroguen, y á su hijo por esta causa. *(Aquí se pondrán los demas pactos que hicieron, y luego la aceptacion del maestro y obligacion, como en la escritura precedente, la cual puede servir de regla al escribano para la ordenacion de esta.)*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCACAS  
DIRECCIÓN GENERAL DE BUCACAS

## TITULO IV.

### De la tutela y curaduría.

~~~~~

### CAPITULO PRIMERO.

#### De la tutela.

- |                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Definición de la tutela y curaduría.                                                                                                                     | 9. El abuelo paterno puede dar tutor en los mismos términos á sus nietos, con tal que estos no hayan de recaer en la potestad de su padre.       |
| 2. Quienes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad.                                                                                        | 10. De la tutela legítima.                                                                                                                       |
| 3. Quienes pueden ser nombrados tutores.                                                                                                                       | 11. Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre.                                   |
| 4. Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo.                                                                             | 12. Pena del pariente que no quiera admitir la tutela sin causa legítima cuando por derecho le toca.                                             |
| 5. Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente mientrasse mantienen viudas.                                                                             | 13. De la tutela dativa.                                                                                                                         |
| 6. Se entiende lo dicho en el párrafo anterior aun cuando el marido difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela. | 14. ¿ Quienes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene?                                                              |
| 7. De la tutela testamentaria.                                                                                                                                 | 15. El juez debe discernir las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos, para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes. |
| 8. La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombramiento.                         |                                                                                                                                                  |
1. Como los menores carecen de la experiencia y discernimiento necesarios para saber conducirse, dispusieron las leyes por su propia utilidad, por la del estado, y con el objeto

por la comida; y para que esto no suceda, si viese que no es capaz, tendrá obligación de avisarle é informarle de su ineptitud dentro de tantos meses, y no haciéndolo, acreditará que el no aprender depende de culpa ó negligencia suya, y no de incapacidad del pupilo, por lo que no ha de tener disculpa para eximirse de la restitucion de lo que haya percibido por razon de enseñanza, y de los daños que se le irroguen, y á su hijo por esta causa. *(Aquí se pondrán los demas pactos que hiciéren, y luego la aceptacion del maestro y obligacion, como en la escritura precedente, la cual puede servir de regla al escribano para la ordenacion de esta.)*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## TITULO IV.

### De la tutela y curaduría.

\*\*\*\*\*

### CAPITULO PRIMERO.

#### De la tutela.

- |                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Definición de la tutela y curaduría.                                                                                                                     | 9. El abuelo paterno puede dar tutor en los mismos términos á sus nietos, con tal que estos no hayan de recaer en la potestad de su padre.       |
| 2. Quienes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad.                                                                                        | 10. De la tutela legítima.                                                                                                                       |
| 3. Quienes pueden ser nombrados tutores.                                                                                                                       | 11. Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre.                                   |
| 4. Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo.                                                                             | 12. Pena del pariente que no quiera admitir la tutela sin causa legítima cuando por derecho le toca.                                             |
| 5. Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente mientrasse mantienen viudas.                                                                             | 13. De la tutela dativa.                                                                                                                         |
| 6. Se entiende lo dicho en el párrafo anterior aun cuando el marido difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela. | 14. ¿ Quienes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene?                                                              |
| 7. De la tutela testamentaria.                                                                                                                                 | 15. El juez debe discernir las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos, para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes. |
| 8. La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombramiento.                         |                                                                                                                                                  |

1. Como los menores carecen de la experiencia y discernimiento necesarios para saber conducirse, dispusieron las leyes por su propia utilidad, por la del estado, y con el objeto

de que siendo huérfanos de padre, no los engañasen ni perjudicasen los mayores, que se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y de sus bienes, á las que se dió el nombre de *tutores y curadores*, ordenando ademas que los tutores se diesen á los pupilos, y los curadores á los púberos ó adultos; y así dice la ley 1. tit. 16. Part. 6. que la tutela es guarda, que es dada é otorgada al huérfano libre menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce años, que non se puede nin sabe amparar. Y curador, segun la ley 13 del mismo título y Part., es aquel que dan por guardador á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco, seyendo en su acuerdo, de que se deduce que la tutela es lo mismo que guarda y defensa, y tutor lo propio que defensor y guardador de huérfano pupilo, ó menor de catorce años; por lo que este debe recibir por tutor el que se le dé, aunque no lo pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes (1); y como el pupilo no puede obligarse civilmente ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan y le sean útiles, precediendo para ello las solemnidades legales. Pero el curador se da al huérfano púbero, y tambien á los fatuos, locos y desmemoriados, sin embargo de que estos sean mayores de veinte y cinco años, como lo dice dicha ley 13, á los que se deben agregar los pródigos declarados, que por su prodigalidad y desordenada conducta son reputados por locos; y así el cuidado del curador se dirige principalmente á la custodia y administracion de los bienes del púbero, y accesoria ó secundariamente á la de su persona. Igualmente se nombran curadores ó defensores á los bienes de los ausentes mucho tiempo de su patria, cuyo paradero se ignora; á los de los cautivos; á los del difunto, quando está yacente ó sin aceptar su herencia; y á los de otros (2).

2. Los que tienen facultad legal para testar, pueden, aunque sean menores, nombrar en su testamento ú otra última disposicion legitima, ó contrato en sanidad, á los sugetos que les parezca y no tengan prohibicion (ya sean libres ó siervos) por tutores de sus hijos pupilos legitimos, y naturales, nacidos y postumos, que esten en su poder. Careciendo de ellos, pueden darlos tambien á los huérfanos extraños que instituyen herederos, sino los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para

1 Ley 1. tit. 16. Part. 6.

2 Garcia de expensis, cap. 20.

todo, y no para una cosa sola, simplemente ó con condicion, por tiempo determinado ó sin prefinirlo, y con señales claras, que no se dude quien es el nombrado, ni se equivoque ni confunda con otro del propio nombre y apellido, pues si llegasen á confundirse, ninguno de ellos podria ejercer la tutela. Nombrando el testador por tutor de sus hijos á su siervo, no solo lo será, sino que por este nombramiento queda libre, no obstante que no le conceda expresamente la libertad; nada de lo cual sucederá al siervo ageno que sea nombrado (1). Pero de cualquiera de los modos expresados que sea hecho, se ha de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, y este puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y excesivos á lo que segun su esfera pueda gastar en su educacion y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar cuenta de su producto, como así se practica en la Corte, y con dicha consignacion se discierne el cargo á los nombrados.

3. Así como todos los que son capaces de testar pueden nombrar tutores; pueden serlo del mismo modo todos, excepto los siguientes: 1.º el menor de veinte y cinco años (lo cual se entiende aunque esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro); y por consiguiente la madre del huérfano, sino los tiene, pues mientras los cumple, debe el juez proveer á este de curador que administre sus bienes (2); 2.º el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo, desmemoriado, y pródigo declarado; 3.º los deudores y acreedores del pupilo, á menos que los nombre el mismo testador, ó lo sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela; 4.º el que administra rentas Reales, interin no esté solvente de su administracion; 5.º el caballero ó soldado mientras existe empleado en el Real servicio; 6.º el accidentado habitual, é impedido de ejercer la tutela; 7.º los obispos, los monjes y demas religiosos profesos y los clérigos seculares; pero á estos solo se prohíbe serlo de los extraños, mas no de sus parientes. Si lo son de estos, han de acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses desde que sepan el nombramiento, á aceptar y jurar la tutela (3). Tampoco pueden ser tutores el exco-

1 Leyes 1, 3, 6, 7 y 8. tit. 16 Part. 6. glos. 1. en dicha ley 3. Gutierr. de tutela. part. 1. cap. 6, 10, 11 y 23.

2 Ley fin. Cod. de legitim. tutorib. Gutierr. dicha part. 1. cap. 7. num. 27 hasta el fin. Lara Compendium vitæ ho-

min. cap. 19. nom. fin.

3 Leyes 4 y 14. tit. 16 y 2 al fin. tit. 17. Part. 6. Authent. Minoris debitor. Cod. qui dare tutor. vel curator. Olea de cession. jur. cit. 2. quæst. 6. num. 8.

mulgado de excomunicacion mayor, el que mudó su condicion, v. gr. si de rico vino á pobre; pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarlo el juez; y el fiador del deudor del pupilo (1).

4. El oficio de tutor y curador es público y personal (2), y como las mugeres carecen regularmente del juicio, reflexion, constancia y experiencia que los hombres, las prohibió el derecho ser tutoras, excepto á la madre y abuela del pupilo, á las cuales lo permite, por el entrañable y cordial afecto que profesan naturalmente á sus hijos y nietos; porque respecto que estos han de heredarlas, presume cuidarán mejor que los demas consanguíneos y extraños, de sus personas y bienes; cuyo permiso, aunque sean nombradas en el testamento, se entiende y es con tal que se obliguen á no volverse á casar, mientras tengan la tutela, y renuncien las leyes que prohiben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos (3); de cuyas leyes se tratará en su lugar. El padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, excepto que les nombre tutor en su testamento, por cuyo solo medio la puede privar de la tutela (4). Tampoco puede gravar al tutor que da á su hijo, á que administre sus bienes con el consejo de persona determinada, á menos que nombre también á la madre por tutora, porque no le puede disminuir la potestad que la ley le concede (5).

5. Esta tutela de la madre y abuela dura solamente interin se conservan viudas, pues si se casan segunda vez, entre las penas que por esto las estan impuestas, lo es una la de que pierdan al instante que se casen, no solo la tutela legitima, sino la testamentaria, porque en ambas versa identidad de razon (6); y asi es nulo todo quanto practiquen como tales tutoras, porque ya no lo son. Esto procede en tanto grado, que sin embargo de ser dura y muy sensible la separacion de los hijos de la compania de sus padres (7), ya sea ó no sospechosa la madre ó abuela, se debe sacar no obstante de su poder al pupilo y sus bienes; y son responsables no solo los de ellas sino los del marido con quien respectivamente casen (aunque este no los obligue expresamente), á los desfalcos que por la mala versacion

1 Gutierrez. dicha part. 1. cap. 20. num. 6, 23, 27 y 29.

2 Ley 1. Cod. quando mulier tutel. offic. fungi poss.

3 Ley 4. tit. 16. Part. 6.

4 Lara, dicho cap. 19. num. 16.

5 Ley Titium et Mævium. 48. ff. de administrat. tutor.

6 Ley 5. tit. 16. Part. 6. Gutierrez. dicha part. 1. cap. 9. num. 16.

7 Ley Possessionum divisiones. 11. Cod. communia utriusque iudicii.

y administracion padezcan los del pupilo; pues el derecho desconfia mucho de la muger que se vuelve á casar, porque suele amar tanto al nuevo marido, que por complacerle se presume que no solo le dará los bienes de sus hijos, sino que olvidándolos enteramente, y degenerando en madrastra, consentirá su muerte (1), como repetidas veces lo acreditó la experiencia. Si estando viudas, dicen al juez que quieren casarse, y le hacen que provea de tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela, aunque despues de dada á otro muden de parecer, y no se casen (2); ni tampoco aunque casándose, enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es cuando sus hijos no tienen tutor ó no lo pueden tener, ó no es idóneo, y no de otra suerte (3), en cuyo caso las podrá reelegir el juez.

6. Esto se observa aun quando el difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela; porque en detrimento de tercero, que son los mismos hijos á quienes las leyes quisieron defender, carece de potestad el marido para hacer que su voluntad prevalezca contra lo que justamente estas ordenan (4); por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legitimo mas cercano en grado de consanguinidad que sea idóneo, en caso de no haber otro nombrado por el padre del pupilo. Lo propio sucederá si la aceptó, y luego se casó (5); pero si habiéndola aceptado, acude al juez diciéndole que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, en este caso será tutor dativo, y preferirá al legitimo (6); y este tutor dativo aun quando case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es util á su hijastro. Lo mismo procederá nombrándolo la madre en dicho caso, ó cuando lo consienten los tutores testamentarios, ó parientes del pupilo, ó el menor púbero capaz le elige por su curador de su motu proprio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que quando le nombró (7). Para con el padre nada de lo expuesto milita; y asi aunque se

1 Ley 19 al fin. tit. 16. Part. 6. y 3. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real; y ley 1. Cod. ubi pupillus educari debeat. Lara, dicho cap. 19. num. 24 y 25.

2 Baez. de decim. tutor. cap. 4. num. 52. Gutierrez. dicha part. 1. y cap. 9. num. 1.

3 Gutierrez. ibi num. 26 y 27. Rojas Almansa de incompatibilit. disp. 3. quæst. 10. num. 57. Lara ibi num. 39.

4 Gomez en la ley 15 de Toro, num.

T. I.

11. al fin. Acerv. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. num. 5. Matienz. en esta, glos. 2. num. 9.

5 Ley 2. Cod. qui petant tutores.

6 Gom. ibi num. 12. Matienz. ibi num.

11. Gutierrez. ibi num. 21. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 16. glos. 3.

7 Ley fin. Cod. de contrario iudicio tutel. Gutierrez. part. 1. cap. 3. num. 78 al 82.

vuelva á casar, no pierde la tutela y administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal; su ánimo es mas estable y constante que el de la madre, y no está sujeto á esta, como ella á él (1).

7. La tutela es de tres maneras: testamentaria, legitima y dativa (\*), y de las mismas tres son por consiguiente los tutores que pueden tener los huérfanos (2). Se llama testamentaria la que en testamento ó en otra última disposicion legitima y perfecta da el testador al impúbero ó pupilo (3), pues no siendo legitima la disposicion, es menester que el juez confirme el nombramiento para que sea válida; y esta tutela es preferente á las otras dos (4). El padre puede dar puramente, á tiempo ó dia cierto, ó con condicion concerniente ó no al acto, uno ó mas tutores consanguíneos ó extraños de los no privados de serlo, no solo á sus hijos legitimos nacidos, aunque los herede, ya esten ó no en su poder, y á los póstumos, sino tambien á los naturales que instituye herederos, ó á quienes lega algunos bienes, y á los extraños que instituye, porque el que nombra al pupilo por heredero, se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales y extraños, para poder ejercer la tutela, debe ser confirmado por el juez (5); de lo que se deduce que siendo legitimos los hijos, no es necesaria esta confirmacion, y que sin ella podrá usar el oficio de tutor el que nombre el padre, sin que en su ejercicio se le deba poner impedimento por este defecto, porque ninguna ley ordena la confirmacion judicial en dicho caso, como en todos los demas; bien que lo mejor es que lo confirme, á menos que el testador les confiera la facultad de administrar sin dicha confirmacion, en cuyo caso no será necesaria. Si nombra á la madre y á un extraño juntamente, ambos serán tutores (6); pero al hijo espurio no puede

1 Ley Generaliter. Cod. de secund. nupt. y ley fin. Cod. de bon. matern. Gutierr. dicho cap. 9. num. 22. Matienz. ibi num. 10.

\* Seria mas propio usar de las palabras legal y judicial para designar las especies de tutela conocidas por los juriscóntulos con los nombres de legitima y dativa. Legal es lo que está autorizado por la ley, lo que dimana de ella: legitimo lo que no es contra la ley. Aun tengo por mas impropia la voz dativa, pues ni siquiera es castellana. Sin embargo seguiré la nomenclatura del autor en este y otros casos en que convendria variarla,

por no apartarme del uso comun.

2 Ley 2. tit. 16. Part. 6.

3 El tit. ff. de testament. tutel.

4 Ley 2. Cod. de confirm. tutor. Bas Theat. jur. part. 1. cap. 32. num. 5. Valenz. consil. 35. num. 3 y 4.

5 Leyes 3 y 8. tit. 16. Part. 6. ley Part. ff. de testament. tutel. ley fin. Cod. de confirm. tutor. Gutierr. dicha part. 1. cap. 3. num. fin. y cap. 11. num. 1 y 5. Lara, dicho cap. 19. num. 9, 20, 52 y 53.

6 Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. Part. 6. glos. 9. Gutierr. part. 1. dicha, cap. 8. num. 20.

darle tutor en su última disposicion ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo (1); ni tampoco al natural, cuando nada le deja (2). Advierto sin embargo: lo primero, que cuando el padre natural nombra tutor á los hijos que no estan en su dominio, aunque se lo da inutilmente, debe no obstante ser confirmado por el juez sin inquisicion, excepto que haya causa para no confirmarlo (3). Lo segundo, que no puede gravar al tutor de su hijo á que administre con consejo de otro, excepto que nombre tambien á este por contutor (4); porque carece de facultad para disminuirle la potestad que una vez electo le confiere la ley, é impedir que la disposicion de esta surta su efecto en favor de otro.

8. La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legitimos, y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarlo el juez no teniendo prohibicion de serlo y siendo en lo demas idóneo, con tal que los instituya sus herederos; pues si únicamente los instituye por legatarios; no se lo deberá nombrar, y si se lo nombra, será habido por tutor testamentario en el solo caso de confirmarlo el juez, y no de otra suerte (5). Si el padre y la madre naturales dan respectivamente tutor distinto á su hijo, y ambos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el que le nombró dejó al hijo; y sino concurren á un tiempo, administrará el nombrado primero, y no el que lo sea en segundo lugar, porque al que lo tiene no se le debe dar (6). En cuanto á los abuelos maternos y demas ascendientes por esta linea se observará lo que queda expuesto acerca de la madre (7).

9. El abuelo paterno puede dar tutor en los propios términos á sus nietos nacidos y póstumos, con tal que no hayan de recaer en el dominio de su padre (8). Puede tambien el testador, que carece de ascendientes y descendientes legitimos dar tutor, de cualquiera de los modos expresados en el párrafo 2.º, á los pupilos extraños huérfanos de padre, que instituye herederos, sino lo tienen, pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede

1 Greg. Lop. en la ley 8. tit. 16. Part. 6. glos. 1. al fin. Gutierr. dicho cap. 11. num. 2.

2 Ley Naturales. 7. ff. de confirm. tutor. Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 4. num. 5.

3 Ley 1. y ley Filio. 6. ff. de confirm. tutor. Gutierr. dicha part. 1. y cap. 3. num. 17.

4 Ley Titium et Mævium. 48. ff. de ad-

ministracion. tutor.

5 Ley 6. tit. 16. Part. 6.

6 Angel en la ley final. Cod. de confirm. tutor. Gutierr. part. 1. y cap. 4. dichos, num. 17.

7 Gutierr. ibi num. 14.

8 Ley 3. tit. 16. Part. 6. ley 1. ff. de testament. tutel. y §. Permissum. Institut. de tutel.

usar la tutela, sin que preceda discernimiento ó confirmacion del juez, como dejo expuesto (1); y lo mismo sucede al nombrado por el padre en codicilo (2), cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos, sino solamente para autorizarle y darle facultad cumplida y perfecta, á fin de que evacue plenamente su encargo, y no se la oponga la excepcion de ilegitimidad de persona.

10. Tutela legitima se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentaria (3): de modo que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legitimo, no obstante que viva la madre del pupilo (4), pues puede preterirla y excluirla el testador, si deja tutor á sus hijos, y no en otros términos; de que se deduce que la madre viuda podrá excluir al abuelo, y elegir á un extraño por tutor de sus hijos, sin que el abuelo pueda agravarse de la pretericion y exclusion. Los parientes consanguíneos mas cercanos del pupilo por ambas líneas tienen derecho á serlo cuando su padre ó madre no le dejaron persona señalada que le cuidase, ó esta no quiso serlo, y no hay mas nombradas, ó la que lo fue, murió, se ausentó ó faltó por otro motivo, y no en otros términos (5); y así esta tutela sigue en estos casos las reglas de la sucesion. Infírese de esto que la madre sin embargo de que sea espuria, aunque no es preferida á los tutores testamentarios, ya sean parientes del pupilo ó extraños, pero sí al abuelo y abuela paternos, y á todos los demas consanguíneos, y como mas allegada si quiere ser tutora de sus hijos huérfanos, será admitida antes que todos, con tal que siendo espurios, no sea ella ilustre, ni procedan los mismos de dañado ayuntamiento por su parte (6). No queriendo admitir la tutela la madre, ó habiendo fallecido esta, ha de entrar la abuela, si la quiere: y por falta ó voluntad de ambas, debe serlo el pariente que según la inmediacion de grado tenga derecho á heredarle (7).

11. Todos los parientes pueden ser compelidos á admitir la tutela, excepto la madre y abuela, y la de estas se llama *anómala*, irregular y extraordinaria, porque es permisiva, y no coac-

1 Ley 8. tit. 16. Part. 6. Gutierr. cap. 1. dicho, num. 12 y sig. y cap. 11. num. fin.

2 Ley Testamento. 3. ff. testamentaria tutel. Parlad. different. 14. num. 14.

3 El tit. ff. de legitim. tutorib.

4 Gutierr. partid. 1. de tutel. cap. 2. num. 6.

5 Gutierr. ibi num. 7. y cap. 12. num. 4.

6 Gom. en la ley 14 de Toro, num. 10 y sig. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 8. num. 9 al 11.

7 Leyes 4 y 9. tit. 16. Part. 6. y ley Si plures. ff. de legitim. tutorib. Gutierr. dicho cap. 8. num. 4 al 9. y num. 18. Lara Compend. vitæ homin. cap. 19. num. 14 y 15.

tiva, como la de los demas consanguíneos, y por eso se diferencian las dos. Así es que cuando el pupilo tiene muchos parientes transversales iguales en grado, que carecen de legitima excusa para no admitir la tutela, todos serán tutores y administrarán sus bienes; pero para evitar disturbios entre ellos, deberán elegir entre sí cual ha de ejercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes; y en su defecto nombrar el juez al que de ellos contemple mas idóneo y dé mayores seguridades, y aquel á quien toque la suerte ó que fuere electo, será el tutor; y lo propio se observará siendo testamentarios, por lo que administrará uno y los demas se tendrán por honorarios (1). Adviértase que entre los consanguíneos transversales no se debe atender á la predileccion de líneas, sino á la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados ni cognados para este caso, y así son admitidos todos omnimoda é indistintamente, siendo mayores de veinte y cinco años, idóneos, seguros y sin prohibicion legal de ser tutores (2): bien que concurriendo abuelo y abuela maternos, ejercerán la tutela igualmente; si fueren madre y abuelo paterno, preferirá aquella á este; y concurriendo padre y abuela paterna ó materna, será preferido el padre, el cual, si es natural, preferirá igualmente á la madre natural (3).

12. No queriendo el pariente, á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legitima excusa para ello, ó no pidiendo al juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo, que provea á este de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuncia y omision se siga al pupilo, aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus bienes si aquel fallece antes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de esta, y tambien el derecho á la sustitucion pupilar directa, mas no á la oblicua ó fideicomisaria; y lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar bien sus bienes (4).

13. Tutela *dativa* es la que á falta de la legitima y de la testamentaria da el juez al pupilo, para que no padezcan detrimento

1 Ley 11. tit. 16. Part. 6. et ibi glos. 1. Authent. de hæreditibus ab intestato venientib. cap. fin. collat. 9. Gutierr. cap. 8, y num. 18. dichos, y cap. 11. per tot. Lara ibi num. 18. Parlad. differ. 99. num. 7. Montan. de tutel. cap. 15. num. 8.

2 Authent. de hæreditibus, cit. cap. Ex his, y Authent. Sicut. Cod. de legitim. tu-

torib. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 2. num. 15.

3 Lara. dicho cap. 19. num. 17. Gutierr. cap. 8. dicho num. 12 al 6.

4 Ley 12. tit. 16. Part. 6. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 16. num. 32. Gom. en la 15 de Toro, num. 18. Vello en la 16. num. 27. Parlad. ibi num. 8.

en su persona y bienes; y así solo há lugar en dicho caso (1); pero ha de ser dada simplemente, y no con condicion que no concierna al acto, ni á dia cierto, o desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria (2); y la razon es, porque el acto legitimo no admite dia ni condicion, y el hecho del testador en lo que esté defectuoso puede ser suplido por el juez; pero el de este nadie lo puede suplir sino él mismo, por lo que se requiere que lo ejecute pura y perfectamente (3). Mas si la condicion es anexa al mismo acto de dar la tutela, v. gr. *Si el tutor se obligare á administrar como debe; si afianzare la tutela con toda seguridad &c.*, la puede poner el juez en el nombramiento, porque esta no es verdadera condicion, sino prevencion que le hace para que practique lo que se le dice, y que de no practicarlo, no se le discernirá la tutela (4).

14. Los parientes mas cercanos del pupilo deben pedir al juez que le provea de tutor cuando no le tiene, como queda expuesto. En defecto de parientes, pueden pedírselo los amigos del pupilo, ó él mismo, y por el de unos y otros cualquiera del pueblo en que este viva ó nació ó su padre, ó de aquel en que tiene la mayor parte de sus bienes, ya esté presente ó ausente, y aunque lo contradiga. Y si nadie lo pide, y el juez conoce que está desamparado, puede nombrárselo de oficio en virtud de la potestad que le concede el derecho; y fuera de los tres jueces referidos, ningun otro puede dárselo. Pero si todos se lo nombraren, prevalecerá el nombramiento del que constare haberlo hecho primero; y no pudiendo indagarse cual fue, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano (5). La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaria. Se advierte lo primero, que el nombramiento de tutor al hijo primogénito de Grande compete al Rey, ó Magistrado á quien para hacerlo diere especial comision y facultad (6); bien que al del señor del pueblo en que fallece, puede discernir la tutela y dar tutor el juez de él, porque la jurisdiccion para nombrarlo se puede prorogar de consentimien-

1 Leyes 2 y 12. tit. 16. Part. 6. y el tit. ff. de tutor. et curator.

2 Ley Muto. 6. §. sub conditione. ff. de tutor. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 11. dicho num. 6.

3 Ley Actus legitimus. ff. de regul. jur. Gutierr. ibi num. 7.

4 Decio en dicha ley Actus legitimus,

num. 8 y 9. Gutierr. ibi num. 8.

5 Dicha ley 12. tit. 16. Part. 6. Greg. Lop. en ellas glos. 11., 12 y 13. Gutierr. part. 1. cap. 16. de tutel. num. 2 al 31. y num. 136 al 140.

6 Ley 47. tit. 1. lib. 6. Nov. Rec. y ley 1. Cod. de tutor. et curator. illustr. personar.

to de las partes (4). Lo segundo, que la tutela se puede discernir en dia de precepto cuando por la ley no se requiere que se confirme con inquisicion ó conocimiento de causa, y en caso de necesidad, aunque se requiera este (2).

15. El juez debe discernir ó confirmar las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes, sin que se les oponga la excepcion de ilegitimidad de persona, y no mediando este previo requisito, nada deben hacer, y si lo hacen no valdrá; bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios (3). Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legitimos, por la razon expuesta en el párrafo 7, ó para el caso en que el testador ordenó en su testamento ó en otra disposicion válida, que sin decreto judicial pudiese el tutor mezclarse en la administracion, pues en este caso lo podrá practicar sin él, porque el testador puede mandarlo así (4), y su arreglada voluntad se tiene por ley (5), y debe observarse si no es contra esta, y no en otros términos (6). Es de advertir: lo primero, que aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre si la administracion, el derecho de la tutela y curadoria pasa á cada uno por entero, ya sean testamentarios legitimos ó dativos; y así cuando no está dividida, basta la autoridad de uno en cualquier acto ó negocio, y lo mismo sucede con los curadores *ad litem* para la defensa de algun pleito; mas cuando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion (7). Y lo segundo, que sin embargo de que el testador los releve de dar cuenta, si administran de propia autoridad sin discernimiento del juez, deberán darla, y no surtirá efecto la relevacion, porque esta se entiende cuando tienen la administracion válida y les compete de derecho, que es cuando la confirma el juez, y no antes ni de otra suerte (8).

1 Parlad. differ. 99. num. 10.

2 Ley Qui habet. §. Quolibet. ff. de tutel. Lara, dicho cap. 19. num. 72.

3 Leyes 4, 6 y 8. tit. 16. Part. 6. ley 4. ff. de autorit. tutor. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 5. num. 6. Lara, dicho cap. 19. num. 52 y 53.

4 Ley Cui eorum, et ibi glos. 1. ff. de postuland. Gutierr. dicho cap. 5. num. 7 al 10.

5 Gap. Ultima voluntas. 13. quest. 2. Authent. de nuptiis, cap. 2. vers. Disponat.

6 Ley Testandi. 13. Cod. de testam. Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 8. num. 94.

7 Ley Tutela legitim. §. Si duo, y ley Si plures, ff. de legitim. tutor. Gom. en la 38 de Toro. Lara num. 6. cap. 24. num. 38.

8 Ruin. consil. 70. num. 7. vol. 4. Gutierr. part. 13. de tutel. cap. 1. num. 48.

## CAPITULO SEGUNDO.

## De la curaduría.

- §. 1. ¿A que personas se da el curador, y para que efecto?  
 2. La curaduría legitima no la establece el derecho sino para el furioso ó el mentecato.

3. En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador.  
 4. Lo dicho en el párrafo anterior no milita en las causas espirituales y beneficiales.

1. La curaduría es la que se da al varon mayor de catorce años, y á la hembra de doce, que no tienen curador (pues al que lo tiene, no se debe dar otro sin causa), y la que se da al pupilo interinamente, en el único caso de ausencia ó de temporal incapacidad ó impedimento del tutor legitimo ó testamentario que es nombrado solo. Igualmente se da á los mayores de veinte y cinco años que son locos ó desmemoriados, y á los pródigos declarados, que por su prodigalidad y falta de sindéresis se gradúan de locos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos (1). Se diferencia la tutela de la curaduría: 1.º en que el tutor se da al pupilo solamente: y el curador á este, al que no lo es y á otros que quedan referidos al fin del párrafo primero del capítulo anterior; 2.º en que al tutor se da principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y en segundo lugar para la de sus bienes: lo cual es al contrario en el curador; 3.º en que el tutor se da al pupilo, ya lo quiera ó no: pero el curador no se da al púbero, si no lo quiere, á menos que sea para pleitos; 4.º en que el tutor es de tres clases, testamentario, legitimo y dativo: pero el curador es solamente dativo, excepto para el furioso; 5.º en que el tutor se da en testamento: pero el curador regularmente no (2); y 6.º en que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola (3): pero el tutor ha de ser para todo, y no para cierta cosa (4), excepto para la aceptación de herencia, lo

1 Ley 13. tit. 16. Part. 6. Princip. Inst. de curator. leyes 15 y 16. ff. de tutor. et curator. dat. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 19. num. 1 al 6.

2 Glos. magna en la ley Venti. 20. ff.

de tutorib. et curator. dat.

3 Ley Non tantum. ff. de tutor. et curator. dat. Bacz. de decim. tutor. cap. 17. num. 3.

4 Ley 1. tit. 16. Part. 6.

cual es especial en este caso (1). Y convienen ambas en que las obligaciones del tutor y curador para utilidad del menor son las mismas sin la mas leve diferencia.

2. La curaduría legitima no la establece el derecho sino para el furioso ó mentecato (2); y siéndolo el padre, sin embargo de que los descendientes carecen de potestad para sustituir ejemplarmente á sus ascendientes, porque ninguna disposicion legal se la confiere, se le puede dar por curador á su hijo, capaz, mayor de veinte y cinco años y de buena conducta, el cual será preferido al extraño (3). No se debe dejar en testamento la curaduría, como queda expuesto; pero si el padre la deja á su hijo, debe confirmarla el juez si le parece apto para evacuar su encargo, y puede ser compelido á admitirlo. Los púberos capaces no estan obligados ni deben ser compelidos á recibir contra su voluntad curador para la administracion de sus bienes y otras cosas, actos y negocios extrajudiciales; ni tampoco puede ser apremiado alguno á admitir la curaduría, excepto que intervenga urgente necesidad de que lo sea el que se nombre (4). No se infiera de lo dicho que los púberos no necesitan absolutamente de curador; que se pueden gobernar, tratar y contratar sin tenerlo; quedar obligados natural y civilmente, y poder ser compelidos como si fueran mayores, sin diferencia; sino que no se les debe precisar ni compeler á que reciban al que se les dé, antes bien lo han de nombrar por si mismos á su eleccion, y siendo idóneo y cual se requiere para desempeñar la curaduría; debe aprobarlo el juez; de que se deduce que si no quieren que continúen en la curaduría, despues que espira la tutela, el tutor ó curador que les dejó su padre en su testamento, podrán nombrar otro, y deberá admitirlo el juez, siendo cual debe ser; pero una vez que lo reciban, pueden ser compelidos á estar bajo de su custodia hasta los veinte y cinco años, no probando causa legitima para eximirse de ella (5), ya sea por mala versacion ú otro obstáculo de parte del curador, ó por casarse ú obtener venia de la Cámara para gobernarse los púberos teniendo la competente edad. La razon de no darse á estos curador en

1 Ley Cum in una. 17. §. Tutor. ff. de appellation. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 19. num. 9 y 10.

2 Ley His qui. 12. §. 1. ff. de tutor. et curator. dat. y leyes 1. §. 1 y 2. Cod. de curator. furios.

3 Ley 13. tit. 16. Part. 6.

4 Ley 13. tit. 16. Part. 6. Gutierr. di-

T. 1.

cho cap. 19. num. 13 al 16. y num. 30. Bacz. de decim. cap. 16. num. 23. Lara Compend. vite homin. cap. 24. num. 15 y sig.

5 Greg. Lop. en la ley 13. tit. 16. Part. 6. glos 2. Bacz. ibi cap. 3. num. 16. Gutierr. dicho cap. 19. num. 18.

testamento, y á los pupilos si, es porque al modo que estos no pueden testar, ni por consiguiente instituir heredero, por lo que debe heredarlos el que su padre les da en su testamento por medio de la sustitucion pupilar, ó la ley por falta de nombramiento de este; del mismo modo deben recibir y tener por su tutor al que su padre ó la ley les concede; pero el varon y la hembra púberos, como tienen facultad para testar y nombrar heredero, pueden elegir tambien á su arbitrio curador de sus bienes (1). De lo que pueden hacer ó no los menores pupilos y adultos, ya tengan ó no curador, y cuando será ó no válido el contrato que celebren con su asistencia ó sin ella, se tratará en el cap. 29. tit. 4 del lib. 2.

3. En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador, el cual ó el tutor, si el menor fuere pupilo (bien que careciendo este de tutor, se le puede proveer de curador para ellos y para otros negocios), deben, y no el menor, personarlos por sí propios y no por procurador: y hallándose imposibilitados de practicarlo, pueden sustituir por su cuenta y riesgo la curaduría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleito en el poder que le confieran (2). Los menores púberos deben tambien, ya sean actores ó demandados, y la causa civil ó criminal, nombrar por sí curador *ad litem* que los defienda en ella, y resistiéndose á nombrarlo, puede el juez por su contumacia elegirlo, á fin de que no sea ilusorio y nulo el juicio por falta de persona legítima que comparezca en él; porque el menor no lo es para comparecer por sí, ni en las causas profanas ó temporales puede constituir procurador, por lo que debe hacerlo en su nombre su curador ó tutor, ó el procurador que estos nombren (3); y el juez puede de oficio dar curador *ad litem* al mayor de veinte y cinco años, que despues de principiado el juicio se volvió loco (4).

4. Lo expuesto en el párrafo anterior no milita en las causas espirituales y beneficiales, en las que se reputan mayores los púberos, y así en unas y otras, si no tienen padre, pueden comparecer por sí en juicio y constituir procurador con especial mandato ó poder para cada una por no ser bastante el ge-

1 Ley Divus. §. fin. ff. qui petant. tutor. vel curator. Gutierr. cap. 19. cit. num. 29. Parlad. diff. 99. num. 5 y 6.

2 Ley 96. tit. 48. Part. 3. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 19. num. 21 al 24.

3 Ley 13. tit. 6. Part. 6. Leyes 2 y 3. Cod. qui legitimam personam.

4 Ley Sancimus neminem. 70. §. Sed et si quis administr. tutor. Lara Compendium vitæ homin. cap. 24. num. 18.

neral, lo cual no se permite á los pupilos, por lo que estos necesitan quien los represente en ellas (1). Y se advierte lo primero, que el curador *ad litem* pedido simple y generalmente para los pleitos y causas que ocurran al menor, debe ser dado por el juez del pueblo en que este tenga su domicilio, por razon de su origen ó habitacion (2); pero si el menor lo pide para la que ya está principiada ó movida, lo ha de ser por el que entiende en ella (3). Lo segundo, que puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de este que se originen por incidencia ó ejecucion del pleito, porque esto no es acto ó cosa nueva ni diversa; y tambien los que sean antecedentes para él, si no tiene tutor ó curador para la administracion de bienes, y no de otra suerte (4); pues el curador para pleitos no es mas que para la defensa del menor en juicio, por lo que ya tenga este ó no curador para la administracion de sus bienes, carece de potestad aquel para autorizar sus contratos, excepto los referidos (y estos en el solo caso de no tener curador para la administracion de sus bienes, porque si lo tiene, debe concurrir, y no el curador *ad litem*); y en cuanto á otros, siempre que el juez le habilite especialmente para ellos con previo y maduro examen y conocimiento de la utilidad ó necesidad, por falta del que administra los bienes, y no de otra forma; y el practicar lo contrario es un error clásico, que produce nulidad notoria; lo que tendrá presente el escribano para no admitirlo. Y lo tercero, que el curador para pleitos puede ser removido y revocado en cualquier tiempo, porque se equipara al procurador ó apoderado, lo cual no se puede hacer con el que administra los bienes, ni con el tutor sin causa probada (5), como dejo expuesto.

1 Cap. fin. de judic. in 6. Lap. alleg. 70. num. 6 Cardos. in Prax. judic. num. 24. Lara, dicho cap. 24. num. 44 al 46.

2 Ley 1. y todo el tit. Cod. de in litem dando tutore vel curatore.

3 Dicha ley Sancimus §. Sed et si cit. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. num. 17. vers. Si vero agatur.

4 Felin. consil. 16. num. 3. Gracian. Discept. cap. 279. num. 5 y 6. y cap. 360. num. 27. Lara, 24. dicho, num. 20 al 24.

5 Ley Si quis eum §. Julianus. ff. de procurator. Baez. de decim. cap. 17. num. 19. Gutierr. cap. 19. dicho num. 26. Lara cap. 24. cit. num. 28.

## CAPITULO TERCERO.

*Obligaciones de los tutores y curadores.*

1. Los tutores y curadores para poder desempeñar su encargo deben jurar antes que cumplirán exactamente las obligaciones anexas al mismo.
2. Deben además afianzar, aunque sean muy ricos, para la responsabilidad de la tutela ó curaduría.
3. La obligación de dar fianzas seguras se entiende para con los tutores y curadores legítimos, aunque sean la madre y la abuela.
4. Discernida la tutela y curaduría, han de hacer los tutores y curadores inventario solemne y específico de los bienes de los menores.
5. Aunque no está prefijado término por el derecho para principiar y concluir dicho inventario, lo han de hacer lo mas pronto que puedan; y si tardaren mucho en ejecutarlo, podrán ser removidos como sospechosos.
6. Si dejaren de hacer el inventario por dolo ó sin causa legítima, deberán satisfacer á los menores el daño ó pérdida que estos prueben habérseles ocasionado.
7. También serán responsables al resarcimiento del daño é interés si ejecutaren mal el inventario, y este daño se probará por el juramento judicial que contra ellos haga la parte interesada.
8. Por el dolo del tutor no há lugar regularmente dicho juramento contra sus herederos.
9. Los tutores y curadores deben dar la correspondiente educación á los pupilos y alimentarlos de los frutos de su hacienda.
10. No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raíces, ni los muebles preciosos del menor, sino para ciertos gastos indispensables.

1. **Y**a sean testamentarios, legítimos ó dativos los tutores y curadores, para la administración de los bienes, deben antes de apoderarse de la persona y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela y curaduría, jurar en manos del juez ó del escribano á quien este comisione, y obligarse á que evacuarán fiel y exactamente el oficio ó cargo de tales, cuidando del huérfano y de sus bienes, como deben, llevando cuenta y razón individual, clara y expresiva de todo lo que produzcan estos, y de los verdaderos y efectivos gastos que en su

conservacion y reparos, y en la educación y alimentos del mismo menor hagan, para darla cuando se les mande con apronto del alcance líquido que contra ellos resulte, sin perjudicarle ni dejarle indefenso, pena de los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irroguen, y tomando para el acierto el competente consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y peritos que puedan y sepan dárselo (1). El curador para pleitos ha de jurar el cumplimiento de lo que le toca (\*).

2. Como suele haber tutores y curadores infieles ó negligentes en la administración de estos cargos (2), estableció el derecho para que el huérfano tenga de que reintegrarse, y no sea defraudado, que no solo juren sino que afiancen, aunque sean muy ricos, la responsabilidad de la tutela y curaduría, así en cuanto al alcance que contra ellos resulte en sus cuentas, como en orden á los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irroguen, obligándose á ello el fiador en subsidio del tutor, hecha previa excusion en los bienes de este: y no afianzando con bastante seguridad, no se les ha de discernir la tutela ó curaduría; es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administración (3). Advierto que en la recepción de estas fianzas debe tener el juez mucho cuidado, pues por defecto de esto se da á los menores accion subsidiaria contra él (4); porque lo mismo es admitirlas malas ó insuficientes, que no recibirlas (5); bieu que si al tiempo de la recepción fueren buenas, no tendrá el juez responsabilidad, sin embargo de que los fiadores decaigan despues de fortuna, por no estar obligados á los casos fortuitos, ni dárseles imputar estos, ni tampoco serle gravoso y nocivo su oficio (6). Los curadores para pleitos también suelen dar fianzas; pero aunque no las den, no será nulo el acto, porque no administran, ni tienen que hacer inventario ni dar cuenta como los otros (7), por lo que son ligeras y aparentes las que dan.

1 Ley 9. tit. 16. Part. 6. Ley *In bonorum. ff. de bonor. posses.* 1. Lara *Compend. vite homin.* cap. 19. num. 54 al 56 y num. 65. *Gutierr. de tutel.* part. 1. cap. 12. num. 31.

\* El juramento, obligación y discernimiento de la curaduría para pleitos, se hallarán en el tratado de particiones entre las diligencias que se practican para formalizar el inventario, por haber puesto Febrero el caso de esta curaduría *ad litem* en un menor interesado en una herencia.

2 *Authent. Ut hi qui obligatas*, cap.

*Quoniam autem.* Montan. *de tutel.* cap. 32. reg. 7. num. 3.

3 Ley 94. tit. 18. Part. 3. ley 9. tit. 16. Part. 6. leyes 2 y 3. *Cod. de tutor. qui satis non dedit.* *Gutierr. esp.* 12. cit. num. 10 al 19. *Castill. de usufruct.* lib. 1. cap. 3. num. 213.

4 Ley 1. §. ult. y ley *Quod ad heredem. ff. de magistratib. conveniend.*

5 Ley *Quoties. ff. qui satisfacere cogant.* Lara ibi num. 60.

6 Dicha ley 1. §. *Si magistratus.*

7 Lara cap. 24. num. 29 al 31.

3. La obligación de dar fianzas seguras y saneadas los tutores y curadores para administrar los bienes, que queda referida en el párrafo precedente, se entiende para con los *legítimos*, aunque sean la madre y la abuela; bien que la fianza de estas basta que sea en cuanto puedan, pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, y porque les han de dejar su hacienda (1), presume el derecho que lejos de disiparles su patrimonio, se lo conservarán y aumentarán; por cuyos motivos se las ha de tratar con indulgencia, y no pedirles fianzas tan cuantiosas como á los demás parientes tutores, sino las que buenamente puedan. Lo mismo procede para con los *dativos* que precedida inquisición y conocimiento, nombra el juez inferior por falta de legítimos, porque en él no reside la suprema potestad que en los tribunales supremos para eximirlos de darlas (2). Pero los *testamentarios*, ya sean legítimos ó extraños, y confirmados ó no por el juez, no están obligados á afianzar, porque nuestro derecho y el común los exime, sin embargo de que sean nombrados en testamento inválido; pues por el hecho de nombrarlos el testador, aprueba su fe y diligencia en el cuidado y administración de la persona y bienes del huérfano (3); y mucho menos lo estarán si los releva de fianzas, cuya relevación, aunque nada necesaria, suele ponerse á mayor abundamiento en las últimas disposiciones, y es conveniente para evitar dudas y disputas con ignorantes, por lo que el juez debe ejecutar su voluntad; y lo mismo procede para con el curador dejado en testamento, siendo de probidad y buena conducta, y no de otra suerte. Se limita esto en dos casos: 1.º cuando el tutor es de mala fama, y no lo conoce el testador, pues á saberlo no es creíble que lo hubiera elegido, y así no está obligado el juez á seguir su voluntad, para que no sea defraudado el menor, cuya utilidad es la que principalmente debe mirar (4). Y 2.º cuando son nombrados muchos en el testamento, y uno de ellos quiere administrar por sí solo, en cuyo caso está obligado este á dar fianzas á los contutores de la indemnidad del pupilo y de ellos; excepto que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad para la administración (5).

1 Ley *Nihil*. 50. ff. de bonis libertor. Lara, dicho cap. 19. num. 70. Gutierr. cap. 12. cit. num. 16.

2 Gutierr. dicho cap. 12. num. 25 al 30.

3 Ley *De creationibus*. 27. Cod. de episcopali audientia. Gom. lib. 2. Var.

cap. 14. num. 19 al fin. Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 5. num. 1 al 3. Surd. decis. 91. num. 2.

4 Ley 1. Cod. de confirm. tutor. Gutierr. ibi num. 4. Lara, dicho cap. 19. num. 7, 8 y 59.

5 Gutierr. dicha part. 1. cap. 5. num. 5.

4. Los tutores y curadores no solo están obligados á jurar y dar fianzas, sino también á hacer despues de discernida la tutela y curaduría, y no antes, inventario solemne, formal y específico ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raíces, créditos, derechos y acciones correspondientes al menor, á costa de este, sin que sea necesaria la presencia del juez á él, lo cual se entiende sin embargo de que su padre los releve de ejecutarlo, pues no será obedecido (no obstante decir algunos lo contrario), porque cede en detrimento de su hijo, y se da lugar á ocultación: cuyo inventario tiene tal fuerza, que no se les admite contradicción, aun en el caso de que pongan en él mas de lo que tenía, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela y curaduría (1); y no se deben poner los débitos que el menor tiene contra sí, sino los que son á su favor.

5. Para principiar y concluir dicho inventario, ningún término les define el derecho, y solo manda que lo formalicen lo mas breve que puedan, despues que se les discierna la tutela, y que de esta se les pueda remover por sospechosos, si tardan mucho tiempo en hacerlo, sin tener impedimento justo; pero no les impone otras penas (2). La práctica es entregarles los bienes por inventario antes que empiecen el uso de su oficio, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan, y con esta cautela y diligencia se evita todo fraude y sospecha de ocultación.

6. Si por dolo y no por imposibilidad ni otra causa justa omiten los tutores y curadores la formación del inventario de los bienes de sus menores, deben satisfacer á estos el daño ó pérdida que prueben haberseles irrogado (3); por lo que si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su mora ú omisión dolosa, estarán obligados á resarcirles su deterioro y pérdida (4). Milita esto mismo no solo cuando á haber hecho el inventario en tiempo debido no hubieran perecido los bienes, sino también en el caso contrario; pues sin embargo de que el deudor de especie cierta se exime y liberta de su solución y entrega, si perece (5); no obstante, si es

1 Leyes 99 y 170. tit. 18. Part. 3. y 2. tit. 7. lib. 3 del Fuero Real. Gutierr. de tutel. part. 2. cap. 1. num. 34, 30 y 35 al 41. y num. 81.

2 Ley 15. tit. 16. Part. 5. ley *Tutores*, et ibi glos. Cod. de administrat. tutor. Ayor. de part. part. 1. cap. 2. num. 27. Guerrei. de inventar. lib. 1. cap. 2. num. 18. Gutierr. de tutel. part. 2. cap. 1. num.

10., y 81 al 84.

3 Ley *tutor, qui repertorium*. ff. de administrat. tutor. Ayor. ibi num. 18.

4 Ley *In ratione*. 30. ff. ad leg. falcid. Guerrei. ubi proxime; num. 9.

5 Ley *Si ex legati causa*. 23. Ley *Si homo mortuus*. y ley *Si impossibilis*. ff. de verbor. oblig.

moroso, debe satisfacer el precio de ella, aun cuando á haberse inventariado en tiempo legítimo hubiese igualmente perecido (1).

7. Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el inventario, si no lo formalizaron con la rectitud, pureza, claridad é individualidad debidas, segun se dirá en el tratado de inventarios y particiones; ó por dolo y sin causa justa, no incluyeron en él todos los bienes y créditos tocantes á sus menores; ó los pusieron tan oscura y confusamente que ni se les puede reconvenir por cosa cierta; serán responsables igualmente al daño é interes, el cual se probará por el juramento judicial que contra ellos haga la parte interesada capaz de jurar, estando cierta de lo que jura y pide, y concurriendo en ella los demas requisitos que explicaré, cuando trate del juicio civil ordinario; pues es lo mismo que si no lo hubieran hecho (2). Adviértase ademas que antes de hacer el inventario no pueden administrar ni practicar cosa alguna el tutor ni curador, y si la practican es nula, incurrén por derecho en infamia, y se les puede remover por sospechosos (3); bien que la costumbre es aprobar lo que hicieron antes de la formacion del inventario, sin atender á otra cosa mas que á si les está discernido el cargo para tenerlos por partes legítimas.

8. Por el dolo del tutor no ha lugar regularmente al juramento contra sus herederos (4); y la razon es, porque no estan obligados sino por lata ó grave culpa cometida en la administracion de la tutela (5); no obstante que los tutores lo estan por la leve (6); pues las acciones penales no se transmiten ni transfieren contra ellos por el delito de su causante, sino la que se da para perseguir la cosa (7). Pero esto se limita, cuando el pleito se contestó con el tutor; en cuyo caso se puede jurar en juicio contra sus herederos (8). En quanto á si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, y

1 Cardos. in Prax. judic. verb. Debitor. num. 19. Menoch. præ. 135. lib. 5. Vela dissert. 33. num. 39 y 42. Guerreir. ibi num. 20 al 22.

2 Ley 1. ff. de his qui in testament. de lent. Ayor. ibi num. 19 y 21. Lara cap. 19. cit. num. 57. Gutierr. part. 2. y cap. 1. dicho num. 5 al 8. y num. 17 al 19.

3 Ley Tutor qui repertorium. cit. ley fin. §. Illud procul dubio. Cod. de arbitr. tutel. y ley 15. tit. 16. Part. 6. Gutierr. ibi num. 58 y 59.

4 Ley Alio jur. y ley final. Cod. de in litem jurando. Ayor. ibi num. 20.

5 Ley 5. Cod. de hæredib. tutor.

6 Ley Quidquid. 1. Cod. de arbitr. tutel.

7 Ley Pupillum. §. In hæredem. ff. de regul. jur. Covarr. lib. 3. Var. cap. 3. num. 7.

8 Ley 6. tit. 11. Part. 3. Mascard. conclus. 411. num. 13. Gutierr. dicho cap. 1. num. 28. Guerreir. de inventar. lib. 4. cap. 1. num. 72 y 73.

si valdrá ó no la relajacion y remision, véase á Gutierrez de tutel. part. 3. cap. 1. num. 32 al 48. que lo explica bien, y se resuelve por la negativa. Lo que queda explicado acerca del inventario y administracion de bienes de menores que deben hacer sus tutores y curadores, milita para con los administradores de bienes de hospitales, y otros que tienen que dar cuenta; por lo que omito tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos (1).

9. Finalmente, los tutores y curadores para administrar haciendo verdadero oficio de padres del menor, deben darle educacion, poniéndole con maestros que le enseñen las ciencias, arte ú oficio correspondiente á su calidad, talento y haberes. Deben asimismo alimentarlo de los frutos de su hacienda todo el tiempo que esté á su cuidado, segun lo ordene su padre ó su abuelo, ó el juez en su defecto; darle casa ó habitacion, que será la que su padre le haya destinado, y si no se la señaló, se criará en la de su madre; y no teniendo madre, ó casándose esta, en la que el juez elija, pues no es preciso que esté en la del tutor; pero de ninguna suerte lo ha de ser en la del pariente que puede heredar sus bienes, por la presuncion de que maquine contra su vida por apoderarse de ellos. Habrán tambien de imponer el dinero que tenga, para que produzca y no esté ocioso, ya sea á censo, ó comprando fincas, para que no se les haga cargo de morosidad, pues serán responsables á los intereses que empleado podia rendir; vender los frutos á tiempo oportuno, llevando cuenta de los vendidos en cada uno, y á qué precios; cuidar de su hacienda y administrarla, procurando no solo su conservacion sino su incremento, como si fuera suya propia, ó mejor; dar estado á la pupila, señalándola dote competente (2); y en los negocios y contratos que juntamente con él celebren con tercero, interponer su autoridad para su mayor validacion; mas no si contraen por sí con el mismo menor (3); pues el curador para administrar los bienes carece de potestad para celebrar por sí solo contratos con tercero por su menor, y asi han de intervenir los dos en él; lo que es al contrario en el tutor que se da á su persona, la cual no puede obligarse civilmente en la edad pupilar como en la pubertad, segun se verá cuando se trate de las obligaciones y contratos. Adviértase que

1 Véase á Guerreir. de inventario.

2 Leyes 16, 17, 19 y 20 tit. 16. Part. 6. Baez de decin. tutor. esp. 2. Gutierr. de tutel. part. 2. cap. 3, 8, 9 y 11. Lara Com. T. I.

pend. vitæ homin. cap. 19.

3 Ley 17. tit. 16. Part. 6. ley 1. y ley Pupillus. ff. de authoritat. tutor.

el tutor que administra despues de la pubertad, está obligado por la accion de voluntario procurador, y no por la tutela (1).

10. No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino que sea para pagar las deudas de su padre, casar otros hijos de este, ú otras cosas indispensables, y aun en este caso con otorgamiento del juez, precedido examen y conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto (2), ni comprar alhaja alguna suya sino con expresa licencia judicial y consentimiento de los contutores, si los hay, y para utilidad del menor; pues de lo contrario queda á este la reclamacion contra ellos dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad (3); ni tampoco hacer compromiso, transaccion de las causas y negocios claros sin la referida licencia; pero sí de los dudosos (4). Las obligaciones de los tutores y curadores; el modo de dar sus cuentas; qué descargos se deben ó no admitir á estos, y á otros administradores de bienes ajenos, y otras cosas, y especies útiles, se pueden ver en los autores que cito (5).

1 Ley *Si tutor post pubertatem*. 13. ff. de tutel.

2 Leyes 14. tit. 11. Part. 4. 4. tit. 5. y 8. tit. 13. Part. 5. y 18. tit. 16. Part. 6. Gutierr. part. 2. de tutel. cap. 5, 6 y 21.

3 Ley 4. tit. 5. Part. 5. y ley 10. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec., y en ella Matienz. glos.

1 y 2.

4 Gutierr. dicho cap. 5. num. 28 al 31. Hermosill. en la ley 4. tit. 40. Part. 5. per omnes glos.

5 Gutierr. de tutel. part. 1., en toda la 2. y en la part. 3. cap. 1. Siguenza de claus. cap. 62. Escobar. de ratiocin.

## CAPITULO CUARTO.

### De los modos de acabarse la tutela y curaduria.

- §. 1. Causas porque se acaban la tutela y curaduria.
2. Del tutor y curador sospechoso.
3. Causas porque el tutor y curador pueden ser removidos por sospechosos.
4. Fenecida la edad pupilar no está obligado el tutor á recibir la curaduria, pero debe dar cuentas al menor, y luego que este cumpla veinte y cinco años, se las debe dar su curador.
5. Si el tutor no hubiese dado cuentas ni entregado los bienes y papeles al menor,

está obligado en el tiempo de la pubertad á seguir las causas ó negocios conexos con los empezados en la edad pupilar.

6. De las excusas para no admitir la tutela: unas son voluntarias, y otras necesarias.

7. Las excusas deben manifestarse al juez del pueblo ó territorio en donde estuviere hecho el nombramiento, dentro de cincuenta dias al en que tuvieren noticia judicial de él.

1. La tutela y curaduria se acaban por las siguientes causas: 1.<sup>a</sup> por cumplir veinte y cinco años de edad el menor, con la diferencia de que la tutela termina á los doce en las hembras, y á los catorce en los varones, y luego entra la curaduria hasta los veinte y cinco; 2.<sup>a</sup> por el destierro, cautiverio ó esclavitud y muerte del tutor y curador ó del huérfano; 3.<sup>a</sup> por la prohibicion de cualquiera de ellos; 4.<sup>a</sup> por cumplirse la condicion y tiempo porque el tutor testamentario fue nombrado; 5.<sup>a</sup> por excusas legítimas que el tutor tenga para no admitir ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduria (1), de las que trataré en los párrafos 6 y 7.

2. Se acaba tambien la tutela y curaduria cuando se remueve al tutor y curador por *sospechoso*; y se llama asi el que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado (2); pero debe tenerse presente: lo primero, que el pobre por solo serlo, no es sospechoso, si tiene buena conducta, lo cual no procede respecto del rico, si la suya es desatre-

1 Ley 21. tit. 16. Part. 6.

2 Dicha ley 21.

el tutor que administra despues de la pubertad, está obligado por la accion de voluntario procurador, y no por la tutela (1).

10. No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino que sea para pagar las deudas de su padre, casar otros hijos de este, ú otras cosas indispensables, y aun en este caso con otorgamiento del juez, precedido examen y conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto (2), ni comprar alhaja alguna suya sino con expresa licencia judicial y consentimiento de los contutores, si los hay, y para utilidad del menor; pues de lo contrario queda á este la reclamacion contra ellos dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad (3); ni tampoco hacer compromiso, transaccion de las causas y negocios claros sin la referida licencia; pero sí de los dudosos (4). Las obligaciones de los tutores y curadores; el modo de dar sus cuentas; qué descargos se deben ó no admitir á estos, y á otros administradores de bienes ajenos, y otras cosas, y especies útiles, se pueden ver en los autores que cito (5).

1 Ley Si tutor post. pubertatem. 13. ff. de tutel.

2 Leyes 14. tit. 11. Part. 4. 4. tit. 5. y 8. tit. 13. Part. 5. y 18. tit. 16. Part. 6. Gutierr. part. 2. de tutel. cap. 5, 6 y 21.

3 Ley 4. tit. 5. Part. 5. y ley 10. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec., y en ella Matienz. glos.

1 y 2.

4 Gutierr. dicho cap. 5. num. 28 al 31. Hermosill. en la ley 4. tit. 40. Part. 5. per omnes glos.

5 Gutierr. de tutel. part. 1., en toda la 2. y en la part. 3. cap. 1. Siguenza de claus. cap. 62. Escobar. de ratiocin.

## CAPITULO CUARTO.

### De los modos de acabarse la tutela y curaduria.

- §. 1. Causas porque se acaban la tutela y curaduria.
2. Del tutor y curador sospechoso.
3. Causas porque el tutor y curador pueden ser removidos por sospechosos.
4. Fenecida la edad pupilar no está obligado el tutor á recibir la curaduria, pero debe dar cuentas al menor, y luego que este cumpla veinte y cinco años, se las debe dar su curador.
5. Si el tutor no hubiese dado cuentas ni entregado los bienes y papeles al menor,

está obligado en el tiempo de la pubertad á seguir las causas ó negocios conexos con los empezados en la edad pupilar.

6. De las excusas para no admitir la tutela: unas son voluntarias, y otras necesarias.

7. Las excusas deben manifestarse al juez del pueblo ó territorio en donde estuviere hecho el nombramiento, dentro de cincuenta dias al en que tuvieren noticia judicial de él.

1. La tutela y curaduria se acaban por las siguientes causas: 1.<sup>a</sup> por cumplir veinte y cinco años de edad el menor, con la diferencia de que la tutela termina á los doce en las hembras, y á los catorce en los varones, y luego entra la curaduria hasta los veinte y cinco; 2.<sup>a</sup> por el destierro, cautiverio ó esclavitud y muerte del tutor y curador ó del huérfano; 3.<sup>a</sup> por la prohibicion de cualquiera de ellos; 4.<sup>a</sup> por cumplirse la condicion y tiempo porque el tutor testamentario fue nombrado; 5.<sup>a</sup> por excusas legítimas que el tutor tenga para no admitir ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduria (1), de las que trataré en los párrafos 6 y 7.

2. Se acaba tambien la tutela y curaduria cuando se remueve al tutor y curador por *sospechoso*; y se llama asi el que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado (2); pero debe tenerse presente: lo primero, que el pobre por solo serlo, no es sospechoso, si tiene buena conducta, lo cual no procede respecto del rico, si la suya es desatre-

1 Ley 21. tit. 16. Part. 6.

2 Dicha ley 21.

glada; pues no obstante su opulencia puede ser acusado y removido de la administracion, aunque ofrezca fianzas, porque estas no le contendrán para que no disipe ni malgaste los bienes del menor, y las mejores fianzas son la buena direccion y las costumbres arregladas. Mientras dura la acusacion, se ha de nombrar curador interino al menor, al cual debe el culpable resarcir el daño que le haya irrogado, y por su mala versacion se constituye infame; bien que no incurrirá en infamia, si es acusado solamente de omiso (1). Y lo segundo, que estan obligados á acusarlos la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, cuya obligacion se las impone por razon del mayor afecto que deben profesarle para evitar su daño y procurar su utilidad. Puede acusarlos tambien cualquiera del pueblo, ya sea varon ó hembra, y aun el mismo menor, siendo púbero, con consentimiento de sus parientes, pero no siendo pupilo; y la acusacion se ha de instaurar ante el juez del lugar en que el huérfano tiene sus bienes. No habiendo quien los acuse, y siendo evidentes los perjuicios que le causan, puede el juez de oficio y autoridad propia removerlos, pedirles cuentas, y entre tanto nombrar otro que cuide de él y de su hacienda (2). Ultimamente, los parientes del mismo huérfano por su orden son responsables, en subsidio, de la mala versacion y administracion del tutor y curador, si viéndola ó sabiéndola, no dan cuenta al juez para que se la quite (3).

3. Las causas porque el tutor y curador pueden ser tenidos por sospechosos, y por consiguiente removidos de la tutela y curaduría, son estas: por haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado su hacienda, ó enseñádole malas costumbres; por haberse descubierto despues de electo que era enemigo del huérfano ó de sus parientes; por decir delante del juez que no tiene que darle de comer, y verificarse ser falso; por no hacer inventario de sus bienes; por no defenderle ni á su persona en juicio y fuera de él; por esconderse, y no querer parecer luego que supo el nombramiento (4): por no hacer de las rentas del huérfano la provision necesaria para alimentarle; por vender ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes de los que sin que este preceda, le está prohibido; por

1. Leyes 1, 3 y 4. tit. 18. Part. 6. Gutierrez de tutel. part. 2. cap. 18. num. 10 al 13. Parlador. lib. 2. cap. 12. num. 2.

2. Leyes 2 y 3. tit. 18. Part. 6. Gutierrez de tutel. cap. 18. num. 3 al 23.

3. Ley Si plures. ff. de administrat. tutor. Parlador. differ. 99. num. 6.

4. Leyes 1. tit. 18. Part. 6. verb. E las otras sospechas.

privarle inconsideradamente de alguna herencia, renunciándola en su nombre; y por otras varias causas (1), por las cuales el tutor y curador pueden ser removidos de la tutela y curaduría, pues su obligacion en orden á cuidar del menor es igual, y lo explicado acerca del uno milita para con el otro. Es de advertir, no obstante, que aunque el tutor dado por el padre sea sospechoso, no se le removerá, si este no lo ignoraba (2); y lo mismo procederá siendo pródigo, aunque el padre no tenga veinte y cinco años (3); pues á tanto llega la presuncion y confianza que la ley tiene en orden á su consejo y amor hácia sus hijos (4); bien que por nueva causa posterior á su muerte, ó ignorada por el padre antes de esta, no debe el juez confirmar el nombramiento de tutor que les haga (5).

4. Fenecida la edad pupilar por haber llegado á la pubertad el huérfano, no está obligado su tutor á recibir la curaduría, ni puede ser compelido á continuar en el cuidado y administracion de sus bienes si no quiere, aunque su padre lo haya nombrado en su testamento (6); pero debe dar cuentas de la tutela al curador que le suceda, y si fuere removido por sospechoso, al que nombre el juez, y luego que el menor cumpla los veinte y cinco años, se las debe dar su curador. A la responsabilidad de los daños que ambos le irroguen, no solo estan obligados sus bienes y los de sus herederos en cuanto lo son, sino tambien los de sus fiadores desde el dia que respectivamente aceptan la tutela y curaduría, hasta que dan cuenta con pago de ella (7); cuyos fiadores, aunque pretendan que el tutor y curador los exoneren de la fianza, no lo conseguirán ni deberán ser oídos, porque esta se constituye por tiempo determinado, qual es el de la tutela y curaduría (8); lo que no militará para con los del censuario, á causa de graduarse de perpetua la contribucion de los réditos, por estar en su libre arbitrio y voluntad la redencion del censo (9). Si los fiadores advierten que el tutor ó

1. Ley Tutor. 3. ff. de suspectis tutorib.

2. Rey In confirmando. 8. y ley Utilitatem. 0. ff. de confirm. tutor.

3. Ley Tres tutores. 55. §. ultim. ff. de administrat. tutor.

4. Ley Si plures. 3. §. Quamvis. 3. ff. de administrat. tutor.

5. Ley Amicissimos. 36. ff. de excusationib. Gutierrez de tutel. part. 1. cap. 3. num. 12. y part. 2. cap. 18. num. 2.

6. Ley 3. en las palabras Otrosi decimos,

tit. 17. Part. 6. Gutierrez de tutel. part. 1. cap. 21. num. 30. Lara, dicho cap. 19. num. fin.

7. Leyes 23. tit. 13. Part. 5. y 21. tit. 16. Part. 6. Gutierrez part. 2. de tutel. cap. 16 y 19 y part. 3. cap. 1. per tot.

8. Com. lib. 2. Var. cap. 13. num. 10. vers. Tertio infero. Lara, cap. 19. cit. num. 64.

9. Censio de censib. part. 2. cap. 2. quast. 1. artic. 4. num. 7. Lara ibi.

curador se conduce mal en la administracion de los bienes, para no estar expuestos á sufrir perjuicio, le deben acusar de sospechoso, y pedir se le separe de la dicha administracion (1).

5. Si el tutor no ha dado cuenta de su administracion, ni entregado al curador los bienes y papeles que tenia del menor, está obligado en la pubertad á proseguir las causas y cosas conexas con la principiada en la edad pupilar (2); mas no si hubiere dado su cuenta y hecho la entrega (3), excepto que lo pretenda el contrario, y no el púbero (4). Para que no se le pueda compeler á continuar en la tutela y entrar en la curaduría, no solo debe pedir é instar que se dé curador al púbero, sino presentar su cuenta, hacer la entrega referida, y no mezclarse entre tanto en cosa alguna, porque sino se le podrá compeler á la continuacion (5). Asi es que el tutor que despues de la pubertad continúa la administracion, está obligado por la accion de tutela todo el tiempo que administró; pero no si despues de acabada la tutela y curaduría, se mezclare en ella, pues entonces lo estará por la de procurador voluntario (6): ni tampoco lo está su fiador á lo que en este último tiempo practico espontáneamente, sin tener precision ó necesidad (7).

6. En general todos pueden ser compelidos á admitir el gravoso cargo de la tutela, porque es oficio público y necesario (8); pueden, no obstante, eximirse y excusarse muchos de su admision (9). Las excusas para no admitirla, son de dos clases: *necesarias* y *voluntarias*: las *necesarias* competen á aquellos á quienes el derecho prohíbe ser tutores y curadores, los que quedan expresados en los párrafos 3 y 4. cap. 1.; y las *voluntarias* se admiten en juicio por una de tres razones: por privilegio de que goza el nombrado, por impotencia, y por honestidad. Por privilegio se pueden excusar de ser tutores y curadores los que tienen ó han tenido cinco hijos varones legitimos vivos, sin embargo de que en la guerra hayan perdido alguno ó algunos de ellos; los comisionados por el Rey, ó por su república durante

1 Parlad. lib. 2. cap. 12.

2 Ley unic. Cod. ut causæ post pubertatem. Baez. de decim. cap. 2. num. 133.

3 Ley Ita autem. §. fin. ff. de administrat. tutor.

4 Ley Creditor. §. ultim. ff. de appellat.

5 Dicha ley Ita autem. §. Si tutor. et ibi DD. Gutierr. de tutel. part. 2. cap. 19. num. 1 al 16. y num. 19 y 20.

6 Ley Si tutor post pubertatem. 13. ff. de tutel. et ration. distrahend. Gutierr. dicho cap. 19. num. 12.

7 Ley Lucius. §. Paulus. ff. de administrat. tutor. Gutierr. cap. 19. cit. num. 2.

8 Ley Si quis tutor. ff. quando appellandum sit. Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 1. num. 21.

9 Ley 2. tit. 17. Part. 6.

su ausencia, pues restituidos á su patria, se les debe entregar el menor con sus bienes, y hasta que pase un año, contado desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra tutela, sino la quieren; y los jueces, mientras ejercen la judicatura; á todos los cuales se exime del cargo referido, si se verifica la excusa antes de aceptarlo, mas no despues de aceptado; los maestros públicos de gramática, retórica, filosofia, teología, jurisprudencia ú otra facultad, que se hallen en actual ejercicio en su patria ó fuera de ella; y los caballeros ó soldados que estan sirviendo al Rey (1). Por *impotencia* se puede excusar igualmente el que tiene tres tutelas; pero esta excepcion ó excusa no aprovecha al padre para no admitir la de su hijo (2), y asi aunque tenga las tres, puede ser compelido á su admision, ni al que tiene dos tutelas y una curaduría de bienes juntamente, le puede eximir de la cuarta tutela ó curaduría (3); el muy pobre que ha de vivir precisamente de su personal trabajo; el enfermo habitual; el que no sabe leer ni escribir; y el mayor de setenta años. Y por *honestidad* se puede excusar el que movió pleito al padre del huérfano sobre servidumbre, ó al contrario; el que tiene que demandar á este sobre su herencia ó parte de ella; el que tuvo enemistad con su padre, si no se hallan reconciliados (4); y el marido, pues este por el motivo que da la ley 3. tit. 17. Part. 6. no debe ser nombrado guardador de los bienes de su muger menor, antes si pedir al juez la provea de otro que no sea sospechoso, porque el menor no se constituye mayor por el matrimonio, para libertarse de tener curador (5), ni para dejar de gozar del beneficio de restitucion, si es perjudicado; bien que en el dia, según se ha dicho, puede el marido á los diez y ocho años cumplidos administrar sus bienes y los de su muger, sin necesitar para ello habilitacion ó venia de la Cámara (6); lo que no podrá hacer siendo soltero, porque necesita tener veinte el varon, y diez y ocho la hembra, y obtener la habilitacion, precediendo los requisitos necesarios, como se dirá en su lugar. Debe excusarse de la curaduría el que despues de contraido matrimonio es dado por curador de su nuera, á fin de

1 Leyes 2 y 3. tit. 17. Part. 6.

2 Ley Amicissimos. §. Lucius. ff. de excusat. tutor.

3 Ley 1. Cod. qui honore tutelæ se excusant. Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 17. num. 10.

4 Ley 2. tit. 17. Part. 6.

5 Parlad. lib. 4. Ber. cap. 12. Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 2. Rodrig. Snar. en la 9. tit. 11. lib. 4. del Fuero. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 20. num. 34.

6 Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

evitar incurrir en infamia, si administra mal, y es condenado por esto en juicio (1) (\*).

7. Para que unos y otros sean relevados, y no compelidos á aceptar el oficio y cargo de tutores y curadores, deben antes de su aceptacion patentizar su excusa al juez en donde estuviere hecho el nombramiento, y pedirle que dé otro tutor ó curador al menor, lo cual han de practicar dentro de cincuenta dias siguientes al en que tuvieron noticia judicial de él, si no dista mas de cien millas del pueblo en que residen ( tres de las cuales hacen una legua (2) (\*\*), y por consiguiente las cien componen treinta y tres y un tercio), y excediendo de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de ellos. El expediente acerca de la admision de excusa se debe terminar dentro de cuatro meses contados desde el dia en que se principió el término, y sustanciarse con el curador que se nombre al menor, para que no alegue indefension. El que se sintiere agraviado de la declaracion del juez, puede interponer apelacion en la forma ordinaria. No excusándose dentro de dicho término, es visto haber aceptado el cargo (3). Débese por tanto advertir: 1.º que si el tutor ó curador administra ó consiente que se le confirme la tutela ó curaduría, ninguna excusa le sirve para dejar de ejercerla, excepto que se haga contra su voluntad la confirmacion (4); 2.º que para eximirse del cargo, tampoco aprovecha la de no hallar quien le fie, á menos que con ella concurren circunstancias que lo acrediten (5); 3.º que aunque el recién casado se excuse de su aceptacion pretextando que dentro del año nupcial le liberta de él una ley del antiguo Testamento (6), no se le debe admitir esta excusa, por-

1 Ley Licet. 17. Cod. de excusat. tutor. Gutierr. dict. cap. 20. num. 31. part. 1.

\* Como es regular é indispensable que para la remocion y admision de las excusas de los tutores haya conocimiento de causa, se ha de confesar que al juez incumbe discernir si el caso propuesto es absolutamente de ley, reflexionando quanto resulte del proceso, de conformidad que su determinacion, confirmada por la Superioridad, será firme.

2 Ley 4. tit. 17. Part. 6. Gregor. Lop. en ella, glos. 1.

\*\* Real orden de 20 de enero de 1801, circulada en 29 de febrero del mismo año. »Para que la legua corresponda próxima-

mente á lo que en toda España se ha llamado y llama legua, que es el camino que regularmente se anda en una hora, será dicha legua de veinte mil pies, la que se usará en todos los casos en que se trate de ella, sea en caminos reales, en los tribunales, y fuera de ellos. El pie es el tercio de la vara, y se divide en diez y seis dedos.

3 Ley 4. tit. 17. Part. 6. Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 21. num. 33 y 34.

4 Ley Cajus. ff. de excusat. tutor. Gutierr. dicho cap. 21. num. 35.

5 Gutierr. cap. 21. cit. num. 36.

6 Deuteronom. cap. 24.

que los preceptos judiciales y ceremoniales de la Ley escrita, que no son relativos á la moral, estan abolidos por la de Gracia, y no tienen actualmente fuerza de leyes; y así esto se observará solamente en donde estuviere recibido por costumbre inconcusa (1). Y 4.º que el tutor testamentario que recusa la tutela, pierde el legado y lo demas que el testador le dejó, cuando se conoce que lo hizo porque la admitiese, mas no si aparece que no fue hecho con este motivo, y que por consecuencia no es inherente al cargo de tal (2).

1 Cap. fin. distinct. 6. Parlad. differ. 5. num. 1 y 2. y differ. 99. num. ultim.

T. I.

2 Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 22.

## CAPITULO QUINTO.

*De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion.*

- §. 1. Los tutores y curadores cumpliendo como deben, pueden percibir por sí propios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de los menores.
2. No corresponde décima al tutor ni curador del Rey y otras personas poderosas que tienen rentas pingües, como tampoco á otros que se designan.
3. La décima se entiende de los frutos de todos los bienes, ya existan en los dominios donde les está concedida, ya en territorio donde segun las leyes allí vigentes es gratuita la administracion.
4. La décima se entiende así de los frutos naturales como de los industriales y civiles.
5. No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor.
6. Si estando maduros en el campo los frutos, acabase la tutela ó curaduría, pueden el tutor y curador pro-
- hibir al menor que se los lleve sin intervencion suya, por la parte que en ellos les corresponde.
7. De la décima no deben deducirse los gastos que el tutor ó curador haga en la administracion de los bienes del menor.
8. De las tierras y demas fincas que producen los frutos naturales han de rebajarse los gastos de su cultivo, diezmos y otros indispensables: y del residuo ha de sacarse la décima.
9. Para la computacion de la décima no han de bajarse las cargas anuales con que estan gravados los bienes del menor.
- Escrituras correspondientes á este titulo.*
- 1.<sup>a</sup> Forma de extender los autos de tutela y curaduría.
- 2.<sup>a</sup> Notificacion, aceptacion y juramento del curador.
- 3.<sup>a</sup> Discernimiento de la tutela y curaduría.

1. Segun nuestras leyes los tutores y curadores mientras cumplan como deben, pueden percibir y tomar por sí propios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de sus menores, durante el oficio, y los que recojan ó hayan percibido cuando espire (1). No solo pueden llevarla la madre, hermanos

1 Ley *Qui fundum*. §. *Si tutor*. ff. de *usucap.* Leyes 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.

Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 14. num. 18 y sig. Baez. de *decim. tutor.* cap. 1. Parlad. *different.* 130. §. 11. num. 8.

y demas consanguíneos del pupilo ó púbero, y los extraños, sino tambien su madre, cuando es su tutor y administra bienes de él, de los que no le concede su usufructo el derecho, porque está obligado á recibir su tutela, aunque tenga otras tres, segun dejo expuesto en el párrafo 6. cap. 4., á sufrir todas las demas cargas que los otros tutores, y asimismo á hacer inventario y dar cuenta como estos; aunque no lo está cuando es su administrador legítimo por derecho y efecto de la patria potestad, pues en este caso hace suyo el usufructo de sus bienes adventicios, por cuyas razones no debe ser de peor condicion que ellos (1), sin embargo de las que expone Baeza (2) para excluirle de su percibo, y que solo deberán tener lugar cuando todos los frutos son necesarios ó no alcanzan para alimentar á su hijo. Esta décima se debe á los tutores y curadores desde el dia en que saben que estan nombrados, siéndolo puramente, y si lo son con condicion, desde el en que esta se verifica, con tal que administren fielmente, y no de otra suerte (3). Tambien deben llevarla el curador del púbero capaz, porque versa identidad de razon que en el tutor; el del loco, fatuo ó mentecato y pródigo declarado; el del póstumo, cuyos bienes administró antes y despues de nacer (4); y el hijo nombrado curador de su padre ó madre furiosos (5); porque tienen el propio trabajo, y estan obligados á dar cuentas, aunque este último no tan estrechas como los demas.

2. No corresponde décima al tutor ni curador del Rey, Magnates y otras personas poderosas que tienen rentas pingües; ni al curador de bienes del ausente, cautivo ni difunto, porque se equipara al procurador, al cual no se debe; y así á todos estos se asigna un salario moderado y proporcionado á su trabajo (6); ni al curador de cierta cosa, porque la ley habla del universal que está obligado á cuidar de la persona y bienes del menor, á hacer inventario de ellos y practicar otros actos útiles á este, á los que no lo está aquel; ni al que ignorando la tutela, administra solamente como amigo, pues se le deberán abonar las expen-

1 Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 4. num. 1 al 8.

2 Baez. de *decim. tutor.* cap. 4. num. 10 y sig.

3 Gutierr. part. 3. dicha, cap. 42. num. 2. Baez. de *decim.* cap. 13 y 33. num. 7 al 13.

4 Escobar. de *ratiocin.* cap. 28. num. 4 al 9. num. 15 al 18. y num. 29 al 36. Gutierr. part. 3. y cap. 3. num. 9 y sig. y cap.

17. num. 16. Baez. de *decim.* cap. 3, 4 y 5. y cap. 16. num. 27 al 39.

5 Baez. cap. 4. dicho, num. 31 y sig. Gutierr. part. 3. cap. 4. num. 9 al 11.

6 Lara *Compendium vitæ homin.* cap. 16. num. 20. y cap. 19. num. 74. Gutierr. part. 3. de *tutel.* cap. 11, 17 y 21. Baez. ibi cap. 10. num. 9 al fin. y cap. 6. num. 1 al 26. Escobar. ibi num. 37 y 38.

sas útiles, y un salario moderado á arbitrio del juez, ni tampoco al que lo es para pleitos, porque no administra; bien que al de los bienes sitos en algun pueblo, se le deberá de los frutos de ellos, porque en esta parte es contutor (1). En cuanto á si se debe ó no al tutor putativo, al honorario y al que no administra, véanse los autores que cito (2).

3. Los tutores y curadores para administrar no solo deben percibir la décima de los frutos de los bienes que su menor posee en los dominios en donde les está concedida, sino tambien de los que tienen en otros, en los que segun las leyes es gratuita su administracion, y nada les compete por esta; y la razon es porque cuidan y deben dar cuenta de los unos del mismo modo que de los otros; puede extender sus efectos la costumbre de aqui por razon de la persona del menor á cualquiera parte en que esten sitos; y la ley habla general é indistintamente, y se dirige á la cosa ó finca: y cuando el estatuto es real, comprende las mismas sin diferencia de situacion (3). Lo cual procede, ya los fundos patrimoniales den fruto una vez solamente al año, ó dos ó mas, pues de todos pueden exigir por si propios la décima, porque la ley no la limita á un fruto anual, y la misma razon milita para percibir la del segundo, que para la del primero, y asi en todo debe obrar su concesion (4); y procede en tanto grado, que ya los nombre ó no el testador, no puede prohibirles que la perciban, ni gravarles en ella: lo primero, porque el hombre no puede quitar el beneficio concedido por la ley ó costumbre (5); y lo segundo, porque á nadie se debe privar del derecho que le compete, sin que preste su beneplácito y consentimiento (6), ni obligar á que trabaje sin premio ó recompensa, siendo digno de él (7); con la advertencia de que aunque sean muchos los tutores ó curadores, no deben llevar mas que una décima, la cual se ha de repartir entre todos á proporcion de su trabajo, ó segun se convengan (8).

4. No se limita la décima referida á los frutos naturales pro-

1 Gutierr. part. 3. dicha, cap. 18. Escobar. cap. 26. cit. num. 14, 24, 25 y 41. Baez. cap. 17. ex num. 5.

2 Baez. de decim. cap. 6. num. 12 y 13. Escobar. de ratiocin. cap. 28. Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 6, 8 y 13.

3 Ley Rescripto. al fin. ff. de munerib. et honorib. Baez. de decim. cap. 34. num. 7 al 9. Gutierr. part. 3. cap. 44. num. 1 al 3. de tutel.

4 Baez. ibi cap. 30. num. 7 al 14. Gu-

tierr. dicha part. 3. cap. 38.

5 Authent. de nupt. cap. Si autem. 33 al fin. collat. 4.

6 Ley 13. tit. 33. Part. 7. ley In quod nostrum. ff. de regul. jur. Gutierr. part. 3. cap. 5. num. 59. Baez. ibi cap. 5. num. 47.

7 Luc. cap. 10. Deuteronom. cap. 25. Apost. 1 ad corinth.

8 Gutierr. dicha part. 3. cap. 16. num. 4. al 14.

ducidos y percibidos por el tutor y curador, mientras subsisten la tutela y curaduría, sino que se amplía á los industriales y civiles, que son réditos, pensiones é intereses de acciones, giro, comercio y negociacion de cualquiera clase que sean. Cuando los frutos que produzcan los bienes del menor apenas alcancen ó no basten para la manutencion de este, no se deberá décima al tutor, segun Gutierrez en el tratado de tutel. part. 3. cap. 12., aunque Baeza en el lugar citado defiende lo contrario.

5. No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor (y por tales se entienden no solo los raices, semovientes y muebles, sino los frutos cogidos y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del testador, y las deudas, derechos y acciones que tenga á su favor, todos los cuales se deben inventariar en este concepto), porque de ellos no se la concede la ley, sino de los frutos posteriores que cogió y cobró, pues de los réditos y pensiones que no cobró, no se le debe, aunque esten vencidas cuando espira la tutela, porque en la produccion y cobranza de ellas no puso trabajo; y la consignacion que la ley le hace, es por remuneracion y con atencion á esta: ni de los partos de las siervas, porque estos no son frutos sino aumento de su patrimonio, y solo se llaman frutos los que renacen y son aptos para alimentar al hombre, ya sea por su naturaleza, ó empleándolos en algun uso, como el dinero que produce utilidad traficando con él (1), y ademas de esto, porque siendo como es el hombre criatura hecha á imagen y semejanza del Criador (2), seria oprobio el incluirlo y contarle en el número de los brutos (3); ni del aumento que sobreviene á los predios del menor, porque no es fruto, y porque los tutores y curadores no son mas que unos administradores, y la décima se les debe no como verdaderos usufructuarios y por título lucrativo, sino como acreedores por el oneroso, que es su trabajo; y asi la percibirán solamente de los frutos del aumento. Lo propio milita respecto del tesoro que se halla en la casa ó fundo del menor, porque es aumento de su patrimonio, al modo que lo es de la dote, y no fruto dotal el que se halla en la casa ó predio de la muger casada, por lo que no lo hace suyo su marido. Tampoco ha de percibir décima de lo que se dona al menor, porque no es fruto: ni de lo que este gana con su arte, oficio ó industria, que tampoco

1 Ley In peculium, y ley Itaque. fin. ff. de usur. Baez. ibi cap. 23. num. 4, 7 y 9 al 25. y cap. 24. num. 9 y 10. Gutierr. di-

cho cap. 20. per tot.

2 Ley Justissime. ff. de edilit. act.

3 Ley 23. tit. 34. Part. 3.

lo es, sino trabajo personal suyo (1): ni de los réditos ilícitos (2); ni de los frutos del beneficio ó capellanía eclesiástica que goza (3); bien que en cuanto á estos si el padre del menor dejó locado el beneficio, podrá el tutor exigir la décima de los frutos que de él recoja (4). Tampoco llevarán la décima íntegra de los frutos maduros, y pensiones pendientes y vencidas cuando empieza la tutela ó curaduría, porque no son frutos, sino parte íntegral de las fincas que los producen; pero percibirán á prorrata segun su trabajo; porque aunque se llaman y parece son parte de ellas, esto se entiende hablando impropriamente. Lo mismo procede con los frutos naturales que estaban pendientes y mostrados al tiempo que la tutela ó curaduría (5) espiraron, si aquellos se cogieron despues de acabada, y solo se prorataará segun su trabajo, deducidas todas las expensas, incluidas las de recoleccion, porque por este algun premio merecen, y es justo dárselo; y el mismo prorateo se hará cuando mueren antes que cumpla ó espire el año, por no ser razonable que despues de haber administrado, y sido responsables con sus herederos y fiadores á las resaltas de la tutela y curaduría, se quede sin remuneracion su trabajo, por el mero y accidental acaso de acabarse la tutela ó morir antes que coger dichos frutos; y con las utilidades que produzca la industria, v. gr. una ferrería, pues si el hierro está en perfecta disposicion de venderse cuando espira la tutela ó curaduría, se les deberá la décima íntegra de lo liquido de su valor, bajados previamente los gastos de compra de la vena, carbon, jornales de operarios, y demas cosas sin las que no se puede hacer el hierro, porque el importe de todas es fondo ó caudal del menor, del que corresponde; y si no está en perfecta disposicion, se hará un prorateo prudencial y equitativo, atendido el trabajo puesto. En cuanto á si de las canteras y minerales de donde se extraen piedras y metales; de los ejemplares que se sacan de los protocolos; de los bosques de donde se cortan árboles, y de otras cosas que no renacen por su naturaleza, deberán ó no percibir décima los tutores y curadores, véanse los autores que cito (6).

6. Si estando maduros en el campo y separados ó no del

1 Baez. de decim. cap. 24. num. 4 al 11. y num. 18 hasta el fin. Gutierr. part. 3. de tutel. cap. 25 y 30.

2 Gutierr. ibi cap. 31.

3 Baez. dicho cap. 24. num. 1 al 3. Gutierr. cap. 32.

4 Parlad. dif. 130. §. 11. num. 5 y 6.

5 Covarr. lib. 1. Var. cap. 15. num. 1. Escobar. de ratiocin. cap. 3. num. 22 al 26. Gutierr. dicha part. 3. cap. 36. num. 23 y fin. y cap. 41.

6 Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 25 y 27. Baez. de decim. cap. 25.

suelo los frutos espirare la tutela, puede el tutor prohibir al menor ó al curador de este, que los lleven y se cojan sin su intervencion (1), pues el que tiene parte en el fruto por razon de décima, parece tenerla en el fundo ó cosa que lo produce. Y si el menor, ya mayor, no quiere darla á su curador, puede este retener los bienes que tenga de aquel hasta que se la pague (2). Advierto lo primero, que si el tutor y curador son acreedores del menor por alguna cantidad, pueden reintegrarse de ella por sí mismos en dinero ó en bienes muebles (3); pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles, ha de ser observando las solemnidades que en la venta de los de menores se requieren, y de otra suerte no valdrá (4), porque la dacion en pago se estima por venta, y se subroga en su lugar (5). Y lo segundo, que la décima se ha de pagar en los mismos frutos, pues no basta ofrecer su estimacion, si existen (6), y no sacarse precisamente de cada cosa, sino á arbitrio de buen varon, atendiendo á su cualidad y á si admite ó no division cómoda, de modo que sea de bueno, malo y mediano; pues cuando por disposicion del hombre ó de la ley se debe alguna cuota, se ha de deducir en los términos expresados (7).

7. De la décima referida no se deben deducir las expensas ó gastos que el tutor y curador hagan en la administracion de los bienes de su menor, porque de deducirse ó compensarse con ella las pagarian de su propio trabajo, y no la percibirian íntegra; lo que no manda ninguna ley, antes bien la del Fuero Juzgo citada, prosiguiendo dice: *E si algunas despensas ficier por los negocios de lo so por los hermanos, mostrelo ante el juez, é cobrelo de lo de sos hermanos comonalmente*: lo cual se entiende, aunque por ser labradores cultiven con sus manos y por su cuenta las fincas ó predios tutelares, pues pueden cobrar y deducir su trabajo por el cultivo, porque una cosa es labrarlas por sí, y otra muy diversa administrarlas: la décima se les concede por su administracion, y no por las labores del cultivo, por el que cualquiera les pagaria las que hiciese en las suyas (8); y los frutos se entienden de lo que sobra, deducidos previamen-

1 Ley 2. Cod. quando et quibus quarta pars debeat.

2 Ley 1. §. Præterea, ff. de contrar. et utili action. tut. Baez. cap. 31. de decim. Gutierr. part. 3. dicho cap. 39.

3 Ley Quoties. §. Sicut, ff. de administrat. tutor.

4 Ley Magis puto. ff. de rebus eor. ley Si prædium. Cod. de præliis minor.

5 Ley Si prædium. Cod. de eviction.

6 Baez. de decim. cap. 32. num. 2 al 16. Gutierr. part. 3. de tutel. cap. 40. num. 3.

7 Dicha ley 2. Cod. quando et quibus quarta pars. Gutierr. cap. 40. cit. num. fin. Baez. dicho cap. 32. num. 7. Escobar. de ratiocin. cap. 30. num. 1 al 7.

8 Baez. dicho cap. 21. num. 15 al 25. y cap. 29. num. 1 al 6.

te los gastos (1). Pero no podrán cobrar, ni deducir las que hicieron en ir á aceptar la tutela fuera de su pueblo, porque son inherentes y anexas al mismo oficio, y las hacen por coaccion de la ley; ni de las que satisficieron al sugeto ó sugetos de quienes se valieron para la administracion, pues deben pagarles su trabajo de su décima, ó practicarle por sí; porque de lo contrario seria gravado injustamente con ellas el menor (2): ni tampoco los gastos de caballería y alimentos de sus personas hechos en ir lejos á cobrar las rentas ó evacuar otros negocios de su menor, porque tienen salario por ello, que es la décima, lo cual no sucederá al tutor, curador ni á otro administrador que no lo tenga señalado, pues estos pueden exigirlos (3).

8. De las tierras, viñas, olivares, huertas y demas fincas que se labran y cultivan de cuenta del menor, y que dan los frutos que se llaman naturales, se deben bajar los gastos del cultivo, como siembra, cava, poda, recoleccion y demas regulares, hechos cada uno segun la costumbre del pueblo, y tambien el diezmo que se paga á Dios; y de los ganados el costo de criarlos y mantenerlos, incluso el salario de los pastores (porque todos estos gastos son capital del menor); y del residuo que es el fruto, ha de sacar el tutor una décima parte para sí, y las nueve restantes para el menor. En las casas y otros edificios se han de bajar los reparos menores indispensables para su habitacion y pago de alquileres y rentas, sin cuyos reparos no habria quien las alquilase ni habitase; pues todo se llama y es fruto, lucro y utilidad lo que queda deducidos los gastos, y de esto es de lo que la ley le concede la décima (4); y haciendo de este modo la deduccion, contribuyen ambos á prorata, como que el uno pone el capital y el otro su trabajo. En los artefactos industriales, como la ferreteria, que en el párrafo 5.º puse por ejemplo, se han de bajar los gastos de compra de primeras materias, jornales de operarios, conduccion y demas cosas necesarias, sin las que no puede conseguirse ni verificarse lo que se intenta, porque todo esto es caudal del menor, ó de quien por él lo haya suplido, y no fruto ni producto. Si para continuar, sostener ó aumentar el tráfico, comercio ó industria; buscó dinero el tutor, se ha de deducir

1 Ley *Fructus*. ff. *solut. matrim.* ley 1. *Cod. de fruct. et litis. expens.* y ley *Quod in fructus*. 46. ff. *de usur.* Gutierr. part. 3. dicha, cap. 37. num. 2 al 4.

2 Ley *Nesennius*. ff. *de negot. gest.* Baez. dicho cap. 21. num. 26 y 27.

3 Ley 1. §. *Si pupillis*, y §. *Item*.

*sumptus*. ff. *de tutel. et rationib.* Parlad. *differ.* 130. §. 11. num. final. Garcia de *expens.* cap. 20. num. 15. Gutierr. part. 3. dicha, cap. 2. num. ult.

4 Ley *Si a parte*. §. *penult.* ff. *de hereditat. petit.* Gutierr. dicha part. 3. cap. 37.

ante todas cosas como caudal ageno, y tambien los intereses pagados y que se deban de él, segun lo pactado con su dueño; porque este dinero contribuyó al mayor lucro y utilidad del tráfico ó negocio, o por lo menos á su conservacion; y de no deducirse antes resultaria que el tutor se utilizaba del caudal que no era de su menor, y que este pagaba no solo la décima sino los intereses integros, en lo que se le irrogaba detrimento: lo propio milita cuando el tutor acredita que lo suplió y fue necesario, y que no se hallaba reintegrado, porque ninguna ley le obliga á suplirlo. No se han de bajar los gastos hechos en los reparos mayores de las casas y demas edificios (cuya regulacion de si son mayores ó menores queda á arbitrio del juez (1), atendidos su importe, los fines de su ejecucion, y el estilo y costumbre del pais), porque aunque se debe ejecutar de sus alquileres y productos, se dirigen principalmente dichos gastos de reparos á la duracion y utilidad de los edificios y de su dueño (2); y de practicarse esta deduccion se seguia que el tutor ó curador contribuía con su trabajo y pérdida de lo que merecia por él, á las mejoras é incremento de los bienes de su menor, á las que no está obligado, sino solo á su conservacion.

9. Por lo respectivo á si se han de bajar tambien ó no las cargas anuales con que los bienes del menor estan gravados, discordan los autores. Unos dicen que si (3), fundándose en que el importe de ellas es cosa agena, y la décima se ha de exigir de lo líquido de los frutos que, pagadas, percibe y hace suyo el menor para sus alimentos, porque esto es lo que aprovecha de ellos, de los que y no de los demas se la concede la ley. Pero sin embargo la opinion contraria es la corriente, y la que he visto practicar siempre: lo primero, porque ninguna ley dice que para entenderse frutos, y serlo, se han de deducir las cargas, sino los gastos (4); y la del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos, sin hablar de cargas. Lo segundo, porque las cargas de las fincas y los gastos de los frutos se diferencian mucho, y no debe sacarse consecuencia de unas cosas para otras diversas y separadas (5). Lo tercero; porque el tutor res-

1 Garcia de *expens.* cap. 11. num. 16. y cap. 20. num. 23. Gutierr. dicha part. 3. ca. 1. num. 157. Baez. cap. 21. cit. num. 28.

2 Gutierr. dicho cap. 37. num. 6. Menoch. cons. 64. num. 32. lib. 1. Paris cons. 94. num. 25. lib. 2.

3 1.

3 Baez. de *decima tutor.* cap. 27. num. 9 y sig. y Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 34.

4 Ley *Quod in fructibus*. ff. *de usur.*  
5 Ley final. ff. *de calumn.* y cap. 2. de *translat. praelat.*

pecto de la décima se asemeja al usufructuario, el cual percibe integramente los frutos de la finca sin deducción de cargas, porque no le toca su solución, sino al dueño (1). Lo cuarto, porque no solo trabaja para recoger los frutos líquidos que ha de percibir el menor, sino aquellos de que se han de pagar las cargas, y tiene este mayor trabajo, y el de satisfacerlas; y sería injusto que después de aumentársele este, se le minorase el premio; pues las cosas que sirven para el aumento no deben ser causa del decremento (2). Lo quinto, porque por su trabajo se estima como acreedor: es así que cuando hay bienes suficientes del deudor para pagar á todos sus acreedores, no se disminuye el rédito del uno por el del otro: luego tampoco debe disminuirse la décima. Lo sexto, porque si el menor fuera mayor, y administrara, tendría el trabajo de la administración, y las pagaría como obligarlo por ser inseparables de los mismos bienes mientras no se liberten: y pues no lo tiene, antes bien el tutor trabaja por él, y merece compensación por el suyo, debe satisfacerlas, y á este su décima, que es lo que por él le señala la ley. Lo mismo procede con los gastos de pleitos, derechos de cartas de pago y otros semejantes, que son indispensables para defender su hacienda, exacción y cobranza de sus rentas y productos, como lo he visto declarado en juicio. Lo cual se limita cuando el menor tiene que pagar cada año alguna cuota de los mismos frutos (3): pues en este caso se deducirá la cuota antes que la décima del tutor, porque no es del menor. Lo que queda explicado acerca del premio de los tutores y curadores, y deducción de gastos, milita para con los administradores, á quienes por no estar asignado salario, se abona la décima de lo que cobran, pues se gobiernan por las mismas reglas, á falta de ley especial que de ellos trate, no obstante no tener mas que el trabajo de administrar, ni por consiguiente igual responsabilidad y cuidado de persona alguna; excepto que en la asignación de la décima, ó en el poder, se le conceda facultad específica para exigirla de todo lo que cobren y produzcan los bienes, pues en este caso nada tendrán que bajar para su deducción, y todas las expensas mayores y menores serán de cuenta del dueño, porque así lo quiere (4).

1 Ley Qui concubinam. §. Qui artes, ff. de legatis. 3.

2 Clementin. Exivi de Paradis.

3 Escobar. de ratiocin. cap. 30. num. 20.

4 Sobre todo lo explicado véase á Baeza de decima tutori jure hispanico prestanta, á Gutierr. de tutel. part. 3. y á Escobar. de ratiocin. cap. 27 hasta el 30, ambos inclusos.

Escrituras.

1.<sup>a</sup> FORMA DE EXTENDER LOS AUTOS DE TUTELA Y CURADURÍA DE BIENES. PEDIMENTO.

María Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fue de esta villa, ante Vm., como mas haya lugar, digo: que el expresado mi marido falleció tal dia, bajo del testamento que otorgó ante F., escribano Real, en el que instituyó por sus herederos á José y Antonio Alvarez, nuestros hijos, procreados en nuestro matrimonio, que se hallan en la edad pupilar, y por una de sus cláusulas me nombró por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, según se acredita del testimonio que presento: en cuya atención, á Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de la cláusula en él inserta, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la expresada relevación, y mandar se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues es justicia que pido, y para ello &c. = María Fernandez.

AUTO.

Por presentado el testimonio que se refiere, y por lo que de él resulta, se aprueba el nombramiento con relevación de fianza hecho por Antonio Alvarez en esta parte de tutora y curadora de los bienes de José y Antonio Alvarez, menores, hijos de ambos: notifíquese la, acepte, jure y se obligue, y hecho se traiga para discenir el cargo. El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó, á tantos &c.

2.<sup>a</sup> NOTIFICACION, ACEPTACION, JURAMENTO Y OBLIGACION DE LA CURADORA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice notorio el auto anterior á María Fernandez en él contenida en su persona, y enterada, dijo: acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez sus hijos, menores, procreados en su matrimonio con Antonio Alvarez su difunto marido; y bajo del juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usarlo bien y fielmente, y á que cuidará, educará y enseñará á

dichos sus hijos, y administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos y precios que les sean mas útiles y ventajosos, y los defenderá en todos los pleitos que se les muevan ó necesiten promover con cualesquiera personas y comunidades eclesiasticas y seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion y acierto tomará parecer y consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele, á fin de que ningún daño se irrogue á los menores ni á sus bienes por su culpa, omision ó negligencia: tendrá libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande: y hará todo lo demas á que un buen tutor y curador de bienes está obligado, y lo mismo que los menores practicarían por sí mismos, si tuvieran la edad competente para gobernarse: á todo lo cual se obliga con sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, da amplio poder al señor Corregidor, que es y fuere de esta villa, y á los demas señores Jueces que de esta causa deban conocer conforme á derecho, para que á todo la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, renuncia las leyes y fueros de su favor; y así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

*Nota.* Si el tutor ó curador de bienes fuese electo de oficio del juez, ó el curador propuesto por los menores púberos, debe afianzar á satisfaccion del mismo juez. De las fianzas que presenta el tutor ó curador, conviene dar traslado al curador *ad litem*, si lo hay, para que oyéndolo el juez, las apruebe, y no quede en descubierto el escribano; pues de recibirlas este sin preceder dicho requisito, puede quedar responsable, porque es visto recibirlas por su cuenta y riesgo; y de practicarse lo expuesto, lo quedan el juez y el curador para pleitos, bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al juez; pero lo que abunda no daña. Prevengo lo primero, que las fianzas se han de proponer por pedimento, y obligarse el fiador en la aceptacion y juramento, ó en instrumento separado. Y lo segundo, que en la obligacion anterior no puse renunciacion de las leyes del Emperador Justiniano, Senadoconsulto Veleyano, Toro, Madrid, Partida y otras, que los escribanos ignorantes ponen en todos los contratos de mugeres indistintamente, porque no vienen al caso ni favorecen á la muger libre y capaz que por sí misma se gobierna, y constituye la obligacion por su hecho pro-

pio como principal, siéndolo realmente, lo cual advierto al escribano para que no incurra en errores, como hasta ahora lo han hecho todos.

### 3.<sup>a</sup> DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA Y CURADURIA DE BIENES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., corregidor &c., habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: discernia y discierne á Maria Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez, menores, sus hijos, y la confiere amplio poder para que mientras subsista viuda, los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con maestros que lo practiquen en lo que por sí no pueda instruirlos: administre sus bienes, arrendando los raices á las personas por los tiempos, precios y con los pactos que estipulare y sean mas útiles y cómodos á los referidos menores; y fenecidos unos arrendamientos, haga otros de nuevo, conservando á los inquilinos y colonos, ó despojándolos siempre que haya causa legal para ello; y formalice las escrituras de arrendamiento y su prorogacion con las cláusulas y estabildades congruentes. Para que pida y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, las que estando arregladas, consienta y apruebe, y si contuvieren agravios; los exponga y aclare hasta que queden sin el mas leve. Para que perciba y cobre de su Magestad (que Dios guarde) y de sus tesoreros y demas personas, todas las cantidades de maravedis, granos, aceites, vino, lana, seda y otras especies y semillas que toquen á los menores, y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos, y por otra cualquier causa, motivo ó razon, sin reservacion ni limitacion, aunque aqui no se exprese; y de lo que percibiere y cobrare, formalice á favor de ellos recibos, cartas de pago y demas resguardos que les convengan, y lastos á los que pagaren por otros, como sus fiadores ó mancomunados. Para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenezcan á los menores, percibiendo sus capitales, y volviéndolos á imponer sobre fincas libres productivas, seguras y saneadas, de modo que no perezcan. Para que defienda á los expresados menores y á sus bienes en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengan, y en lo sucesi-

vo se les ofrezcan con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo autores ó demandados, á cuyo fin comparezcan en juicio, y presente pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, pidiendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, y presentando alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, de letras y de firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas, y reconocimientos que se ofrezcan: forme artículos, é introduzca recursos, los que prosiga ó se aparte de su prosecucion: decline jurisdiccion de los jueces incompetentes: acuse rebeldias: pretenda y goce, ó renuncie términos y prorogaciones de ellos: redarguya de falsos, civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los coligantes; tache y contradiga todo lo que por estos se presentare, dijere y alegare: concluya, oiga actos y sentencias interlocutorias y definitivas; consienta las favorables, y apele y suplique de las gravosas y perjudiciales: gane Reales provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan: y últimamente haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente quanto solicite á beneficio de los enunciados menores, y ejecutoria con ejecucion de ella, y las que estos, si fueran mayores, practicarían por sí sin excepcion; y en lo que su consejo no baste, lo tomará de letrados y personas de ciencia y conciencia, que sepan dársele; y tendrá libro de cuenta y razon con cargo y data, para darla siempre que se le pida, pues para todo lo expresado y lo incidente y anejo le confiere el prenotado señor Corregidor el mas amplio y eficaz poder con libre, franca y general administracion, y facultad de que pueda sustituir por su cuenta y riesgo esta curaduría, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que por sí misma no pueda intervenir, revocar los sustitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere; y á todo quanto practique por sí ó por medio de sus apoderados y sustitutos en utilidad de los nominados sus hijos, interpone su Merced la autoridad de su oficio, quanto puede y há lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion, y manda que de este discernimiento se la den los testimonios que pida, y que es-

tos autos se protocolicen en los registros de mí el presente escribano, y lo firma, de que doy fe. =

*Nota.* El discernimiento de tutela ó curaduría de bienes, es un poder que el juez confiere al curador ó tutor, para gobernar y cuidar de las personas de los menores y sus bienes, y defenderles en juicio, y asi es mucho mas que el curador *ad litem*, que solo es para los pleitos, y habiendo curador de bienes, es superfluo el para pleitos, sino que sea en los casos en que aquel es interesado con el menor; v. gr. en la particion de bienes hereditarios, ó en los de cuentas de su encargo, y mala versacion de él, sino hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes, pues entonces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y coligante con este, y no puede hacer por él contra sí; pero para todo lo demas puede verificarlo y sustituir la curaduría, ó dar poder á quien en su nombre lo practique todo, sin necesidad de gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador para pleitos, excepto en los casos expresados, como dejo expuesto. Los autos de esta curaduría deben protocolarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son y pueden tener tracto sucesivo por los que en su virtud se formalicen, al modo que la curaduría para pleitos queda con ellos, por limitarse á lo judicial.

*Otra.* Si el menor posee algun oficio, v. gr. de escribano, procurador &c., que por su menor edad no puede ejercer, se ha de conceder facultad al tutor ó curador de bienes, para que durante ella nombre quien lo sirva; pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza patronatos eclesiásticos, y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion hasta que cumpla los siete años, y pasados para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe, pues la que haga sin este, no sirve porque en cumpliendo los siete años, puede hacerla por sí y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiosas y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin consentimiento, porque los tutores no se dan á los menores para los negocios espirituales y eclesiásticos, ni en esto dependen de ellos.

## TITULO V.

*De los oficios públicos, y de las renunciaciones de ellos.*

## CAPITULO PRIMERO.

*De los oficios públicos enagenables.*

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>§. 1. Los oficios públicos son de privativa regalía del Soberano.</p> <p>2. Cuando el Rey vende los oficios públicos, transfiere al comprador el dominio de ellos.</p> <p>3. Necesitándose para el desempeño de algun oficio público la correspondiente idoneidad, debe sacarse el título que la acredite en el sugeto.</p> <p>4. Debe pagarse además la media anata para ejercer el oficio.</p> <p>5. En los oficios públicos pueden distinguirse dos especies de dominio.</p> <p>6. Muerto el dueño de un oficio, no se divide este entre sus herederos en cuanto á su uso y ejercicio.</p> <p>7. Cuando el Rey da en administracion algunos de estos oficios, la merced se entiendo respecto de los emolumentos, mas no en cuanto á la facultad de ejercer.</p> | <p>8. Concediendo el Rey privilegio perpetuo, ó por juro de heredad, de algun oficio, cada sucesor es un administrador nuevo que necesita de nuevo título para administrar.</p> <p>9. Circunstancias que se requieren para que sea válida la renuncia de un oficio.</p> <p>10. Los oficios públicos no pueden vincularse sin expreso Real permiso.</p> <p>11. Si podrán pasar ante un mismo escribano las escrituras de renuncia, en caso de verificarse esta.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
- Escrituras correspondientes á este capítulo.*
- |                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1.<sup>a</sup> Nombramiento de teniente de regidor y alferes mayor.</p> <p>2.<sup>a</sup> Renuncia de oficio de escribano.</p> | <p style="text-align: center;"><i>Apéndice á este capítulo.</i></p> <p>Real cédula de 13 de noviembre de 1817, relativa á los oficios enagenados de la Corona.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

1. Los oficios públicos son de privativa regalía del Soberano, y le pertenecen en propiedad, pudiendo por consecuen-

cia disponer de ellos á su arbitrio (1). Son invendibles por su naturaleza, y están fuera de todo comercio; y solo las urgencias del Estado han motivado muchas veces su enagenacion, justificándose en tan imperiosas circunstancias la necesidad de este recurso, que lleva implícita la calidad de reversion, indemnizando al poseedor: de aquí es que en caso de duda se entiende que en tales enagenaciones se traspasa lo ménos que puede enagenarse, por ser materia de rigurosa interpretacion (2).

2. Cuando el Rey vende los oficios públicos, transfiere su dominio en el comprador (3); y este como subrogado en su derecho á virtud de la venta, puede venderlos, arrendarlos, cederlos, renunciarlos, hipotecarlos y usar de ellos libremente segun su magestad podia antes de enagenarlos, sin necesitar los arrendatarios ó sirvientes de los nuevos dueños mas título para ejercerlos que su nombramiento, á menos que en ellos se exprese otra cosa, al cual se podrá llamar Real título de su Magestad (4). No están obligados los dueños á conservar á los sirvientes en su administracion, ni estos á servir contra su voluntad, porque son como criados suyos; bien que en justicia se les ampara y mantiene en sus empleos, especialmente siendo honoríficos, con tal que no se pruebe una de tres causas, que son: mala versacion por culpa ó negligencia suya, inhabilidad, ó utilidad pública de su remocion. Finalmente no se necesita causa alguna para removerlos cuando el dueño quiere servir personalmente dichos oficios.

3. Cuando para desempeñar el oficio se necesita además de legalidad y buen proceder la correspondiente idoneidad en el

1 Ley 1. tit. 20. lib. 8. Rec. de Indias, y tit. 25. lib. 4. de la de Castilla.

2 Por Real cédula de 9 de noviembre de 1799 (ley 15. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.), mandándose observar en ejecución de las órdenes de 24 de junio de 1797, y 5 de setiembre de 1798, se previno que los dueños de oficios enagenados sirviesen con la tercera parte de su valor para las cajas de reduccion de vales. También tendrá lugar en los oficios donados por la Corona á manos muertas la Real cédula de 17 de diciembre de 1802, sobre los quindenios.

3 Ley *Vendite verores*. 41. Instit. de adquirir. rer. dom. Nogueroi. alleg. 14. num. 3.

4 En apoyo de esta doctrina cita Febrero las leyes 4 y 5. tit. 25. lib. 4. 18. tit. 3. lib. 7. y autos 49. tit. 19. lib. 2. y 6. tit. 5. lib. 3. de la antigua Rec. que son las leyes 1. tit. 6. 11. 15 y 19. tit. 15. y 11. tit. 21. lib. 7. de la Nov., en las cuales, le-

jos de decirse que baste el nombramiento del dueño para ejercer el oficio, se previene que haya de preceder al intento la aprobacion Real, y que el que lo contrario hiciere, pierda por el mismo hecho el salario ó quitacion que de dicho oficio le perteneciere. Lo que sin duda quiso decir Febrero es, que el sirviente, arrendatario ó sustituto no necesita un nuevo título de pertenencia, sino que basta el primordial del dueño; mas para ejercer el oficio es necesario confirmacion de la Cámara, como dice el mismo autor mas adelante; y así se salva toda contradiccion. Verdad es que en una de las leyes (la 19. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.) se previene que los corregidores puedan nombrar sus tenientes, y que les baste este nombramiento para ejercer sus oficios; pero es claro que aquí no se trata de oficios enagenados de la Corona, que es la cuestion presente.

sugeto nombrado, como sucede en el de escribano, debe hacerla constar al Príncipe, Ministro ó tribunal que tiene diputado para su examen, sacando título, que viene á ser una aprobacion de la suficiencia y aptitud del sugeto á cuyo favor se despacha, para que use del oficio, y sea reputado por oficial público en ejercicio, porque el mero nombramiento del dueño no asegura ni acredita la idoneidad del sirviente sino la propiedad y dominio del oficio (1). En suma, la institucion y colacion, por decirlo así, de todo oficio público, esté ó no enagenado, especialmente para el efecto de confiarse al nombrado la fe pública, revestirle del caracter de oficial público y dar la competente autorizacion á sus funciones, es una regalia suprema que nunca se entiende transferida á los particulares, quienes solo pueden adquirir el derecho de obtener, nombrar ó proponer. El examen de la idoneidad es consiguiente á esta regalia, sin cuya autorizacion faltaria en cada vacante la calidad pública al empleado y sus funciones.

4. Ademas ha de pagar el nombrado por una vez la media anata, que es el dos y medio por ciento del valor del oficio, y la tercera parte de utilidades y aprovechamientos, si los tiene, como cuando se concede por juro de heredad (2); á menos que el oficio esté relevado de esta carga, por haber sido creado antes del establecimiento de ella ó por gracia especial (3). Lo mismo habrá de pagar el dueño si quisiere ejercer el oficio, y de lo contrario no se le permitirá el ejercicio de sus funciones.

5. En los oficios públicos de cualquier clase que sean, pueden distinguirse dos dominios, uno en el precio y las utilidades, y otro en la facultad ó potestad de ejercer las funciones personales del oficio. El primero es de libre comercio; mas no el segundo: porque requiere habilidad ó industria, la cual no se hereda, sino la propiedad del oficio: así que cada oficial ha de tomar precisa é inmediatamente del Príncipe ó tribunal competente el título para servirlo; pues el derecho de percibir sus emolumentos no le viene del título para ejercer, sino del título para gozar las utilidades, que son diversos; pues que este consiste en la merced ó venta, y aquel en la suficiencia (4); de modo, que sino sacaren dicho título ó confirmacion de la Cá-

1 Leyes 15 y 19. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec. Cárden. de Luc. de reg. dis. 17.

2 Cap. 1. del reglam. de media anata.

3 Si los oficios hubieren sido creados antes del 22 de mayo de 1734, en que se estableció la media anata, no la pagan, y lo

mismo cuando se acredita tener privilegio para no satisfacerla. Escolano, Practica del Consejo, tom. 2. cap. 46. seccion. 5.

4 Cárden. de Luc. de regalib. disc. 1. num. 3. 2. num. 10. 7. num. 7 y 8. 12. num. 3. 13. num. 6. 16. num. 3. 17. num. 6.

mara, se les podrán secuestrar sus rentas hasta que le obtengan y paguen la media anata, si no estan relevados de su pago. Y por cuanto muchos dueños de oficios que no requieren idoneidad ni examen de ella, no obtienen título en su cabeza por no pagar la media anata, y pasan á venderlos; prevendrá el escribano al comprador, que no desembolse el precio hasta que obtenga y le entreguen dicho título; pues de lo contrario se expone á que no se le expida á su favor sin que pague todo lo atrasado de las precedentes sucesiones, quedando así gravado en todo ello.

6. Aunque muerto el dueño de un oficio se divide este entre sus herederos en cuanto á su valor y dominio, mas no en cuanto á su uso y ejercicio, porque como no pueden todos servirle, solo se expide el título al que de ellos es mas idóneo, representando el derecho de los demas; y si todos fueren ineptos por impedimento de edad, sexo ú otro, con su nombramiento ó con el de su tutor se despacha cédula interina de propiedad al que eligen y es apto para ejercerlos. En suma, el oficio es uno solo, aunque lo obtengan muchos sucesivamente, así como un beneficio ó una capellanía de sangre, que es una sola aunque en virtud del derecho á su colacion la tengan muchos sucesivamente.

7. Cuando el Rey da en administracion alguno de estos oficios, aunque haga merced al agraciado de sus rentas y emolumentos, la cual indican y manifiestan los títulos en aquellas palabras: *Por hacer bien y merced á vos F.*, mas no se extiende á su ejercicio, porque este mas bien es cargo que merced (1); y así la administracion por su naturaleza no pasa de la vida del cesionario, por entenderse que para aquella se ha atendido á la capacidad ó industria de la persona (2).

8. Concediendo el Rey privilegio perpetuo de algun oficio (que es una gracia ó merced llamada *por juro de heredad*) cada sucesor es un administrador nuevo, el cual necesita de nuevo título para administrar; porque, como dice Salgado (3), se considera un nuevo oficio, aun cuando se conceda á dos sucesivamente en el mismo privilegio; y nadie puede darle el título sino el Rey como dueño. Por consiguiente sin dicho título, y sin haber pagado la media anata, á menos que esté relevado de pagar-

1 Lesio de just. et jur. lib. 2. cap. 33. dub. 4. num. 25.

2 Cárden. de Luc. de regalib. disc. 5. num. 2 y 3. y de offic. venal. cap. 13. num.

1 Montan. de reg. offic. num. 1, 2 y 5.

3 Salg. Labyr. credit. part. 2. cap. 27. num. 76 y sig.

la (1), no se le permitirá ejercer el oficio. Tampoco podrá nombrar teniente sin expresa facultad (no obstante poder venderlos, arrendarlos y enagenarlos), á menos que se le hubiese dado aquella al tiempo de la concesion, para que con solo el título fuese admitido á su ejercicio, y no tuviese necesidad de confirmacion ni pagar media anata, como cuando lo concede su Magestad á un lugar ó comunidad, en cuyo caso no se le concede la administracion sino el oficio (2); pero aun entonces si este requiere industria ó idoneidad, debe el teniente sacar cédula de la Cámara; por cuya razon la secretaria de esta antes de expedirla se cerciora de dos cosas: la una de que el pretendiente (si es el concesionario) tiene á su favor la pertenencia (3), y si es su teniente que se halla con ella el que le nombró, haciéndole exhibir ó presentar el título original de ella, que se le devuelve luego; y la otra que es idoneo para ejercer el oficio, á cuyo fin toma informes secretos, ó precede examen de la habilidad y suficiencia del oficial (4).

9. Si la concesion por juro de heredad se hubiere hecho con la precisa y gravosa calidad de renunciarse, para que la renuncia sea válida ó eficaz, y el renunciante y renunciario no pierdan el oficio, ni recaiga en el fisco, se requieren las circunstancias siguientes: 1.<sup>a</sup> que el renunciante viva despues de hecha veinte dias contados desde aquel en que la hiciere. 2.<sup>a</sup> Que el renunciario se presente con ella por sí ó por medio de apoderado ante su Magestad dentro de treinta dias; notándose

1 Montan. de reg. offe. num. 2.

2 Leyes 1.<sup>a</sup> tit. 5. lib. 4. 1, 2, 8 y 9; tit. 6. 11 y 19. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

3 Ley 15. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

4 Los nombrados por los dueños de las escribanías de número, juzgado, rentas y otras comisiones que en la mayor parte estan enagenadas por juro de heredad, y pertenecen á comunidades ó particulares, no pueden asimismo usar del oficio ni ejercerle sin acudir primero al Consejo para obtener la aprobacion del nombramiento, pagar la media anata y sacar su título. El interesado debe presentar el nombramiento original, el de su antecesor, con la aprobacion que obtuviere del Consejo, para justificar la facultad y posesion, que el dueño tenga, de hacer semejantes nombramientos, ó en defecto de la aprobacion, copia auténtica del privilegio de poder nombrar, como tambien la fe de bautismo en que conste tener veinte y cin-

co años, ó dispensa de la Cámara del tiempo que le falte, otra de práctica de cuatro años, segun y del modo que se dice tratando de los notarios de reinos, y asimismo informacion de limpieza de sangre, y de vida y costumbres, un testimonio ó certificación de la contaduría de la provincia de los vecinos útiles que haya en el pueblo para cargar al agraciado la media anata, y otro testimonio de las escribanías que hubiere, para repartir entre ellas esta media anata. Con estos papeles se presenta el pretendiente en el Consejo, pidiendo se le admita á examen, que hallándole habil, se le mande despachar el título ó certificación correspondiente para el uso y ejercicio de su oficio; y despues de visto el expediente por el señor fiscal, examinado el pretendiente, hallándole habil, y aprobado el nombramiento, hecho el juramento y pagada la media anata, se le despacha el título. *Fuere adicionado.*

que respecto de los escribanos no se les admite la renuncia sin estar aprobados por el Consejo. 3.<sup>a</sup> Que el renunciante presente el título en cuya virtud ejerció el oficio, y el acto de recepcion y posesion que se le dió, para cancelarle y que no use mas de él so pena de perderle, pues sino lo presenta todo no se le admitirá la renuncia: El secretario que sin preceder estos requisitos despacha la provision, incurre por la primera vez en la pena de tres mil maravedis; por la segunda en la de seis mil, y por la tercera en la suspension de oficio á voluntad de su Magestad. 4.<sup>a</sup> Que en el término de noventa dias despues de presentada la renuncia ante el Rey ó su Real Cámara, saque el título del oficio pena de nulidad de la renuncia. 5.<sup>a</sup> Que en el término de sesenta dias siguientes, el sujeto á quien se hiciere merced del oficio, se presente con los títulos en el ayuntamiento de la ciudad, villa ó lugar en que le ha de ejercer, tome la posesion de él pena de perderle, aunque alegue que la ignoraba (1); pero si la concesion fuere con calidad de renunciarle en vida ó muerte, sin que el renunciante haya de vivir los veinte dias, ni sean precisos los demas requisitos expresados (pues de ambos modos suele haber concesiones), no hará reversion á la Corona ni se perderá por su defecto.

10. Se previene tambien lo primero, que los oficios renunciabiles no se pueden vincular sin expreso Real permiso, y si se vinculan es nula su vinculacion, y recaerán en el fisco. Lo segundo, que los dueños de las escribanías y rectorías de las audiencias pueden renunciarlas con la condicion de: *Si el Rey quisiere proveer, y sin que retienen en sí el oficio*: cuya cláusula se acostumbra poner en todos los oficios renunciabiles, para que los renunciantes no se perjudiquen en dicho caso.

11. Sucede á veces que los dueños de estos oficios que no quieren ejercerlos ó no son aptos para ello, los renuncian á favor de otros, y para no perder su propiedad, hacen estos contrarenuncia, resguardo ó retrocesion, declarando en ella ser de los renunciantes, y pertenecerles su dominio y propiedad plenamente sin embargo de la renuncia, que dan por nula é ineficaz para que jamas por su virtud puedan apropiárselos ni pretender el mas leve derecho á ellos. Dudándose en semejante caso si ambas escrituras pueden pasar ante un mismo escribano, en atencion á que parece simulada la primera, y si incurrirá en pena el escribano por autorizarlas; digo respondiendo á esta du-

1 El tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.

da, que pueden pasar ante él no otorgándose en un mismo acto y día: lo primero, porque no hay legal prohibición, lo segundo, porque si intervino simulación entre los contrayentes, no consta al escribano, por lo que no se le debe inculpar de que hizo contrato simulado, á menos que á un propio tiempo se otorguen ambos: pues habiendo intervalo pueden mudar de parecer, y deshacer lo hecho en el día anterior; y aun cuando despues se verifique que hubo dicha simulación, será para que el contrato se declare nulo por defecto de los contrayentes, mas no para que el escribano incurra en pena por autorizar los dos contratos; al modo que el remate de una finca se hace ante un escribano, y el sugeto en quien se remató, declara despues ante el mismo, haber hecho la postura con caudal de otro, y se lo cede pidiendo se despache á favor de este la venta. Lo tercero, porque á nadie resulta perjuicio, antes sí beneficio á entrambos contrayentes, conviene saber; al dueño en no perder la propiedad del oficio, y al renunciario la habilitación para poder mantenerse. Así que mediando intervalo de tiempo pueden pasar ante un mismo escribano sin que incurra en pena, porque no la tiene impuesta, ni le está prohibido autorizarlos; lo que tendrá presente para cuando le ocurra, pues muchos que carecen de principios no se atreven, y otros no se detienen en autorizar los dos contratos á un mismo tiempo. Las reglas que deben observarse en esta materia se hallan especificadas en la circular de 22 de diciembre de 1795 (ley 12. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.) y capitulos de la instrucción insertos en ella, que podrán consultarse cuando hubiere alguna duda. También se tendrá presente el Real decreto de 6, y cédula del Consejo de 9 de noviembre de 1799 (ley 15. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.).

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

**1.º NOMBRAMIENTO DE TENIENTE DE REGIDOR Y ALFEREZ MAYOR.**

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de Navia, regidor perpetuo y alferéz mayor de tal ciudad, dijo: que su Magestad (que Dios guarde) por su Real cédula expedida en el Real sitio de Aranjuez á tantos de tal mes y año, firmada de su Real mano, y refrendada de Don N. su secretario, fue servido despacharle título de regidor perpetuo y alferéz mayor de dicha ciudad en lugar de Don Alonso de Navia, con facultad de nombrar teniente, tener voz

y voto en su ayuntamiento, entrar con espada y daga en él, y ocupar lugar preeminente junto á la justicia con precedencia á todos los regidores; y mediante hallarse imposibilitado de ejercer el mencionado oficio, y concurrir la calidad y circunstancias que para su desempeño se requieren en Don F., vecino de la enunciada ciudad, usando de la facultad que le está concedida = Otorga que elige y nombra por su teniente al prenotado Don F., á quien confiere la que es necesaria para que en su lugar sirva, durante su imposibilidad ó voluntad, el expresado oficio de regidor y alferéz mayor, sin diferencia: goce y haya los honores y emolumentos que le competen: acuda y presencie á los ayuntamientos y funciones públicas y peculiares de la ciudad; tenga voz y voto, ocupe el lugar preeminente despues de las justicias en ellos, segun y como el otorgante presenciaria y lo tendría; y practique todo cuanto corresponde á este como tal alferéz mayor y regidor, sin limitación, ni permitir se le perjudique en sus regalías, pues para todo le da amplio poder y facultad: y para que la referida ciudad no le ponga obstáculo en su uso y ejercicio, suplica á su Magestad se digne aprobar y confirmar este nombramiento, y expedir á favor del nominado Don F. la cédula correspondiente; mediante estar el otorgante en posesión por habérsela dado la expresada ciudad á consecuencia de dicho Real título en tantos de tal mes y año, ante F., escribano de su ayuntamiento, que á este fin exhibirá; y á haber por firme este nombramiento obliga sus bienes &c.

*Nota.* Para que el teniente obtenga la aprobación de la Cámara, ha de dar memorial en papel sellado del sello cuarto mayor, hablando con su Magestad presentar su fe de bautismo legalizada, y el nombramiento: exhibiendo el título original del oficio con la posesión dada al que le nombra, y no testimonios, porque no se le admitirán, y suplicar á su Magestad se sirva mandar se le despache la competente cédula; en cuya vista la secretaria de la Cámara pide de oficio informes secretos á la ciudad ó villa en donde ha de ejercer el oficio, y dándolos buenos, se le expide la cédula, de la cual se toma la razón en las contadurías que previen, y paga la media anata, sin cuya solución no surte efecto á menos que de ella esté relevado: y luego que lo hace constar, se le devuelve el título y posesión que exhibió, para entregarlos al dueño del oficio; y con sola la cédula Real le admite la ciudad el uso y ejercicio de él, y no es menester sellarla como el título. Por este nombramiento puede el escribano extender todos los que ocurran, pues como para or-

denarlos ha de tener presentes los títulos de los dueños, verá por ellos las facultades que tienen y actos que han de practicar, y lo que conviene mudar.

*Otra.* Los sucesores en los oficios de regidor; escribano, procurador y otros que se sirven con Real título, deben presentar con memorial en la secretaría de la Cámara el testamento, venta ó documento en virtud del que recayo en ellos, su partida de bautismo ó información de limpieza, y también idoneidad si la requiere el oficio, y el título original expedido al último dueño, el que se queda en el expediente; y si por haber recaído en hembra ó menor, lo hubiere servido interinamente alguno, se ha de presentar igualmente la cédula que á favor de este se despachó; y si esta ó el título original se perdieron, se pretende por la misma secretaría con memorial á su Magestad que mande dar copia del que esté perdido, por la oficina del Real sello, la cual hace las veces del original, y se presenta luego como si fuera este; y no basta presentar el de confirmacion, en que se libertó de la incorporacion á la Corona, pues este no sirve para que en su virtud se expida el que se solicita, ni debe salir jamas del poder del dueño. Los tenientes de estos oficios no pueden ser removidos de su ejercicio, excepto que haya causa grave, y se pruebe y declare, ó que los dueños quieran ejercerlos por sí; por lo que si estos fallecen dejando hijos menores, puede su tutor como tal nombrar quien los sirva, mientras los varones llegan á edad competente, y las hembras se casen con quien sea apto para servirlos, con cuya calidad se despachan las cédulas á los tenientes, exhibiendo á este efecto el título original, el que se les devuelve para entregarlo al que los nombró, y presentando su fe de bautismo y demas documentos necesarios con el nombramiento. Pero aunque el varon mayor ó el marido de la hembra por ser hábiles pretendan el título en su cabeza, no se les expedirá si el oficio está proindiviso, porque ninguno es dueño de él, ni por consiguiente será removido de su uso el extraño sirviente; y así es preciso que se aplique en la particion á uno de ellos, el cual, ó si es hembra su marido, puede solicitar el título en su cabeza como dueño, acreditando serlo y presentando todos los documentos referidos. Y lo propio sucederá aunque la madre sea su tutora, y se case con sujeto idóneo, si el oficio no es suyo, ó no se le adjudica judicialmente ó por convenio de sus hijos mayores. Lo que prevengo á los interesados para que no hagan gastos inútiles ni pierdan tiempo.

## 2.<sup>a</sup> RENUNCIA DE OFICIO DE ESCRIBANO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que por merced que su Magestad (que Dios guarde) fue servido hacerle en tal parte, á tantos de tal mes y año, de que se le despachó Real título firmado de su Real mano, y refrendado de D. N., su secretario, está ejerciendo el oficio de escribano de número de esta villa, y mediante hallarse imposibilitado de continuar en su ejercicio, para que no falte quien lo use y sirva, en la mayor via y forma que por derecho haya lugar = Otorga que renuncia el mencionado oficio en manos de su Magestad y á favor de Juan de tal, vecino de esta villa, persona en quien concurren la habilidad, fidelidad, pureza de costumbres y demas calidades y circunstancias que para su desempeño se requieren: por lo que suplica á su Magestad se digne hacerle merced de él, y mandar se le dé el competente título, precedida la aprobacion del Consejo; pero si su Magestad no fuere servido concedérsele, ó aunque se lo conceda, si no fuere admitido el renunciario á su uso y ejercicio por alguna causa que se le obste é ignora el otorgante, ó no cumpliere con lo que previenen las leyes de estos reinos para la validacion de las renunciaciones de oficios públicos en el término que prescriben, desde luego usando de la legal facultad que le está conferida lo retiene en sí para ejercerle del mismo modo que hasta ahora, y ha de ser visto no haberlo renunciado: en cuyo testimonio así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco; siendo testigos &c.

*Nota.* Algunos pueblos tienen privilegio para proveer los oficios de escribano, y en este caso se hará la renuncia en manos de su ayuntamiento, y no de su Magestad, dándole el tratamiento de Señoría ó el que se acostumbra. Las renunciaciones de oficios de regidores, jurados y otros, no se diferencian de la anterior, sino en que no se pone la cláusula: *Precediendo la aprobacion del Consejo*, porque no requieren examen de suficiencia, y en todas puede el escribano poner la obligacion del renunciante á haberlas por firmes, y las demas cláusulas generales que en otros instrumentos.

### Apéndice á este capítulo.

Por Real cédula de 13 de noviembre de 1817 está determinado lo siguiente, en orden á los oficios enagenados de la Corona.

ARTÍCULO 1.º Todos los oficios enagenados de la Corona son á ella reversibles, y pueden ser tanteados, aunque hayan sido vendidos con la cláusula de perpetuos, y de no poder serlo ó cualquiera otra que parezca lo prohiba, conforme á lo resuelto en Real cédula de 11 de noviembre del año próximo pasado.

2.º Todos los dueños y poseedores de los referidos oficios que quieran, interin su vida, continuar sirviéndolos, é impedir que ninguna persona, pueblo ó comunidad se les tantee, pueden en el término de tres meses, contados desde la publicacion de esta mi Real resolucion, impetrar y obtener mis Reales cédulas para servirlos por el tiempo expresado, aprontando en recompensa de esta gracia aquel servicio que, en proporcion á su clase, gradúe la oficina del valimiento, que está á cargo del Almirante, presidente del referido mi supremo Consejo de Hacienda.

3.º La cantidad que satisfagan por esta gracia se destina al establecimiento del crédito público, para que la invierta en los fines de su ereccion.

4.º Cumplidos que sean dichos tres meses, no concederá el expresado mi Almirante presidente la gracia referida, ni admitirá recurso alguno sobre el particular.

5.º La expresada gracia no se concederá en ningun oficio mas que una sola vez, y los sucesores no podrán obtenerla, aun cuando la soliciten ofreciendo un nuevo servicio.

6.º La cantidad que el dueño ó poseedor satisfaga por la citada gracia no aumenta el precio de egresion y valimiento del oficio, y así pueden ser tanteados despues de la muerte del que la obtenga, satisfaciendo solo el tanteante el valor de la venta primitiva y valimiento con arreglo á las leyes y órdenes que rigen en esta materia, las que quedan como estaban en toda su fuerza y observancia.

7.º Se permite á toda persona tantear todo oficio enagenado con la calidad de servirle por solo los dias de su vida.

8.º El dueño ó poseedor del expresado oficio, á quien se le tantee al tenor del artículo anterior, tiene la preferencia de servirle por sí ó por teniente durante los dias de su vida, siempre que deduzca esta accion en el término de un mes, contado desde que se le haga saber la demanda y notifique el despacho para la presentacion de los títulos, haciendo remision del valor del oficio; debiendo quedar este consumido verificado el fallecimiento.

9.º Si el tanteante ofreciere, ademas de la satisfaccion del precio de la egresion y valimiento del oficio, el servicio que el

Almirante presidente le designare con destino al Crédito público, se tendrá por subsistente la demanda, á menos que el dueño dentro del término de dos meses de la notificacion, ademas de lo referido en el anterior artículo, se allane á aprontar el mismo servicio, en cuyo caso será igualmente preferido.

10. Los oficios que sean tanteados, pasados los tres meses de la publicacion de esta mi Real resolucion, serán inmediatamente consumidos luego que se consigne el precio de la egresion con arreglo á las leyes y práctica establecida, sin que se admita á sus dueños y poseedores ninguna accion que se dirija á entorpecer se verifique.

## CAPITULO SEGUNDO.

### *De los oficios concejiles ó de república.*

- |                                                                                              |                                                                                                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Division de los oficios concejiles entre nobles y plebeyos donde hay mitad de oficios. | 9. Prohibicion que tienen de votar los regidores menores de edad.                                              |
| 2. Varias clases de alcaldes.                                                                | 10. Prerogativa de regidor decano.                                                                             |
| 3. Tiempo que dura el oficio de alcalde.                                                     | 11. A quién corresponde el conocimiento de las disputas que se suscitan entre los regidores sobre precedencia. |
| 4. De los alcaldes ordinarios.                                                               | 12. De las elecciones para los oficios de ayuntamiento.                                                        |
| 5. ¿ Que circunstancias se necesitan para ser alcalde ordinario?                             | 13, 14 y 15. Tratan de lo mismo.                                                                               |
| 6. Requisitos necesarios para poder ser reelegidos los alcaldes ordinarios.                  | 16 hasta el 27. De la insaculacion.                                                                            |
| 7. De los regidores.                                                                         | 28. Cómo han de servirse los oficios perpetuos de regidor y demas enagenados de la Corona.                     |
| 8. Requisito de nobleza en los regidores segun los estatutos de algunos pueblos.             |                                                                                                                |

1. Los empleos concejiles se dividen entre nobles y plebeyos, donde hay mitad de oficios por ejecutoria ó costumbre que en unos pueblos se limita á los alcaldes ordinarios y regidores, y en otros se extiende al alcalde de la hermandad y procurador del comun, alternando anualmente con el estado general. Para el establecimiento de hijosdalgo en alguna poblacion es necesario que sean vecinos de ella, al menos tres meses, y entre ellos no hay precision de que pase el hueco que exige la ley res.

ARTÍCULO 1.º Todos los oficios enagenados de la Corona son á ella reversibles, y pueden ser tanteados, aunque hayan sido vendidos con la cláusula de perpetuos, y de no poder serlo ó cualquiera otra que parezca lo prohiba, conforme á lo resuelto en Real cédula de 11 de noviembre del año próximo pasado.

2.º Todos los dueños y poseedores de los referidos oficios que quieran, interin su vida, continuar sirviéndolos, é impedir que ninguna persona, pueblo ó comunidad se les tantee, pueden en el término de tres meses, contados desde la publicacion de esta mi Real resolucion, impetrar y obtener mis Reales cédulas para servirlos por el tiempo expresado, aprontando en recompensa de esta gracia aquel servicio que, en proporcion á su clase, gradúe la oficina del valimiento, que está á cargo del Almirante, presidente del referido mi supremo Consejo de Hacienda.

3.º La cantidad que satisfagan por esta gracia se destina al establecimiento del crédito público, para que la invierta en los fines de su ereccion.

4.º Cumplidos que sean dichos tres meses, no concederá el expresado mi Almirante presidente la gracia referida, ni admitirá recurso alguno sobre el particular.

5.º La expresada gracia no se concederá en ningun oficio mas que una sola vez, y los sucesores no podrán obtenerla, aun cuando la soliciten ofreciendo un nuevo servicio.

6.º La cantidad que el dueño ó poseedor satisfaga por la citada gracia no aumenta el precio de egresion y valimiento del oficio, y así pueden ser tanteados despues de la muerte del que la obtenga, satisfaciendo solo el tanteante el valor de la venta primitiva y valimiento con arreglo á las leyes y órdenes que rigen en esta materia, las que quedan como estaban en toda su fuerza y observancia.

7.º Se permite á toda persona tantear todo oficio enagenado con la calidad de servirle por solo los dias de su vida.

8.º El dueño ó poseedor del expresado oficio, á quien se le tantee al tenor del artículo anterior, tiene la preferencia de servirle por sí ó por teniente durante los dias de su vida, siempre que deduzca esta accion en el término de un mes, contado desde que se le haga saber la demanda y notifique el despacho para la presentacion de los titulos, haciendo remision del valor del oficio; debiendo quedar este consumido verificado el fallecimiento.

9.º Si el tanteante ofreciere, ademas de la satisfaccion del precio de la egresion y valimiento del oficio, el servicio que el

Almirante presidente le designare con destino al Crédito público, se tendrá por subsistente la demanda, á menos que el dueño dentro del término de dos meses de la notificacion, ademas de lo referido en el anterior artículo, se allane á aprontar el mismo servicio, en cuyo caso será igualmente preferido.

10. Los oficios que sean tanteados, pasados los tres meses de la publicacion de esta mi Real resolucion, serán inmediatamente consumidos luego que se consigne el precio de la egresion con arreglo á las leyes y práctica establecida, sin que se admita á sus dueños y poseedores ninguna accion que se dirija á entorpecer se verifique.

## CAPITULO SEGUNDO.

### *De los oficios concejiles ó de república.*

- |                                                                                              |                                                                                                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Division de los oficios concejiles entre nobles y plebeyos donde hay mitad de oficios. | 9. Prohibicion que tienen de votar los regidores menores de edad.                                              |
| 2. Varias clases de alcaldes.                                                                | 10. Prerogativa de regidor decano.                                                                             |
| 3. Tiempo que dura el oficio de alcalde.                                                     | 11. A quién corresponde el conocimiento de las disputas que se suscitan entre los regidores sobre precedencia. |
| 4. De los alcaldes ordinarios.                                                               | 12. De las elecciones para los oficios de ayuntamiento.                                                        |
| 5. ¿ Que circunstancias se necesitan para ser alcalde ordinario?                             | 13, 14 y 15. Tratan de lo mismo.                                                                               |
| 6. Requisitos necesarios para poder ser reelegidos los alcaldes ordinarios.                  | 16 hasta el 27. De la insaculacion.                                                                            |
| 7. De los regidores.                                                                         | 28. Cómo han de servirse los oficios perpetuos de regidor y demas enagenados de la Corona.                     |
| 8. Requisito de nobleza en los regidores segun los estatutos de algunos pueblos.             |                                                                                                                |

1. Los empleos concejiles se dividen entre nobles y plebeyos, donde hay mitad de oficios por ejecutoria ó costumbre que en unos pueblos se limita á los alcaldes ordinarios y regidores, y en otros se extiende al alcalde de la hermandad y procurador del comun, alternando anualmente con el estado general. Para el establecimiento de hijosdalgo en alguna poblacion es necesario que sean vecinos de ella, al menos tres meses, y entre ellos no hay precision de que pase el hueco que exige la ley res.

pecto á los del estado general, de que se hablará despues. Establecido una vez el estado de hijodalgo le conserva uno tan solamente en quanto á sus preeminencias; de suerte que, acabado su oficio, puede no solo ser elegido para otro sino tambien continuar en el mismo; y asi se libra en el Consejo sin contradiccion despacho para la reeleccion, segun la carta ejecutoria que hubiese. Si los empleos exceden á los nobles, se depositan los que estos no pueden desempeñar á nombre del estado de hijosdalgo en sujetos beneméritos del general, á no ser que haya nobles de privilegio, como oficiales militares, doctores, licenciados y abogados; pues entonces los regentarán estos sin la calidad de deposito. Asi se ha decidido una duda de nuestros autores en la chancilleria de Granada.

2. Entre las varias clases de alcaldes hay los de sacas ó de adelantamiento; los de hermandad, que pueden ser reelegidos sin interrupcion por no tener voto en concejo (1); los ordinarios (2) y los pedaneos en las aldeas, quienes solo tienen jurisdiccion para conocer de las causas de seiscientos maravedis (3). Las alcaldías ordinarias, pedaneas y de la hermandad deben darse á vecinos con casa poblada.

3. Los oficios de alcaldes son anuales; y si durante el año falleciere ó se ausentase alguno de ellos, ocupa en su lugar el regidor mas antiguo ó de privilegio por el tiempo restante.

4. Los alcaldes ordinarios que en calidad de tales tienen jurisdiccion ordinaria para conocer en primera instancia, ocupan á falta de alcalde mayor el lugar preeminente en los concejos, y tienen facultad para juzgarse recíprocamente en lo civil siendo demandados, pero en los asuntos criminales han de dar cuenta al tribunal superior del territorio.

5. Para ser alcalde ordinario se necesita tener veinte años de edad, y no es preciso que sepa leer ni escribir, siempre que sea hombre capaz, y concurran en él las circunstancias necesarias en todos los oficiales de justicia, á saber: que no sea infame de hecho ni por derecho, ciego, mudo, sordo, loco, enfermo habitual, acusado por delito público, litigante con el concejo, deudor del pósito, propios ó caudales públicos por plazo cumplido, ó fiador de otros por ellos, acreedor á la república, responsable á la Real Hacienda, abastecedor del público, ó fiador de ellos, hijo de familias, pobre de solemnidad, administrador,

1 Tit. 4. y tit. 12. lib. 3. Rec. y ley 4.  
tit. 26. lib. 8. Rec. o 1. tit. 41. lib. 22.  
Nov. Rec.

2 Tit. 9. lib. 3. cit.  
3 Ley 25. tit. 9. dicho lib. 3.

dependiente ó paniaguado del señor del pueblo (1), sea prelado, monasterio ó caballero, que le dé racion, quitacion ó ayuda de costa, bajo las penas establecidas en la ley recopilada (2).

6. Para ser reelegidos los alcaldes ordinarios ha de haberse pasado el hueco de tres años, y para serlo los demas empleados el de dos; aunque en el estado de hijosdalgo por escasez de estos puede hacerse la reeleccion pasado un año (3). Declarada nula la eleccion de alcalde en quien no llegó á servir la vara mas de la tercera parte del año, puede ser elegido para el inmediato.

7. Despues de los alcaldes ocupan los regidores por su orden el primer lugar en los consistorios. En algunas ciudades hay dos clases de ellos, una con el nombre de veinticuatro y otra con el de jurados, cuya autoridad ó facultades se ciñen á lo que les esté concedido por privilegios, estatutos de las ciudades, provisiones Reales ó costumbre.

8. Los estatutos de algunos pueblos requieren nobleza en los regidores; estos son perpetuos en algunas poblaciones, bienales en otras y en algunas mixtos.

9. El regidor menor no puede dar su voto por medio del curador, y por dispensa que obtenga de la Cámara no votará ni será incluido en el turno de comisiones y suerte de millones, sino que solo tendrá entrada en el cabildo y recibirá las esportulas, segun se decidió en el Consejo para con el ayuntamiento de Madrid en el año de 1735.

10. El regidor decano goza entre otras prerogativas la de quedar con la jurisdiccion por muerte, ausencia ó vacante del corregidor ó alcalde mayor en los pueblos donde no hay oficios de preeminencia, como teniente de corregidor para las enfermedades y ausencias de este, ó alguacil y alférez mayor con privilegio de reasumir la jurisdiccion.

11. Son frecuentes las disputas de precedencia que suelen suscitarse entre los regidores, y su conocimiento corresponde exclusivamente á los jueces seculares.

12. En quanto á elecciones de oficios de ayuntamiento, está determinado lo siguiente por Real cédula de 17 de octubre de 1824. En el 1.º de octubre de cada año deberán reunirse en todos los pueblos del reino los individuos del ayuntamiento, y á pluralidad de votos propondrán tres personas para cada uno de los oficios de alcaldes, regidores y demas de república, inclu-

1 Real orden del Consejo de 31 de marzo de 1768.

2 Ley 4. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.  
3 Ley 5. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.

... sos los de diputados del comun, procuradores, síndico general y personero, alcaldes de barrio y otros que hasta 1820 se hacian por los pueblos y sus vecinos, cuyas propuestas las remitirán inmediatamente á su respectivo tribunal territorial; entendiéndose tal la Sala de Alcaldes de la Real Casa y Corte por lo correspondiente á la comprension de las diez leguas del rastro de ella; de suerte que para el 15 del mismo octubre hayan de estar reunidas en ellos respectivamente las de todos los pueblos de sus distritos, exceptuándose de la anterior regla los oficios de diputado y personero de Madrid, cuyo nombramiento es de atribucion del Consejo á propuesta del ayuntamiento; y el nombramiento de alcaldes de barrio que ha de ejecutarse por la Sala de Alcaldes de Real Casa y Corte; debiendo hacerse lo mismo en las poblaciones donde hay chancillerias ó audiencias.

13. Dichos tribunales territoriales desde el momento que reciban las propuestas dispondrán que formándose expedientes, se tomen los informes necesarios de personas de probidad y amantes del gobierno monárquico, sobre las circunstancias y conducta moral y política de los propuestos, su idoneidad, opinion pública que gocen, y si se hallan libres de toda tacha legal; con cuyas noticias harán respectivamente la eleccion para los oficios de cada pueblo; y los mismos tribunales expedirán á los electos los titulos correspondientes á nombre del Rey, extendiéndolos en papel del sello de oficio, y sin exigir por ellos derecho alguno; cuidando que esta operacion quede ejecutada en el dia 15 á lo mas del mes de diciembre de cada año. Estas elecciones y titulos se remitirán en seguida á cada pueblo para que abriéndose en el dia 23 del propio diciembre, pueda el ayuntamiento cesante poner en posesion á los alcaldes, regidores y demas elegidos, de suerte que empiecen á ejercer sus oficios precisamente en el dia 1.º de enero siguiente.

14. En los pueblos donde haya mitad de oficios para el estado noble, continuará esta costumbre, aunque sujeta la eleccion á las mismas formalidades; y en defecto de personas para ejercer los oficios correspondientes al mismo estado noble, se pondrá en depósito segun práctica establecida.

15. En aquellos pueblos en que por efecto de sus circunstancias ó prepotencia de algun partido se advierta hallarse vinculados en una familia ó partido los oficios de república, quedará expedito el solicitar, mediando justas causas, la insaculacion en los propios términos que se practica en el dia.

16. Este medio de la insaculacion es muy usado en el reino

de Murcia, en las provincias de la Mancha y Extremadura; y aunque en la legislacion de Castilla é Indias no se halla ninguna disposicion particular sobre insaculacion, hablan de esta el derecho de Navarra (1) y algunos autores aragoneses, valencianos y catalanes. La insaculacion viene á ser «una eleccion por suerte donde cada uno de los comprendidos, cuya industria fue buscada y apoyada, viene por su propia persona, siendo la *extraccion* vulgarmente llamada de *insaculacion* una como ejecucion y cuasi consumacion de la eleccion rata precedente.»

17. Por tanto, antes de la insaculacion deben examinarse las circunstancias de los sugetos con la misma prolijidad que para las elecciones ordinarias, haciendo division de personas por estados donde haya mitad de oficios, y excluyendo á los inhabilitados que ya se han referido, á los tesoreros y administradores de la Real Hacienda y á los concejales del año en que se hace la insaculacion por parcialidades; de modo que las cualidades de las personas han de atenderse al tiempo de la insaculacion, y de nada sirve que al de la extraccion no tengan ningun obstáculo.

18. La insaculacion se hace, ó de la manera que prescribe la Sala á los comisionados, quienes han de tomar antes informes secretos de personas imparciales y de probidad en el pueblo y sus circunvecinos, y hacer una lista de los sugetos que conceptúen capaces de servir los oficios de justicia, formando una pieza separada de los informes originales sobre sus cualidades; ó solo con la asistencia del juez de comision para autorizar con sigilo el acto, bien recibiendo los votos, casa y calle hita, ó convocando al vecindario para cabildo abierto, como se hace para los nombramientos de comisarios electores de diputados y personero del comun.

19. En el primer caso insacula el juez comisionado las personas que le parecen mas aptas, hábiles é imparciales, segun lo exijan las circunstancias actuales del pueblo, y sean necesarias para los cinco ó mas años de la insaculacion, haciendo un escrutinio en que fuera de aquellos se insacula una para cada clase de empleo supernumerariamente en papel y bola de diverso color que las demas, la cual supla la falta de la que falleciere ó se imposibilitase, y todas se colocan en una arca, cajon ó cántaro, ó en distintos preparados á este fin; de modo que si el arca es una sola, comprende diferentes divisiones por oficios rotuladas, y cada una de ellas encierra un saco ó bolsa que contiene el nú-

1 Leyes de los titulos 10 y 13. lib. 1. de su Rec.

mero de bolas competentes á cada empleo para el quinquenio ó tiempo que ha de durar la insaculacion.

20. En estas bolas que tienen la misma forma y agujero que un grano de rosario, se halla introducido un billete ó cédula con el nombre de la persona insaculada, dia en que se hace la insaculacion, y media firma del comisionado en estos términos: » N. insaculado para alcalde por su estado noble. Villa de &c., á tantos &c. Comisionado. »

21. Los extremos del agujero de la bola se hallan tapados con cera, para que no se salga la cédula hasta que con hierro á modo de punzon deba ser sacada públicamente: costeándose todos estos instrumentos del caudal de propios, cuando la insaculacion se decreta de oficio; y si á instancia de parte, se hacen á costa de la que lo solicita, ó de los culpados segun los méritos del expediente.

22. Evacuada esta diligencia se cierran el arca, cajon ó cántaros con tres ó mas llaves segun la costumbre ó resolucion de la Sala, y se entregan á las personas que tienen derecho á custodiarlas, las cuales en muchos pueblos son el regidor decano, el alcalde actual de primer voto, el alferéz ó alguacil que le tengan preeminente, el cura párroco ó el escribano; sobre cuyo punto hay una variedad que no puede sujetarse á una sola regla.

23. Repartidas las llaves se deposita el arca, en algunos pueblos en el archivo de la iglesia parroquial, y en otros en el de las casas consistoriales, que es lo mas regular. Despues se remiten todas las diligencias originales cerradas y selladas á la Sala para que se custodien en la escribania de Cámara con el correspondiente sigilo; por manera que yerran frecuentemente los letrados sus recursos contra la insaculacion pidiendo que esta se entregue á los interesados para impugnarla, sin hacerse cargo de que como secreta por su gravedad é importancia, está reservada solamente para el tribunal, quien acostumbra á instancias del fiscal de su Magestad denegar á los interesados la publicacion, y mandar que usen de su derecho en forma.

24. En el segundo caso se procede á votar por el concejo abierto, ó por cada vecino, casa y calle hita, á las personas que se necesiten para llenar el número de los que han de insacularse por ambos estados para los oficios de voto en el ayuntamiento, segun se practica en las elecciones ordinarias; y finalizado el acto pasa el comisionado á hacer por sí solo el escrutinio de las diez personas que resultan ser insaculables con mas votos para alcaldes en el quinquenio, y de las necesarias para regido-

res; de forma que extractadas las continúa en cédulas separadas, segun se ha expresado en el primer caso, añadiendo solo el número de votos que correspondieron á cada una, y concluyendo en los mismos términos la diligencia.

25. La extraccion se hace, ó por el comisionado de la Sala cuando esta lo estima necesario atendidas las circunstancias del pueblo, ó por el mismo concejo en el último dia de cada año, á cuyo fin se convocan todos sus individuos, y asisten las personas que tienen las llaves del arca, que se abre á presencia de todos, principiando á extraer la bolsa de la primera division, que es la de alcaldes por el estado noble, separando despues de abierta aquella, la bola que indica por su color ser supernumeraria, volviendo á incluir las demas que se cuentan públicamente, y de las cuales extrae un niño de tierna edad elegido á este fin, y sacando de su centro el billete que contiene, le lee en voz inteligible la persona mas autorizada del congreso, lo cual extiende así el escribano en el testimonio que principia á poner de toda la diligencia desde la citacion á cabildo hasta finalizar el acto de extraccion de todos los concejales que han de componer el ayuntamiento en el año inmediato, y volver el arca á su lugar.

26. Si la persona que se extrae hubiese fallecido, ó tiene alguna tacha impeditiva y notoria, vuelve á introducirse en su lugar habiendo sacado otra. Si todos tienen igual suerte, entra entonces la bola supernumeraria de distinto color, y consumida esta se consulta á la Sala con testimonio individual de todo el suceso, para que con audiencia fiscal dé la providencia que exijan las circunstancias del caso.

27. En muchos pueblos divididos en dos ó mas partidos de que no hay vecino libre por la prepotencia de algunos, puede no alcanzar la insaculacion para desarraigar en sus concejales el espíritu de parcialidad, que con agravio del bien público y de la recta administracion de justicia, origina los odios implacables de las familias, las ofensas atroces, y aun las heridas y homicidios; por lo que en tan delicados casos el Consejo, las chancillerias y audiencias á quienes compete, precediendo los informes ó las instrucciones necesarias, y teniendo presentes todas las circunstancias, proveerán de remedio oportuno y conveniente.

28. Finalmente está prevenido en dicha Real cédula de 17 de octubre de 1824, que los oficios perpetuos de regidor y demas de los ayuntamientos enagenados por la Corona, hasta tanto que se incorporen á ella con arreglo á las leyes y órdenes vigentes,

se sirvan precisamente por sus propios dueños, y que no haciéndolo por no querer ó no poder por su menor edad, insuficiencia ú otro impedimento legítimo, no puedan cederlos ni nombrar tenientes los que tengan esta facultad sino á personas que además de estar adornadas de las calidades personales de estatutos de cada oficio, cuenten por lo menos con mil pesos de renta anual de bienes suyos propios para los de regidor en las poblaciones de primer orden, y la de mil ducados vellon en las de segundo, para que puedan mantenerse decorosamente, entendiéndose por las primeras las que lleguen á cuatro mil vecinos, y por las segundas las que no los tengan; y así proporcionalmente con respecto á otros oficios. No sirviendo por sí los propietarios ni haciendo su nombramiento en tenientes precisamente de las circunstancias expresadas, quedarán dichos oficios sin servirse, no siendo de urgente necesidad; y siéndolo se propondrán y nombrarán anualmente por las reglas dadas para los demás, debiendo también los agraciados tener con que mantenerse honrosamente.

## TITULO VI.

*De los escribanos y de los instrumentos públicos.*

### CAPITULO PRIMERO.

*De los escribanos.*

- §. 1. Explicacion de la palabra escribano, y definicion del oficio de este.
2. Requisitos para que todo escribano pueda ejercer su oficio.
3. Lo que debe tener presente el escribano para no incurrir en pena, ni dar lugar á que se anulen los actos que autorice.
4. Lo que está prohibido á los escribanos de Cámara del Consejo.
5. Los notarios eclesiásticos no pueden usar oficios entre legos en materias temporales.
6. Pena de los escribanos que entregan diminuto algun proceso en grado de apelacion ó remision.
7. Pena en que incurrén por no signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos.
8. Pena de los escribanos que hacen escrituras entre los legos sobre cosas profanas en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica.
9. Pena del escribano que usa su oficio con jueces eclesiásticos ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho.
10. Los escribanos no pueden ser abogados de las partes, ni tratar en oficio de regatería, ni solicitar pleito alguno.
11. Pena de los escribanos de número y concejo que salgan fiadores ó abonadores de rentas Reales, propios y carnicerías, ó que las arrienden en el lugar en que ejercen sus oficios.
12. Los escribanos no pueden recibir en su poder por via de depósito ni en otra forma dinero tocante á penas de Cámara, gastos de justicia ú obras pias.
13. Tampoco pueden hacer escrituras de cosas que se miden, no siendo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila.
14. Los escribanos Reales deben decir en la suscripcion de donde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el ayuntamiento, bajo pena de perderlo. Tampoco pueden actuar ni autorizar

se sirvan precisamente por sus propios dueños, y que no haciéndolo por no querer ó no poder por su menor edad, insuficiencia ú otro impedimento legítimo, no puedan cederlos ni nombrar tenientes los que tengan esta facultad sino á personas que además de estar adornadas de las calidades personales de estatutos de cada oficio, cuenten por lo menos con mil pesos de renta anual de bienes suyos propios para los de regidor en las poblaciones de primer orden, y la de mil ducados vellon en las de segundo, para que puedan mantenerse decorosamente, entendiéndose por las primeras las que lleguen á cuatro mil vecinos, y por las segundas las que no los tengan; y así proporcionalmente con respecto á otros oficios. No sirviendo por sí los propietarios ni haciendo su nombramiento en tenientes precisamente de las circunstancias expresadas, quedarán dichos oficios sin servirse, no siendo de urgente necesidad; y siéndolo se propondrán y nombrarán anualmente por las reglas dadas para los demás, debiendo también los agraciados tener con que mantenerse honrosamente.

## TITULO VI.

*De los escribanos y de los instrumentos públicos.*

### CAPITULO PRIMERO.

*De los escribanos.*

- §. 1. Explicacion de la palabra escribano, y definicion del oficio de este.
2. Requisitos para que todo escribano pueda ejercer su oficio.
3. Lo que debe tener presente el escribano para no incurrir en pena, ni dar lugar á que se anulen los actos que autorice.
4. Lo que está prohibido á los escribanos de Cámara del Consejo.
5. Los notarios eclesiásticos no pueden usar oficios entre legos en materias temporales.
6. Pena de los escribanos que entregan diminuto algun proceso en grado de apelacion ó remision.
7. Pena en que incurrén por no signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos.
8. Pena de los escribanos que hacen escrituras entre los legos sobre cosas profanas en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica.
9. Pena del escribano que usa su oficio con jueces eclesiásticos ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho.
10. Los escribanos no pueden ser abogados de las partes, ni tratar en oficio de regatería, ni solicitar pleito alguno.
11. Pena de los escribanos de número y concejo que salgan fiadores ó abonadores de rentas Reales, propios y carnicerías, ó que las arrienden en el lugar en que ejercen sus oficios.
12. Los escribanos no pueden recibir en su poder por via de depósito ni en otra forma dinero tocante á penas de Cámara, gastos de justicia ú obras pias.
13. Tampoco pueden hacer escrituras de cosas que se miden, no siendo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila.
14. Los escribanos Reales deben decir en la suscripcion de donde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el ayuntamiento, bajo pena de perderlo. Tampoco pueden actuar ni autorizar

- contratos ni testamentos en los pueblos en que hay escribano de número.
15. Otras escrituras que no pueden otorgarse ante los escribanos Reales.
16. Casos en que los escribanos no deben llevar derechos.
17. En los pueblos donde hay copia de escribanos, ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano ó primo hermano. Como han de hacer los testimonios en las causas de apelacion.
18. Pena impuesta al escribano que no paga fe del dia y hora en que se trabé la ejecucion. Debe tambien examinar por si mismo los testigos en las causas.
19. No debe el escribano por si ni por tercera persona buscar dinero para la imposicion de censos llevando interes con titulo de correduría ni otro alguno.
20. En qué términos deben los escribanos dar á las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren.
21. Deben poner fe con su signo y firma de los derechos que llevarén, en la espalda de los procesos.
22. ¿Que deben practicar los escribanos cuando salgan á hacer ejecucion ó diligencias á otros pueblos fuera del de su residencia.
23. ¿A que escribanos corresponde dar á los arrieros los testimonios firmados de la justicia, del trigo y demas semillas que compraren?
24. Obligacion de los escribanos de concejo.
25. ¿En que tiempo y de que modo han de dar los escribanos fe y testimonio de cuanto pase ante ellos siéndoles pedido por la parte interesada?
26. Del oficio de notario del reino.
27. Gracias que se hacen de estos oficios pagando los docientos ducados del *fiat* y los diez de media anata.
28. ¿Que necesita justificarse para que se despache notaría de reinos, ó titulo del oficio de receptor, á las personas que se designan?
29. Diligencias que deben practicarse despues de obtenido el titulo en la Cámara.
30. Tiempo en que el escribano de número puede renunciar este oficio y disfrutar la gracia de la notaria de reinos.
31. De los notarios numerarios de los juzgados eclesiásticos.

*Adicion á este capitulo.*

1. *Escribano*, segun la ley 1. tit. 19. Part. 3., tanto quiere decir como ome que es sabidor de escribir; y distingue dos

clases, una de los que escriben y sellan las cartas y privilegios Reales, y los llama de la Corte del Rey; y otra (que es de la que va á tratarse) de los públicos de las ciudades, villas y lugares del reino (1). Estos son no solo los que saben escribir, sino los que ejercen el arte de la escribanía, que es oficio honorífico (2) con autoridad pública y Real concedida por el Soberano para que en juicio y fuera de él sea creído lo que testifiquen. Tambien se les llama *secretarios y notarios*. Secretarios porque por su oficio estan obligados á guardar secreto en todo lo que concierne á él y á la utilidad del Rey y de su reino (3); y *notarios* por las notas ó minutas que toman de lo que las partes tratan á su presencia, á fin de ordenar los instrumentos con arreglo á su convenio y á su derecho (4); cuyas notas firmaban en lo antiguo los contrayentes, y servian de protocolo, lo cual

1 Leyes del tit. 19. Part. 3. y 3. tit. 8. lib. 1. del Fuero Real.

2 Los escribanos nobles ó hijosdalgo no pierden por ejercer este oficio los privilegios de la hidalguía, y en consecuencia tienen el tratamiento de *Don*, cuyo distintivo se les concede justificando debidamente su nobleza. La práctica que se observa en esta solicitud es presentar pedimento firmado de procurador, de este tenor: N. en nombre, y en virtud de poder que presento de N., escribano de número y ayuntamiento, rentas &c. ante V. A. parezco y digo: que mi parte es hijodalgo notorio, como hijo de N. y nieto de F., en cuya posesion y goce se halla, y está reputado como tal noble, sin cosa en contrario, segun resulta mas por menor de los documentos que en debida forma presento; y respecto de estar justamente mandado por V. A. en repetidas ocasiones, que á los escribanos que esten en la posesion y goce de nobleza, se les dé el tratamiento de *Don* para no degradarles del distintivo que les corresponde por su clase y nacimiento, y estimular á otros á que sigan semejante profesion; suplico á V. A. que habiéndolo por presentado el poder y demas documentos, en su vista, y por lo proveido en iguales instancias, se sirva conceder á mi parte su licencia y permiso para que en los actos é instrumentos que actúe como tal escribano, se pueda firmar con el distintivo de *Don*. = De este pedimento se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y sin embargo de que se acredite la nobleza por los documentos presentados, deseando el Consejo instruir

y justificar el asunto con toda imparcialidad y seguridad, se acuerda el decreto siguiente: Madrid &c. Librese despacho cometido á la Justicia de tal parte, para que haga que por ante escribano, y en forma, y con citacion del procurador síndico de aquel pueblo, se cotejen y comprueben con sus originales los documentos presentados por este interesado, poniendo á continuacion testimonio de lo que resultase y copia del titulo en cuya virtud ejerce esta parte el oficio de escribano de número ó ayuntamiento de dicha villa, expresando si tiene la aprobacion del Consejo, y ha pagado lo correspondiente al derecho de la media anata, y ejecutado lo remitirá al Consejo, informando al mismo tiempo de acuerdo con el ayuntamiento si este interesado se halla ó no actualmente en la posesion y del goce del estado de hijodalgo, con los demas que se ofreciere y pareciere para la debida instruccion del Consejo.

Para la ejecucion de esta providencia se expide un despacho con arreglo á su tenor, y venido el informe y diligencias se pasa al señor fiscal, de cuya respuesta se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y resultando el goce de nobleza, no poniéndose reparo por el señor fiscal, se provee el siguiente decreto: Madrid &c. Por lo proveido se concede permiso á este interesado para que en sus escritos se pueda firmar con el distintivo de *Don*, expidiéndose al efecto la provision correspondiente.

3 Ley 8. tit. 9. Part. 2. y leyes 2 y 5. tit. 19. Part. 3.

4 Ley 9. tit. 19. Part. 3.

do entregan algun proceso en grado de apelacion ó remision, ha de ser íntegro y no diminuto, pena de perder el oficio y pagar el interes á la parte, pues se le puede seguir perjuicio de no ir entero todo el pleito; y sin mandato del juez no deben dar auto alguno de él, ni copia de tal auto legalizada; y dándolo con su mandato han de decir que se sacó, y que los otros autos quedan en su poder (1).

7. Todos los escribanos deben signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos, pena de diez mil maravedis y suspension de oficio por un año (2): poner á continuacion de la última, testimonio de los folios que comprende el protocolo, y dar fe de que ante ellos no pasaron para sus registros otras algunas. Asimismo deben extender todo el contexto de ellas en pliegos enteros sellados con el sello cuarto mayor, y no en papel comun, y en idioma castellano, de modo que no solo lo entiendan los otorgantes sino tambien los testigos instrumentales, para que en caso de duda puedan deponer de su contexto; expresar claramente y no en abreviaturas ni con palabras equivocadas ni ambiguas ni por guarismo el dia, mes y año, el pueblo ó lugar en que se otorga (pues no es preciso se especifique el sitio, casa ó parage del pueblo ó lugar, porque la ley habla disyuntiva y no copulativamente, ni la hora, porque no lo manda), los otorgantes, testigos presentes, condiciones, pactos, sumisiones y renunciaciones de los contrayentes, leerlas luego á presencia de estos y de los testigos, los cuales sabiendo y pudiendo firmar, las firmarán, y si no, un testigo instrumental á su ruego, haciendo mencion en la escritura de que este firmará por el otorgante; y si se añade, quita, testa ó enmienda algo al tiempo de su otorgamiento, se ha de salvar antes de las firmas para evitar toda sospecha de fraude, segun lo manda la ley; pues no salvándose en esta forma, se les debe hacer cargo en la visita, y estando salvado no, porque ninguna ley lo manda ni les impone pena. Sus copias no han de contener mas que el protocolo, exepto la suscripcion, signo y firma del escribano, ni este poder darlas, aunque tome en minuta, nota ó memorial, la razon del contexto de la escritura, como antiguamente se hacia, sin que esten extendidas primero en el protocolo, ó corregidas á presencia de las partes si quisieren asistir; y debe hacerse la suscripcion de las copias en la forma que prescribe la ley 54. tit. 18. Part. 3. para que se estimen y tengan por ori-

1 Ley 4 tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

ginales. El protocolo debe estar encuadernado, bien custodiado y foliado, pena de nulidad de la escritura, privacion de oficio, no poder obtener otro, y de pagar el daño á los interesados (1). Si conocen á los otorgantes deben dar fe de su conocimiento, y si no, no hacer la escritura, á menos que presenten dos testigos que digan que los conocen, de lo cual y de donde estos son vecinos han de hacer mencion en ella, y sentar sus nombres: y ejecutando lo contrario, se les puede imponer pena pecuniaria por no cumplir el precepto de la ley prohibitiva (2); pero si no se encuentran testigos que los conozcan, basta que el sugeto á cuyo favor se celebra el contrato, como que le interesa, y no á otro, se dé por contento y satisfecho de su conocimiento, y lo firme, con lo cual cesa el fin de la prohibicion legal, como se practica; bien que por ninguno de dichos defectos se anulará, porque la ley no la anula por ellos.

8. Los escribanos que hacen escrituras entre los legos sobre cosas profanas, ó no pertenecientes á la iglesia, en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica, pierden el oficio (3): y si autorizan obligacion con juramento de dar, hacer ó pagar alguna cosa ó cantidad del cristiano á otro, ó á judío ó moro, á mas de ser nula, deben perder el oficio y la mitad de sus bienes, y quedan inhábiles para obtener otro tal (4), á menos que el juramento recaiga sobre la confesion de si hubo intereses y á cuanto ascienden, y no sobre la obligacion misma, como se dirá en el capitulo de los préstamos; pero se permite interponer juramento en los arrendamientos de rentas de iglesias, monasterios, prebendos y clérigos de ellas, y á los labradores el que con él se obliguen á pagar los diezmos y rentas eclesiásticas, y se sometan á esta jurisdiccion por dicha causa (5); y tambien al clérigo, aunque el otro contrayente sea lego, y en los contratos de menores, comunidades, concejos, mugeres casadas, compromisos, dotes, arras, ventas, donaciones, enagenaciones perpetuas, y en otros varios que se verán en el discurso de esta obra, sin que el escribano incurra en pena por autorizarlos con él (6); pero siempre que pueda omitirlo no lo ponga, pues el tit. 18 de la Part. 3. que trata de las escrituras y las trae extendidas, en ninguna lo pone, porque con las cláusulas correspondientes á la naturaleza

1 Ley 9. tit. 19 Part. 3. leyes 1. 4 y 10. tit. 23. Nov. Rec. Otero de oficialib. reip. part. 2. cap. 10. Parlad. lib. 2. Rec. cap. 20.

2 Ley 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. T. 1.

3 Ley 7. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec.

4 Ley 6. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 6. tit. 1. lib. 10. y 3. tit. 22. lib. 12. Nov. Rec.

6 Ley 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

de cada una, estima el derecho por firme el contrato, y se evitan funestas consecuencias, como se dirá hablando de los compromisos y transacciones.

9 El escribano que usa su oficio con jueces eclesiásticos ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho, incurre en infamia, debe perder la mitad de sus bienes y ser desterrado por dos años del lugar de su domicilio (1); y si da fe, y presencia como tal la colacion de grados de bachiller, licenciado ó doctor, en virtud de rescripto ó breve apostólico, ó de otra manera, incurre en la pena de destierro de estos reinos, pierde la mitad de sus bienes y queda inhabilitado para usar el oficio (2).

10. No pueden los escribanos ser abogados de las partes ni favorecerlas en los pleitos que ante ellos penden (3), ni tratar en oficio de regatería, pena de perder el de escribano (4); ni tampoco solicitar pleito alguno de los de Cámara, de los Consejos y audiencias, ni los de la Corte, de los Juzgados de dichos Consejos (que hoy llaman de provincia y comisiones) ni los del número, ni los criados de unos ni otros (5); y las razones son las que expone la ley 8. tit. 5. Part. 3. Pero á los escribanos Reales no está prohibido solicitar ó ser agentes en pleitos y negocios en que no actúan, porque no tienen el poder y valimiento que los referidos, ni pueden irrogar perjuicio á las partes como ellos, ni hacer mas oficio en dichos negocios y pleitos que el de un mero apoderado ó agente, con instruccion mas que algun otro para saber seguirlos y evitar á sus principales muchos daños que por ignorancia les causan los que no lo son, y así se practica en la Corte; porque lo que no está prohibido se entiende permitido, y ademas no estan ligados ni sujetos como los otros, y por consiguiente no se pueden distraer de sus obligaciones, ni perjudicar por esta razon á los interesados.

11. Los del número y concejo no pueden ser fiadores ni abnadores de rentas Reales, propios y carnicerías en el lugar en que ejercen sus oficios, ni arrendarlas por sí ni por medio de otra persona, pena de privacion de ellos y de perder la cuarta parte de sus bienes, lo que deben jurar al tiempo que son recibidos á su uso y ejercicio (6); y por carga de su oficio tampoco puede llevar derechos de las escrituras y procesos que autorizar por lo respectivo al concejo el escribano de este, á menos

1 Ley 7. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec.  
2 Ley 1. tit. 8. lib. 8. Nov. Rec.  
3 Ley 6. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.

4 Ley 10. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.  
5 Ley 11. tit. 24. lib. 5. Nov. Rec.  
6 Ley 7. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.

que sentenciado el pleito, quiera el concejo traslado del proceso, pues en este caso debe pagarle los legítimos (1).

12. Ningun escribano puede recibir en su poder por via de depósito ni en otra forma maravedises tocantes á penas de Cámara, gastos de justicia ú obras pias, pena de pagar lo que recibiere con el cuatrotanto, aunque la partida esté sentada en los libros (2) (\*), ni ser tesorero de rentas Reales en el lugar en que usare su oficio, pena de perderlo y pagar cincuenta mil maravedis (3). Los depósitos de dinero y de otras cosas que las justicias mandaren hacer, no han de verificarse en el escribano de la causa que diere motivo al depósito, pena de pagar diez mil maravedises para los propios del pueblo el juez que lo mandare, y otros tantos el escribano que lo recibiere (4); y en los pueblos en que hubiere oficio de depositario, debe el escribano de ayuntamiento tener libro en que sienta y tome la razon de cualquier depósito que se haga antes de su entrega (5).

13. Los escribanos no pueden hacer escrituras de cosas que se miden, no siendo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila, pena de perder el oficio; ni autorizar aquellas en que una ó mas personas pongan bienes en cabeza de otro en perjuicio de la Real Hacienda, ó en fraude de las leyes, administracion de justicia ó engaño de tercero; y de las hechas deben dar noticia á las justicias dentro de quince dias, pena de privacion de oficio y otras (6) (\*\*). Tampoco pueden admitir poderes de los señores jurisdiccionales en los pueblos de señorío (7).

14. Los Reales deben decir en la suscripcion, de donde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el ayuntamiento, pena de perderlo, y por la presentacion no se les han de llevar derechos (8). No pueden actuar ni autorizar contratos ni testamentos y últimas voluntades en los pueblos en que hay escribano del número, pena de privacion de oficio, pagar veinte mil maravedis y de nulidad del instrumento (\*\*\*);

1 Ley 6. tit. 35. lib. 11. Nov. Rec.  
2 Leyes 1. tit. 14. y 16. tit. 27. lib. 4. Nov. Rec.

\* Lo que dicen estas leyes es, que haya un receptor de penas de Cámara, y un libro donde los escribanos sienten las condenaciones que se hicieren, so pena de pagar el duplo y ser suspendidos de oficio por seis meses.

3 Ley 8. tit. 5. Part. 3.  
4 Ley 1. tit. 26. lib. 11. Nov. Rec.  
5 Ley 2 del mismo título.  
6 Leyes 1 y 2. tit. 9. lib. 9. Nov. Rec.

\*\* El escribano en las escrituras ó instrumentos que otorgue debe ajustarse á lo prevenido sobre medidas y pesos en la ley 5. tit. 9. Nov. Rec.

7 Art. 8 de la ley 32. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.

8 Ley 13. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.  
\*\*\* Para esta prohibicion se tuvieron presentes tres razones: primera, porque los protocolos no se extraviasen ni perdiesen, respecto no tener los Reales oficio público en que archivarlos; segunda, porque los numerarios estan ligados y sujetos á ser

pero sí dar fe de los autos extrajudiciales, y tambien de los judiciales, siendo elegidos por los corregidores para recibir quejas y las primeras informaciones de los delitos, á fin de mandar prender á los que resulten reos, con tal que entreguen luego los autos al escribano del número ó crimen si lo hubiere (1). En las aldeas donde no residen escribanos numerarios, y en la Corte, chancillerías y sitios Reales, les está permitido autorizar todos los referidos instrumentos. Asimismo podrán actuar con los alcaldes de sacas y hermandad, jueces de comision y pesquisidores, y autorizar las obligaciones ó autos que dimanen de estos negocios, y las pertenecientes á las rentas Reales, en caso que no haya propietario ó teniente (2). Pero en Madrid los escribanos de su número compraron á su Magestad el privilegio de que los Reales no puedan autorizar escrituras de fundaciones de mayorazgos, vínculos, patronatos, memorias, aniversarios y de censos perpetuos y al quitar, ventas de ellos y de casas, villas, jurisdicciones, tierras, montes, dehesas, alcabalas y juros, y asimismo de capitulaciones matrimoniales y dotes, interviniendo en ellas vínculos ó mayorazgos, pena de ser habidos por falsarios, y de nulidad de ellas; cuyo privilegio se les despachó en 9 de junio de 1636, y mandó observar por los tribunales de la Corte; bien que por el no uso de él en todo lo que comprende, lo han perdido en esta parte, y así las autorizan los Reales asegurando la alcabala en los contratos que la causan, y protocolando en los de aquellos las escrituras, ó dejándolas en sus registros, segun cada uno quiere, y ni se dan por nulas ni se les impone pena, porque hoy hay archivo general en donde se custodian sus protocolos, y no hay ningun riesgo de que se pierdan; á mas de que los títulos que se les expiden son privilegios posteriores, y no se lo prohiben, deduciéndose de aqui que se lo permiten y derogan el de aquellos: fuera de que se sigue mucho beneficio á los otorgantes y aun á la Real Hacienda de que los escribanos Reales autoricen las escrituras, como se verá en el párrafo inmediato.

15. Tampoco pueden otorgarse ante los escribanos Reales,

vir al pueblo en que lo son, como que contratan con él, lo cual no sucede á los Reales, que son libres y pueden usar ó no de su oficio, siendo justo que por dicha sujecion no se defraude á los numerarios de sus derechos; tercera, por las cargas que estos tienen en razon de sus oficios en el pueblo, las cuales serian mas gravosas sin la debida compensacion. No obstante, segun

Febrero en la parte 2. lib. 3. cap. 2. párrafo 1. num. 29, cesa la prohibicion por la costumbre, tolerancia y consentimiento, aunque no cita ley para apoyar esto, ni es conforme a la disposicion terminante de la ley 7. tit. 23 lib. 10. Nov. Rec.

<sup>1</sup> Leyes 3. tit. 15. lib. 7. y 7. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

<sup>2</sup> Ley 2. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec.

aunque sea en la Corte y chancillerías, escrituras de venta y permuta de bienes raices, imposiciones de censos, ni otros contratos que causan alcabala, pena de privacion de oficio y de pagar esta con el cuatrotanto, pues deben pasar ante los del número de las ciudades, villas y lugares en cuya jurisdicción estan las heredades que se venden, truecan y acensúan; y en caso de no haber escribano público en ellos, ante el de Realengo mas cercano del mismo partido, el cual debe dar en cada mes copia signada y firmada de las referidas escrituras á los arrendadores, fieles y cogedores, con juramento de no haber pasado ante él otra alguna, y testimonio siempre que estos se lo pidan; previniendo que si se prueba haber ocultado ó dejado de incluir en el testimonio mensual alguna partida, debe pagar lo que importe la alcabala de ella con el cuatrotanto (1); mas no obstante, se otorgan en la Corte ante los escribanos Reales todas las expresadas escrituras, y despues las protocolan en los oficios de número ó provincia que les parece, ó en sus registros; pues con el motivo del perjuicio que se irrogaba á los arrendadores, de observarse el privilegio y precepto legal, por ciertas causas que alegaron, pretendieron y se mandó por el señor Don Pedro Colon de Larreategui, del supremo Consejo y Cámara, y por otros señores jueces privativos de este negocio, que los escribanos Reales y los de número y provincia no diesen copias de las escrituras que causan alcabala, sin que se les hiciese constar por carta de pago de los arrendadores estar satisfecha; de cuya providencia se prueba que no solo pueden autorizarlas sino dar las copias despues de satisfecha la alcabala, porque cesa el motivo de la prohibicion legal; y así se observa hoy por haber archivo general de protocolos, y por las demas razones expuestas; pues no obstante los esfuerzos que han hecho, no han podido conseguir que se imponga la prohibicion á los Reales que se domicilian en la Corte, en sus títulos, que es el único medio de impedir su otorgamiento ante ellos. A mas, de que los numerarios de Madrid no tienen cargas concejiles como los de los demas pueblos, y así no se les perjudica como á estos. Tambien pueden dar fe y testimonio en los lugares de señorío por lo tocante á la moneda forera, aunque haya numerarios (2).

16. Los escribanos no deben llevar derechos á los monasterios de religiosos del Carmen, Santo Domingo, San Francisco

<sup>1</sup> Ley 14. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

<sup>2</sup> Ley 17. tit. 33. lib. 9. Rec.

y San Agustín reformados en la observancia, ni á los de monjas de cualquier orden que lo esten, ni á los hospitales de estos reinos, de los procesos y autos que ante ellos pasaren; ni á los procuradores fiscales, ni á sus apoderados en las causas fiscales, ni de ejecuciones que se hicieren por los bienes ó maravedis que aplicaren al fisco (1); ni tampoco á los que probaren ser pobres; previniendo que si estos estan presos, no se les debe detener en las cárceles, ni tomar su ropa, ni apremiar á que den fiador para la paga de derechos, ni hacerse esta de limosna que se da y está destinada para su manutencion en la carcel (2).

17. En los lugares en que hay copia de escribanos, ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano ó primo hermano, ni permitir las justicias que actúen en el pleito como procuradores ó abogados, el padre, hijo, yerno, hermano ó cuñado del escribano ante quien pende la causa (3). Y si en las civiles y criminales se interpone apelacion, deben los escribanos en los testimonios de esta poner puntual relacion de la demanda, cantidad, reconvenccion si la hubiere, y sentencia dada, pena de suspension de oficio por dos meses (4).

18. Todo escribano debe poner fe del dia y hora en que se trabé la ejecucion, pena de nulidad de esta, y de pagar el interes á la parte (5); y examinar por sí mismo los testigos, y no por sus criados y sirvientes, sin que esté presente á ello otro alguno; y en caso de tener justo impedimento, si el pleito se principió ante él, podrá nombrar otro escribano de la propia audiencia que lo ejecute, y no habiéndose principiado, debe nombrarlo la justicia (6).

19. Ningun escribano debe por sí ni por tercera persona buscar dinero para que los concejos, universidades y personas particulares impongan censos, llevándoles interes con titulo de correduría ni otro alguno (7); ni los del número y ayuntamiento pueden usar de estos oficios en caso de tenerlos arrendados, pena de perderlos; y los propietarios que deben servirlos por sí mismos sin poder arrendarlos ni darlos en confianza, no perteneciendo á muger ó menor por justos títulos, tampoco pueden ser admitidos á su uso y ejercicio, sin que hagan constar

1 Leyes 5. tit. 35. lib. 11. y 5. tit. 17. lib. 6. Nov. Reg.

2 Leyes 20, 21, 22 y 23. tit. 38. lib. 42. Nov. Rec.

3 Ley 6. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 18. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

5 Leyes 14, 15, 16 y 17. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

6 Ley 7. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

7 Ley 17. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

tener de patrimonio la tercera parte del valor del oficio, bajo de igual pena (1).

20. Los escribanos deben dar á las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren, dentro de dos dias siguientes al en que se las pidieren, si contienen dos pliegos, y excediendo de ellos, dentro de ocho, pena de pagarles el interes y daño que se les irroga en la dilacion, y de cien maravedis mas por cada dia que tardaren y las detuvieren. Pero hasta que se las pidan no estan obligados á dárselas, y pidiéndoselas, aunque sea años despues de su otorgamiento, pueden suscribirlas como originales, expresando el dia y año en que las sacan, y dar cuantas copias quieran, siendo de las contenidas en el párrafo 12 del capítulo siguiente, y no de las prohibidas. Deben asimismo poner al pie de las escrituras y al margen del protocolo, qué dia se sacaron y en qué papel, con expresion del sello, dando fe de ello, pena por la primera vez de cien mil maravedis y privacion de oficio, y por la segunda, de incurrir en las impuestas contra los falsarios (2); sin que baste decir que las dieron en el sello correspondiente, pues han de especificar cuál es, y siempre que alguna de las partes lo pida, se ha de poner y depositar un traslado autorizado de la escritura en el archivo de la ciudad, villa ó lugar, con tal que el escribano ante quien se otorgue, la ponga, y se tome la razon dentro de tercero dia, expresándose en la escritura que la parte lo pidió (3). Y si la escritura pertenece á ambos interesados, puede dar á cada cual su copia, ó á uno solo aunque el otro no la pida (4). Pero en la suscripcion de cada copia deberá expresar para quién es, y en el protocolo notar á quién la dió, por si es tal que á una de las partes no se deba dar mas que una, v. gr. en la venta en que el comprador se obliga á pagar á plazos, ó constituye censo reservativo del precio de lo vendido.

21. Deben tambien poner fe con su signo y firma de los derechos que han llevado y llevaren, en el reverso ó espalda de los procesos y escrituras que dieren firmadas á las partes, y que no han cobrado mas por sí ni por interpuesta persona, pena de volver el exceso á los del Real arancel con el cuatrotanto, y de incurrir en las establecidas contra los falsarios; y de lo que importen los derechos deben dar á las partes recibo ó carta de pago, sentar los que las justicias llevaren, y estas no firmar

1 Leyes 8 y 9. tit. 6. lib. 7. Nov. Rec.

2 Leyes 3. tit. 23. y 2. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 9. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

mandamientos, escrituras ni carta de alguna en que no vayan puestos; y cuando los escribanos no los llevaren, lo han de sentar de su mano en el proceso ó escritura (1).

22. Los escribanos que salieren á hacer ejecuciones ó diligencias á otros pueblos fuera del de su residencia, deben entregar los papeles originales al propietario de la causa luego que las concluyan ó se retiren, y no cumpliéndolo, se les hará cargo particular en la residencia (2); y aunque hagan en un dia muchas ejecuciones, no pueden llevar mas derechos que por un camino y dia de ocupacion (3). Tambien deben entregar á los receptores de penas de Cámara los mandamientos, sentencias ó ejecutorias que haya en ejecucion de condena de ellas, para que soliciten su cobranza (4).

23. A los escribanos de ayuntamiento, y no á otro, corresponde dar á los arrieros los testimonios firmados por la justicia, del trigo y demas semillas que compraren, ó sus dueños envian á vender á otra parte, para que por ellos se les arregle su acarreo conforme al número de fanegas y distancia de leguas (5); cuyas leguas se entienden comunes y vulgares, y no legales; y en justicia se deben juzgar así, como lo manda la ley (6), en todos los pleitos que ocurran. Deben las justicias de oficio, precedida la informacion necesaria, hacer constar individualmente qué valor han tenido los granos en los mercados de sus respectivos pueblos, y el escribano de ayuntamiento ó concejo tenerlo siempre de manifiesto para dar las certificaciones que le pidan de sus precios (7).

24. Tienen obligacion los escribanos de concejo de dar parte al señor fiscal del Consejo, si ha intervenido precio, dádivas ó promesas en los oficios que se han de dar ó elegir por votos en el mismo concejo, ó si se admitió á su uso á los electos sin haber hecho el juramento de no haberlos obtenido por estos medios, pena de perder el oficio (8); y asimismo la tienen de hacer dos libros á costa de los concejos, uno de papel de marca mayor, en que han de escribir todas las cartas, cédulas y ordenanzas Reales enviadas á las ciudades, villas y lugares, sobre cualquiera causa ó razon que sea; y otro en pergamino, y sentar en él á la letra todos los privilegios de sus respectivos lugares y sus

1 Leyes 17. tit. 20. 8 y 9. tit. 35. lib. 14. Nov. Rec.

2 Ley 14. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

3 Ley 28. tit. 21. lib. 4. Rec.

4 Ley 2. tit. 34. lib. 5. Nov. Rec.

5 Ley 6. tit. 19. lib. 7. y nota al pie de ella.

6 Ley 3. tit. 35. lib. 7. Nov. Rec.

7 Ley 4. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec.

8 Leyes 7 y 8. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.

tierras, y las sentencias dadas á su favor, no solo en razon de sus términos sino de otras cosas tocantes al bien comun, con una tabla al principio, en que se mencionen los privilegios y sentencias, pena de cinco mil maravedis por cada vez: é igualmente deben sentar en el libro de concejo los padrones de las monedas ó impuestos que se mandaren repartir; cuyos padrones ningun otro escribano puede tener ni recibir, á menos que tenga especial facultad y provision Real para ello, pena de perder el oficio y otras (1).

25. Los escribanos deben dar fe y testimonio de todo cuanto pase ante ellos, siéndoles pedido por la persona interesada, dentro de tres dias siguientes, aunque sea con respuesta de juez ó de otro, y estos no respondan, pena de pagar á la parte el daño ó interes, y de cien maravedis por cada dia que lo detuvieren (2); lo cual se entiende extendiendo el testimonio en el mismo dia y entregándolo á la parte dentro de tres, segun sentir de Acevedo en la ley citada, y de otros. Pero ocurre la duda de si el escribano podrá ó no dar testimonio de conversacion que pase ante él, pues veo que se multa frecuentemente á los que lo dan sin autos de juez, y que aunque el interesado acuda á este para que mande darlo, no accede á ello, y si solo á que el escribano declare como testigo. Lo cierto es que habiendo buscado de intento con cuidadosa atencion ley prohibitiva, no la hallé; antes si que pueden dar fe de ello, como se acredita de la citada, de la 4. tit. 2. lib. 7. Nov. Rec. que dice que los de concejo no tienen voz ni voto en él, y deben usar solamente sus oficios para dar fe de lo que ante ellos pase, y de otras que omito; pues de no permitirseles darlo, puede irrogarse perjuicio á las partes, por no tener tal vez otra justificacion para probar su intencion, y no hacer igual prueba su dicho como testigos, que su testimonio; y por lo mismo, siendo el escribano de buena vida, fama é integridad, y dando el testimonio dentro del término legal, se le debe creer y no multar. Una cosa es que en las causas criminales no lo den, porque no es razon que sirvan de instrumento para acalorar y fomentar la discordia y encono (aunque á veces conviene para que se castigue á los reos), y otra que se les multe porque lo dan, respecto á que lejos de haber legal prohibicion, les impone pena la ley citada, si tardan mas de los tres dias en darlo: es verdad que el multarlos pro-

1 Leyes 3. tit. 2. lib. 7. y 1. tit. 22. lib. 6. Nov. Rec.

T. I.

2 Ley 3. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

vendrá tal vez de que algunos son ligeros en dar testimonio voluntario de todo en cualquier tiempo que se les pida; pero á estos se debe castigar, no por darlo sino por darlo fuera del término prefinido por la ley. Como quiera, no siendo posible resolver esta duda ni combinar el precepto legal con los judiciales, aconsejo al escribano que no dé testimonio de cosa alguna sin tener á que remitirse, ni tampoco de conversacion ó dicho de alguno, aunque en el acto se lo pida la parte, interin el juez no se lo mande, y de esta suerte evitará que se le multe, pues la razon cede al poder, y contra este no la hay. Las prohibiciones y penas legales en quanto á los contratos de labradores, hijosdalgo, menores, hijos de familia aunque sean mayores, arras, joyas y otras, se pondrán en sus respectivos lugares, y así se omiten aqui por no repetir las. En el indice alfabético que se pondrá al fin de la obra, se hallará quanto á esta materia corresponde.

26. *Adicion.* Aunque el oficio de notario de reinos es un oficio público muy diferente del de escribano de ayuntamiento, del número, juzgado &c. se hallan tan unidas las mas veces las funciones de unos y de otros, y se dan tanto la mano las disposiciones legales que tratan de ellos, particularmente la de renunciaciones, y la práctica de la expedicion de los respectivos títulos, que no parecerá impertinente dar una noticia de lo que se observa en la de este oficio. La creacion y nombramiento de escribanos Reales ó notarios es prerogativa de la Corona, expidiéndose por la Cámara al interesado que obtuvo esta gracia con el servicio de docientos ducados, que se llama *fiat*, una Real cédula que se presenta al Consejo junto con los demas papeles correspondientes, que son: 1.º fe de bautismo en que conste tener veinte y cinco años cumplidos, ó dispensa de la Cámara del tiempo que le falte; 2.º otra de práctica de cuatro años con testimonio formal del escribano con quien la hubiere tenido, con expresion de si ha sido continuada ó con intermisiones, si está capaz ó no, admitiendo solo por testigos la misma justificacion en el caso que haya fallecido el escribano ó escribanos con quienes hubiese practicado; uno y otro con citacion del procurador síndico del pueblo donde hubiese tenido la práctica informando sobre ello el Corregidor y Justicia del mismo, con calidad de quedar todos responsables. Lo mismo deben ejecutar los de Madrid, añadiendo solo los forasteros la matrícula de las parroquias; 3.º informacion de limpieza de sangre recibida en el pueblo de su naturaleza, con citacion del procurador síndico general y

personero del comun, é informe de la justicia de la buena vida y costumbres del pretendiente, sus calidades é inteligencia para el oficio que se le encarga.

27. Desde que en el año de 1777 se hizo el ejemplar de despacharse Real cédula á favor de un interesado para notario y escribano Real de los reinos con calidad y restriccion de haber de residir en una de tres determinadas villas y de ejercer el oficio solamente en ellas, de que se le despachó título con esta limitacion, pagando los docientos ducados del *fiat* y los diez de media anata, han sido muchos los que han logrado despues iguales gracias con la misma calidad y restriccion pagando los docientos ducados del *fiat* y los diez de media anata.

28. Para evitar los inconvenientes que se experimentaron de la ocasion que se daba con las renunciaciones para multiplicarse los escribanos por la gracia de notaria de reinos, que sin pagar *fiat*, á título del oficio tienen anexas las escribanías numerarias de muchas ciudades y villas de los reinos de Castilla, y á las receptorías del número de la Corte, chancillerías, audiencias y adelantamientos, sobre que pueden verse los autos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11 y 17. tit. 25. ley 4. Rec., ó leyes 5, 6, 20, 23, 24, y notas 3, 13 y 15. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec., se mandó últimamente que en adelante no se librasen ni despachasen licencias á los referidos escribanos del número ni receptores del número de la Corte, chancillerías, audiencias y adelantamientos, para que renunciando sus oficios pudiesen continuar en el uso del de notario de reinos, hasta haber servido en ellos diez y seis años. Auto 15 de dicho título. Está declarado y mandado que no se despache notaria de reinos ó título del oficio á ningun receptor, escribano de provincia, número, adelantamientos, ni otros, á cuyos oficios pertenezca y toque dársela (no habiendo de entrar en propiedad el que la hubiese de ejercer ó estuviere ejerciendo por nombramiento del propietario), sino justificando primero pertenecerle por venta, herencia, renuncia ó en otra forma; en cuyo caso y teniendo el hueco de los diez y seis años, se les dé en cabeza del propietario.

29. En virtud de estas disposiciones, obtenido en la Cámara el título de escribano numerario ó de receptor, lo ha de presentar original el pretendiente en el Consejo con los demas documentos prevenidos para los escribanos Reales. Si no hay reparo en ellos, sobre lo cual pasa el expediente al señor fiscal, se le admite á examen, y hallándole habil se le manda dar la certificacion correspondiente para el uso y ejercicio del oficio,

y que á título de él se le despache la notaría de reinos en la forma ordinaria. Despues hace el juramento, y por la escribanía de Gobierno á donde pasa el expediente, se comunica aviso al secretario del Consejo de Hacienda, á fin de que se ponga en tesorería general la cantidad de tres mil setecientos y cincuenta maravedis, importe de la notaría de reinos, á título del oficio, por suponerse pagada la correspondiente á la numeraria despachada por la Cámara: puesta en el expediente la carta de pago, de que se ha de tomar la razón en la contaduría general de valores, se expide la certificación y título.

30. Al fin de los diez y seis años puede renunciar el oficio y disfrutar la gracia de la notaría de reinos, acudiendo al Consejo para poder continuar en el uso y ejercicio de la misma, aunque renuncie el oficio de escribano del número. No ofreciéndose reparo al señor fiscal á quien pasa tambien este expediente, se manda librar á favor del interesado la provision ordinaria que pide.

31. En cuanto á si los notarios de asiento numerarios de los juzgados eclesiásticos han de ser notarios de los reinos, se han de tener presentes la Real pragmática de 18 de enero de 1770, (ley 6. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec.) y la circular de 28 de enero de 1778, en que á consecuencia de Real orden se declaró que la gracia, que su Magestad se dignó conceder por la referida pragmática á los notarios mayores ó de asiento, del *fiat* de la notaría de los reinos no fuese precisa sino voluntaria á favor de los que quisiesen solicitarla.

## CAPITULO SEGUNDO.

*De los instrumentos.*

- |                                                                                                                          |                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. De cuantas clases son los instrumentos.                                                                            | 8. Del registro ó protocolo.                                                                                                                                                  |
| 2. Requisitos para que haga fe el instrumento público otorgado en los reinos de Castilla.                                | 9. El protocolo es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes.                                                            |
| 3. Número de testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos.                                             | 10. De la copia original, y requisitos que debe tener.                                                                                                                        |
| 4. Calidades que deben tener dichos testigos.                                                                            | 11. Del traslado y sus circunstancias.                                                                                                                                        |
| 5. No hace fe el instrumento otorgado por escribano en quien concurre alguno de los defectos que allí se expresan.       | 12. De las copias que puede dar el escribano sin decreto judicial.                                                                                                            |
| 6. Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el instrumento que no está signado por el escribano ante quien se otorga. | 13. Del mismo asunto.                                                                                                                                                         |
| 7. Tres clases de instrumentos públicos, á saber, protocolo ó registro, copia original y traslado.                       | 14. Qué deberá hacer el interesado en la escritura cuando el escribano ha muerto y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz por haberla perdido ú otro motivo. |

Real cédula sobre el uso del papel sellado.

1. Los instrumentos son auténticos, públicos y privados. El auténtico es el que firman y sellan el Rey, los arzobispos, obispos, prelados, duques, condes, marqueses, maestros de las ordenes militares, y otros grandes señores, y los cabildos, universidades y concejos: se llama así porque está autorizado por el mismo que lo hizo, y contiene hecho suyo privativo y no ageno; y porque por él, y no por un tercero, tiene autoridad cierta (1). Tambien se llama auténtico lo que está comprobado por la autoridad de muchos, y lo que se halla en el archivo público y lo demas que refiere Gregorio Lopez en la glos. 1. de la ley 1. tit. 18. Part. 3. Este instrumento prueba contra el que

1 Covarr. Pract. cap. 19. num. 1.

y que á título de él se le despache la notaría de reinos en la forma ordinaria. Despues hace el juramento, y por la escribanía de Gobierno á donde pasa el expediente, se comunica aviso al secretario del Consejo de Hacienda, á fin de que se ponga en tesorería general la cantidad de tres mil setecientos y cincuenta maravedis, importe de la notaría de reinos, á título del oficio, por suponerse pagada la correspondiente á la numeraria despachada por la Cámara: puesta en el expediente la carta de pago, de que se ha de tomar la razón en la contaduría general de valores, se expide la certificación y título.

30. Al fin de los diez y seis años puede renunciar el oficio y disfrutar la gracia de la notaría de reinos, acudiendo al Consejo para poder continuar en el uso y ejercicio de la misma, aunque renuncie el oficio de escribano del número. No ofreciéndose reparo al señor fiscal á quien pasa tambien este expediente, se manda librar á favor del interesado la provision ordinaria que pide.

31. En cuanto á si los notarios de asiento numerarios de los juzgados eclesiásticos han de ser notarios de los reinos, se han de tener presentes la Real pragmática de 18 de enero de 1770, (ley 6. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec.) y la circular de 28 de enero de 1778, en que á consecuencia de Real orden se declaró que la gracia, que su Magestad se dignó conceder por la referida pragmática á los notarios mayores ó de asiento, del *fiat* de la notaría de los reinos no fuese precisa sino voluntaria á favor de los que quisiesen solicitarla.

## CAPITULO SEGUNDO.

*De los instrumentos.*

- |                                                                                                                          |                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. De cuantas clases son los instrumentos.                                                                            | 8. Del registro ó protocolo.                                                                                                                                                  |
| 2. Requisitos para que haga fe el instrumento público otorgado en los reinos de Castilla.                                | 9. El protocolo es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes.                                                            |
| 3. Número de testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos.                                             | 10. De la copia original, y requisitos que debe tener.                                                                                                                        |
| 4. Calidades que deben tener dichos testigos.                                                                            | 11. Del traslado y sus circunstancias.                                                                                                                                        |
| 5. No hace fe el instrumento otorgado por escribano en quien concurre alguno de los defectos que allí se expresan.       | 12. De las copias que puede dar el escribano sin decreto judicial.                                                                                                            |
| 6. Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el instrumento que no está signado por el escribano ante quien se otorga. | 13. Del mismo asunto.                                                                                                                                                         |
| 7. Tres clases de instrumentos públicos, á saber, protocolo ó registro, copia original y traslado.                       | 14. Qué deberá hacer el interesado en la escritura cuando el escribano ha muerto y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz por haberla perdido ú otro motivo. |
- Real cédula sobre el uso del papel sellado.

1. Los instrumentos son auténticos, públicos y privados. El auténtico es el que firman y sellan el Rey, los arzobispos, obispos, prelados, duques, condes, marqueses, maestros de las ordenes militares, y otros grandes señores, y los cabildos, universidades y concejos: se llama así porque está autorizado por el mismo que lo hizo, y contiene hecho suyo privativo y no ageno; y porque por él, y no por un tercero, tiene autoridad cierta (1). Tambien se llama auténtico lo que está comprobado por la autoridad de muchos, y lo que se halla en el archivo público y lo demas que refiere Gregorio Lopez en la glos. 1. de la ley 1. tit. 18. Part. 3. Este instrumento prueba contra el que

1 Covarr. Pract. cap. 19. num. 1.

lo mandó sellar si lo reconoce, mas no á su favor, sobre lo cual véase la ley 114. tit. 18. Part. 3. en los dichos, y sus diez glosas primeras. Instrumento público es el que autorizan los escribanos de los pueblos ante testigos, y contiene hechos y cosas ajenas que pasan á su presencia; y ambos hacen fe y plena probanza en cuanto á su contexto (1): como igualmente el que autoriza el escribano de cabildo ó concejo (que es propiamente fiel de fechos, si por él es nombrado y no tiene Real título), en las cosas á él concernientes (2); bien que hoy á entrambos llaman vulgarmente auténticos. Del privado se tratará cuando se hable de la prueba que puede hacerse en juicio por medio de los instrumentos.

2. Para que haga fe el instrumento público otorgado en los reinos de Castilla han de concurrir en él, á mas de las cuatro circunstancias necesarias para la validacion de los contratos, de que se hablará cuando se trate de estos, los requisitos siguientes: 1.º que se otorgue ante escribano de número del pueblo, y no ante los Reales, excepto en aquellos casos en que á estos es permitido, segun se dijo en el capítulo anterior, párrafo 15.; 2.º que se haga en registro protocolo de pliego entero del sello cuarto (ya sea suelto cada pliego, segun en la Corte se estila, ó metido por cuadernos uno en otro; pero esto no lo manda la ley ni dice mas que pliego entero), y que las copias se saquen del literal, y finalmente en el papel sellado que la ley Real prescribe para cada contrato ó instrumento segun su calidad y cantidad (3); 3.º que al principio ó fin del instrumento (pues la ley no distingue) se expresen el dia, mes, año y lugar ó pueblo en qua se otorga, los nombres y apellidos de los contrayentes y de los testigos que presencien su otorgamiento ó publicacion, y la vecindad de unos y otros; pero no es preciso que se especifique el lugar, sitio ó parage del pueblo ó lugar, porque la ley no lo previene, antes bien habla disyuntivamente en quanto dice: *Vel lugar ó casa donde se otorgan*: bien que lo que abunda no daña; 4.º que lo firmen los otorgantes, y si no saben ó no pueden, uno de los testigos instrumentales á su ruego, y no otro, diciendo al final del mismo instrumento que un testigo firmará por ellos, á causa de no saber ó no poder, y expresando el motivo de su imposibilidad; pero aunque los otorgantes sean muchos, y

1 Leyes 1. y 114. tit. 18. Part. 3.

2 Ley unic. tit. 26. lib. 4. de la Rec.

3 Leyes 1. tit. 23. y 1 y 2. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec. Al fin de este título se

hallará la última Real cédula sobre las reglas que han de observarse para el uso del papel sellado.

ninguno sepa firmar, no es necesario que cada testigo firme por cada uno, porque la ley no lo manda: basta que uno firme por todos, excepto en el testamento y codicilo cerrados, y así se practica; 5.º que antes de las firmas se saquen y salven sin sospecha las enmiendas, adiciones, testaduras y entrerenglonaduras que tenga; 6.º que lo firme y autorice, y selle ó signe el escribano, y dé fe de que conoce al otorgante; y no conociéndolo, que con juramento depongan de su conocimiento dos de los testigos instrumentales que expresen ser el mismo que suena, y de aquel nombre y apellido, sin fraude, y que firmen tambien el instrumento por esta razon (1); á los cuales ó á lo menos á uno debe conocer, y en este caso dar fe de su conocimiento, pues cuando conoce al otorgante, no necesita darla de ellos, ni conocerlos, porque la ley no lo manda; ó que el sugeto á cuyo favor se formaliza, se dé por satisfecho del conocimiento del otro contrayente, como que le importa, y á nadie mas, el saber con quien contrae para no ser perjudicado; y que lo firme igualmente; ó un testigo por él si no sabe; pues como la fe del conocimiento se estableció á su favor con el objeto de evitar engaños y perjuicios, en dándose por contento de él, cesan y se verifica el fin de la ley, y así se practica; bien que aunque la fe y la deposicion de los testigos ó el beneplácito del contrayente falten, no se anulará el instrumento, y solo será cargo arbitrario y pecuniario contra el escribano, por no cumplir el legal precepto, porque la ley no lo invalida ni le impone pena, pero basta que se lo prohiba para que no lo haga (2); sin embargo le advierto, que si á ninguno de los otorgantes conoce, no ha de suponer ni firmar que tienen los nombres que dicen tener, sino decir, *que expresaron llamarse así*, lo cual es muy diverso, y de esta suerte no se le podrá argüir de que dió á entender que los conocia; y lo mismo ha de practicar en el examen de testigos cuando no los conoce. Del mismo modo se le puede exigir pena arbitraria, y mucho mas crecida, por no autorizar el instrumento, porque por este defecto y omision no es ni se le tiene por público, sino por privado, ni de él se puede dar copia que pruebe en juicio; y si el escribano ha muerto, necesitan probar su contexto por otro medio los interesados, á quienes de este punible descuido ó malicia se irrogan gravísimos daños, que deben resarcirles los herederos del escribano; 7.º que este signe todas las escrituras,

1 Leyes 54 y 114. tit. 8. Part. 3. 1 y 2. tit. 23. y 2. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

2 Cur. Philip: part. 1. §. 17. num. 30.

porque el signo ó sello es el caracter Real que las vigoriza; pero esto solo se practica en las copias, pues en cuanto á los protocolos se signa el de cada año á su final, cuyo signo comprende y corrobora todos los instrumentos dentro de él otorgados; 8.º que el instrumento no esté roto ó cancelado en parte sustancial, como son los nombres y apellidos de los otorgantes, escribano, testigos, firmas, signo, cosa, cantidad, plazos, pactos, fecha y lugar de su otorgamiento; pues si lo está, ó en abreviatura, y no puede tomarse el verdadero sentido de su contexto; ó aun cuando se entienda, si está enmendado ó testado, y no salvo sin sospecha antes de las firmas; ó la cantidad ó fecha por guarismo ó con letras iniciales, poniendo una sola por nombre ó cantidad, v. gr. A. por Alonso, C. por ciento, no hará fe (1). Esta forma y solemnidad debe observarse exacta y puntualmente por el escribano para que no se le haga cargo cuando se le visite, ni el instrumento se anule, ni cause perjuicio á los contrayentes, y no la puedan remitir ni renunciar estos, porque á todos está prohibido inmutar y alterar lo dispuesto por derecho (2); bien que si el instrumento contiene diversos capítulos, y alguno de ellos está viciado solamente, no se viciarán por él los demas, porque en lo divisible no se vicia lo util por lo inutil; y lo mismo sucede cuando alguno está oscuro y confuso, si por otro se puede percibir el verdadero sentido de su contexto (3). Por lo tocante á si el instrumento se podrá extender en latin ó en otro idioma que el castellano, de lo cual no hallé ley ni autor que trate, digo que no, y que el protocolo ha de extenderse en el idioma vulgar, aunque el escribano posea el de los otorgantes, en caso de ser este extranjero, y la razon es porque como instrumento público que se otorga ante testigos, debe leerse ante estos, y estos enterarse de cuanto contenga para deponer en caso de duda de su contexto (lo que no podrán hacer no entendiéndolo), como tambien para obviar siniestras y voluntarias interpretaciones; y aun cuando los testigos posean el propio idioma y lo entiendan, deberá hacerse lo mismo; porque de lo contrario, se lo harán traducir al escribano al tiempo de la visita, y como instrumento público debe estar escrito en el idioma que usa la gente del pueblo y provincia en que se formaliza; y así los magistrados y otros jueces literatos y los abogados poseen el latin, y hacen que los instrumentos latinos se traduzcan al vulgar, co-

1 Leyes 111. tit. 18. 7 y 12 tit. 19. Part. 3. y 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 32. tit. 9. Part. 6.

3 Gom. en la ley 45 de Toro, num. 14. Ciriac. controvers. 408. Menoch. lib. 5.

mo diariamente lo vemos; y lo propio debe observarse con los documentos que se insertan en los instrumentos, para evitar el gasto de traducirlos á su costa, si los visitadores no los entienden; bien que el escribano puede sacar copia testimoniada traducida, y ponerla con ellos, si posee el idioma, y no hay traductor público que los traduzca. Pero en cuanto á las copias de ellos no hay inconveniente en que el escribano las dé traducidas en otro idioma que entienda, porque como estan otorgados segun deben, y el escribano en la copia no hace mas que dar fe de que concuerda con el protocolo, y por ser acto privativo suyo no hay necesidad de testigos que lo testifiquen, se ha de estar á su fe, mientras no se pruebe lo contrario: al modo que en los protestos de cambios, que se copian en el idioma en que se hallan, y no hay mas testigos ni solemnidad que la fe del escribano, ni es necesaria, por ser unos meros testimonios que no requieren otra.

3. En cuanto á los testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos (cuya asistencia á él se estableció para evitar toda sospecha de falsedad, y asegurarlos mas, y la fe del escribano) dice una ley de Partida (1) que concurren tres ó dos escribanos por ellos y que escriban sus nombres en el instrumento, que es lo mismo que firmarlo; y aunque de otras tres leyes de Partida posteriores (2) se prueba ser suficiente dos testigos, no obstante, lo mejor es que lo presencien tres, como se practica; y sobre todo se estará á la costumbre de la provincia.

4. Estos testigos deben ser precisamente varones hábiles para testificar (y no locos, ciegos, mudos, absolutamente sordos ni con otro defecto legal) y mayores de catorce años, ó á lo menos, entrados en ellos (3), y siendo menores de esta edad, no los debe admitir el escribano; y aunque la muger en todo puede serlo, excepto en testamento ó en otra última disposicion (4), no se la admite por tal en los contratos. No es preciso que los testigos sean vecinos del pueblo en que se otorga el instrumento, porque ninguna ley lo previene como en el testamento nuncupativo, ni concurren para ello los motivos que para este; bien que debe expresarse en él de donde lo son, para que testifiquen de él si se dudase de su otorgamiento. Los religiosos profesos pueden ser testigos de cualquier instrumento, disposicion testamentaria y acto civil, porque ninguna ley civil ni canónica se

1 Ley 54. tit. 18. Part. 3.

2 Leyes 111, 114, y 119. tit. 18. Part. 3.

3 Ley 9. tit. 16. Part. 3.

4 Ley 17. tit. 16. Part. 3. y leyes 1 y

9. tit. 1. Part. 6.

lo prohíbe; lo cual se entiende aun en el caso de que no tengan licencia de sus preladados, pues para lo que la necesitan es para testar, tratar y contratar, y deponer en juicio lo que ante ellos pasó, como se dirá tratando de la prueba judicial por testigos, mas no para serlo en los instrumentos.

5. No hace fe el instrumento que autoriza el escribano públicamente excomulgado (1); y si no lo está, el que se otorga ante él á su favor ó de su muger, padre, madre, hijo, hermano, yerno, suegro y de otros parientes hasta el cuarto grado, porque es sospechoso; pero el que se otorga ante él contra ellos ó contra sí mismo, la hace (2), como tambien el que autoriza como apoderado de alguno á favor de otro, observando en su extension y otorgamiento las solemnidades y formalidad prescriptas por derecho, sin faltar cosa alguna, y haciendo protocolo. Bajo este supuesto puede otorgar su testamento y codicilo, y ventas, trueques, donaciones, obligaciones y demás contratos á favor de un tercero, y como apoderado sustituir el poder, y formalizar los instrumentos para lo que se le concede facultad en él, sin necesidad de valerse de otro escribano; y la razon es porque puede ser considerado bajo dos conceptos, uno público y otro privado, y aunque son realmente distintos, mas no incompatibles cuando no actúa á su favor ni al de las referidas personas, al modo que puede hacer de juez y escribano con comision, como se practica.

6. Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el que no está signado por el escribano ante quien se otorga, aunque lo firme, antes bien se reputa por privado; y la razon es, porque el signo es el sello ó caracter Real que lo vigoriza y da autoridad pública, y es esencial para que la haga y sea creído: por lo mismo está mandado que los escribanos signen cada año los registros que en él hicieren, pena de suspension de oficio por uno y de diez mil maravedis (3). Y esto se prueba tambien del título que se les expide, en el que su Magestad dice: *Y mando que todos los poderes, ventas, censos, compromisos, transacciones, testamentos, codicilos, obligaciones y otras cualesquiera escrituras que ante vos pasaren y se otorgaren, á que fuéredes presente, y en que fuere puesto el dia, mes, año y lugar donde se otorgaren, y los*

1 Ley 117 del Estilo. Parlad. lib. 2. Rer. cap. 20. num. 24. Barbos. in Collec-  
tan. cap. Decernimus, de sentent. exco-  
municat. in 6. num. 8.

2 Parlad. lib. 2. Rer. cap. 20. num. 23.

Greg. Lop. en la ley 3. tit. 19. Part. 3.  
glos. 6. Pareja de edition. instrum. tit. 5.  
resolut. 1. num. 17.

3 Ley 54. tit. 18. Part. 3. leyes 1 y 6 tit.  
23. lib. 10. Nov. Rec.

*testigos que á ello se hallaren presentes, y vuestro signo tal como este, que ya os doy, de que mando useis como tal mi escribano, valgan y hagan fe judicial y extrajudicialmente &c.*: lo cual no milita respecto de los fieles de fechos electos para con los concejos, que por no tener título ni autoridad Real, no pueden como tales signar ni autorizar instrumentos, y si solo las cosas que pasaren en juicio ante sus jueces (1), y las peculiares del concejo: ni tampoco respecto de los escribanos de Cámara del Consejo, chancillerías y audiencias Reales, pues estos certifican y no dan fe ni signan los despachos ni certificaciones. Y se previene lo primero, que el escribano que tomó la nota, razon ó minuta del instrumento no debe cometer ni delegar á otro la facultad de extenderla ni de concluirla (2), como tampoco confiar á su amanuense la toma de ella, sino tomarla por sí para cerciorarse de la voluntad y convenio de los contrayentes, y extenderlo con arreglo á ella. Lo segundo, que jamas debe variar de signo, ni mudar la forma de la firma que echó al tiempo de su aprobacion, sin expresa Real facultad, porque no es suyo, sino del Rey que se lo dió, en virtud de cuya concesion ejerce autoridad pública (3); de lo contrario debe ser reprendido; y resarcir á los interesados los daños que se les irroguen, porque el instrumento no merece fe, por no poderse comprobar en caso de dudarse si es ó no suyo, ni se reputará por público sino por privado. Y lo tercero, que aunque el escribano tenga título honorario del secretario del Rey, debe signar los instrumentos y testimonios que ante él pasen como escribano, porque como mero secretario carece de facultades para autorizar instrumentos públicos, y el signo es de esencia del instrumento y lo corrobora; por cuya razon, y porque en el protocolo de cada instrumento no se pone, se manda que al fin de cada año se signe el comprensivo de todos los que durante él pasaron ante el escribano, cuyo signo los autoriza todos, y asi se pone á su final (4); por consiguiente en lo que autoricen como escribanos han de usar del signo y dar fe: y en lo que como secretarios, certificar y firmar, y no exponer los instrumentos á que no sean creídos por defecto del signo.

7. Los instrumentos públicos son de tres clases que se distinguen con los siguientes nombres, á saber: 1.ª protocolo ó registro; 2.ª copia original; y 3.ª tratado. El protocolo es la escri-

1 Ley 3. tit. 19. Part. 3. et ibi glos. 7. y su glos. 5.

2 Covarr. Pract. cap. 21. num. 1.

3 Arg. Authent. de instrument. cautel.

4 Leyes 54 y 55. tit. 18. Part. 3. et ibi glos.

tura matriz, original ó primera, en que el escribano nota brevemente la sustancia del acto ó contrato para poderla extender despues con arreglo á derecho y al convenio de los contrayentes (1), segun antiguamente se practicaba: y tambien se llama asi el libro en que se escribe la primera matriz ó escritura original de los instrumentos que las partes piden.

8. El registro es el libro en que se extienden los instrumentos protocolos y privilegios para remover y comprobar ó confrontar las copias que de ellos se sacan en caso de perderse, romperse ó dudarse de su tenor, lo cual se prueba de la ley 8. tit. 19. Part. 3.; pero hoy se usa indistintamente de las voces ó palabras protocolo y registro, entendiéndose por una misma cosa; y no solo se llama asi el libro comprensivo de las escrituras de un año, dos ó mas, sino á cada una de estas en particular. Aunque en lo antiguo se otorgaban por las meras notas, razones ó minutas que los escribanos tomaban y las partes firmaban, segun dejo expuesto, y estos extendian y daban luego las copias con arreglo á lo sustancial del contrato, como se previene por la ley 9. tit. 19. Part. 3., de cuyo método se originaban dudas, pleitos y perjuicios; para evitarlos se abolió justa y sabiamente este modo de escriturar por la señora Reina Doña Isabel en la pragmática que estableció en Alcalá el año de 1503, á 7 de junio, que es la ley 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec., la cual prescribe la forma de ordenar y otorgar los instrumentos y dar sus copias: cuya disposicion es la que se observa.

9. El protocolo ó registro es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes, y por él se disuelven las dudas que en ellas ocurren (2), que es el fin para que fue introducido, y no para otro alguno. Debe estar siempre en poder del escribano ante quien pasó (3), y este custodiarlo, y signarlo al fin del año como se ha dicho, y asimismo poner en él fe ó nota de si ha dado copia de su contexto, segun lo ordena la ley 54 al fin, tit. 18. Part. 3.; y conteniendo todos los requisitos expresados en el párrafo segundo de este capítulo y en el nueve del anterior, hace plena fe en orden al efecto para que se introdujo; de modo que en caso de duda mas se debe estar á él que al trasunto (4). Pero presentado en juicio

1 Spigell. y Calvin. *Lexic. juridic.* en la palabra *Protocollum*.

2 Leyes 8 y 9. tit. 19. part. 3. y ley 4 y 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

3 Covarr. *Practic.* cap. 19. Castell. lib.

2. Molin. *de hispan primogen.* lib. 3. cap.

13. num. 44. Parej. *de edition. instrum.* lib. 1. resol. 3. §. 3.

4 *Speculator. de instrum. edit.* §. *Videndum*, num. 4. Mascard. *conclus.* 4. num.

1. y *conclus.* 125 num. 2. Parlad. lib. 2.

cap. fin part. 1. §. 12. lin. 2. num. 14 al 17.

no la hará, porque no se estableció para esto, y porque carece del signo ó caracter Real que autorice y debe contener todo instrumento público para ser creído en él segun la ley.

10. El instrumento conocido entre los jurisconsultos por original (bien que el que con propiedad se debiera llamar asi es el protocolo ó registro, como queda sentado) es la primera copia que literal y fielmente se saca de este por el escribano que lo hizo y autorizó, la cual debe estar suscrita por él con arreglo á lo dispuesto en la ley 54. título 18. Part. 3., y no dada por concuerda, segun algunos practican por ignorancia, para que no se dude que es la original y primera, ni se le objete el defecto de la suscripcion, como forma ordenada por la ley, si en su virtud se pide ejecucion, segun he visto objetar y estimar en juicio, y convertir este en ordinario. Se llama *copia original* por tres razones: 1.<sup>a</sup> porque es sacada de la fuente ó matriz; 2.<sup>a</sup> porque es el origen de todos los ejemplares, trasuntos ó traslados que de ella se pueden sacar y traducir; 3.<sup>a</sup> porque es dada, suscrita y autorizada por el escribano que hizo, perfeccionó y autorizó el protocolo: y faltando alguno de estos indispensables requisitos, ya no es ni se la debe titular copia original; pero conteniéndolos hace plena fe en juicio, trae aparejada ejecucion, y no debe redargüirse de falsa civilmente, porque es *prueba probada y acabada ó perfecta*; la que no se induce de la deposicion de testigos, como del instrumento público, pues por aquella no se prohíbe ni excluye probar lo contrario por otros testigos ó medio, lo cual no sucede con el instrumento (1); bien que puede ser redargüida absoluta y criminalmente si en la realidad es falsa y suplantada; de lo cual se tratará difusamente en el libro tercero cuando se hable de la prueba judicial hecha por instrumentos. Pero no hace fe judicialmente, aunque esté autorizada por otro ó por mas escribanos y ninguna copia se haya sacado del registro, ni la pluralidad de signos la da mayor vigor, porque como todos no tienen mas que una autoridad, y el escribano no puede hacer válido lo que el derecho estima nulo, es lo mismo que si uno solo lo autorizara. Lo cual se entiende aun cuando la dé su heredero sucesor en su oficio, á menos que se coteje ó compruebe, ó que para darla intervenga precepto judicial con citacion de parte, si es de los que la requieren. Y sin embargo de que habiéndose entregado á su heredero los protocolos y papeles con

1 Bogund. *Biblioth.* en la palabra *probatio*, num. 7.

intervencion de la justicia, no necesita el judicial precepto para darla, no siendo de las que le está prohibido y expresaré en el párrafo 13; no obstante, no hará fe en juicio sino se comprueba con citacion contraria, y el registro anual no está foliado ni signado á su lual, como debe, por el escribano ante quien se otorgó el instrumento (1). Bien que si ninguna de estas se redarguye de falsa por la parte contra quien se producen, no es necesaria su comprobacion, porque es visto aprobarlas y no dudar de su veracidad.

11. *El traslado ó ejemplar (que vulgarmente se llama testimonio por concuerda)* es el que por exhibicion se saca de la copia original ó de la que hace veces de tal, aunque no sea la primera. Este traslado, trasunto ó ejemplar estando autorizado por el escribano ante quien sacó el instrumento, hará fe, porque milita la propia razon para ser creído, que si se sacara del protocolo (2), no obstante que siendo dado por exhibicion no se deberá titular original ni traerá aparejada ejecucion. Pero si lo es por otro escribano, ya lo saque del protocolo, ó por exhibicion de la copia original, no hace fe regularmente en juicio contra quien lo produce, ni en su virtud se debe despachar ejecucion, porque no la trae aparejada, y si se despacha, es nula; ni tampoco sirve ni puede darse en su vista la posesion de la herencia ó mayorazgo, aunque el escribano que lo sacó afirme estar sin sospecha el original, y al tiempo de sacarse no haya ningun adversario cierto á quien citar. Lo cual se entiende excepto que se dé con autoridad judicial y citacion personal de este, ó por edictos solemnes si á ninguno se conoce: ó que precedida dicha citacion se compruebe con el protocolo, ó de consentimiento de ambas partes, en cuyo caso las perjudicará, como tambien á sus sucesores (3).

12. Algunos escribanos estan persuadidos que de todas las escrituras que ante ellos pasan, pueden dar á las partes quantas copias les pidan, sin ser necesario precepto judicial: otros que sin que intervenga este, ninguna pueden dar mas que la primera: y otros que en pasando el año de su otorgamiento no pueden poner suscripcion en ellas sino *concuenda*. Para que no ignoren lo que les está permitido y prohibido, digo: que de las escri-

1 Ley 55. tit. 18. Part. 3. y leyes 6 y 10. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Parej cit. resol. 3. y tit. 5. resol. 1. num. 12. Covarr. *Pract.* cap. 21. num. 3 y 4. Salg. *de retent.* part. 2. esp. 20. num. 60.

2 Covarr. ibi num. 2. vers. *Quid si fiat.* Mascard. concl. 712. num. 35. Molin. lib. 3. *de primogen.* cap. 13. num. 44 al 49.  
3 Covarr. ibi num. 5.

ras de poder, ventas, cambio, donacion, testamento, poder para testar, codicilo, compañía, redencion de censos ó gravamen, cartas de pago, renunciaciones, lastos, esperas, adopcion, emancipacion, contratos de obra y demas, en cuya virtud no tiene accion el acreedor á pedir la deuda tantas quantas veces parezca, ni puede resultar perjuicio á la otra parte, puede y debe el escribano ante quien pasaron, dar á los verdaderos interesados, y no á los que no lo sean, todas las copias que quieran y le pidan, sin que para ello sea necesario precepto judicial, (al modo que cuando está rota y piden copia de ella lo manda la ley 12. tit. 19. Part. 3.), como lo ordena la 10. tit. 19. de la misma Partida. Lo cual se entiende sin citar á la otra parte, y sin que la que pretende tenga que probar habersele perdido la primera (1): y se entiende tambien en cualquier tiempo que le pida la copia ó copias, ya sea dentro ó fuera del año de su otorgamiento; primero, porque la ley no se lo prohíbe; y segundo, porque las leyes hablan indistinta y absolutamente, sin prefinir ni limitar tiempo; por lo que solo dándolas en año diverso, deberá añadir en la suscripcion la fecha en que las da, aunque ninguna se haya sacado del registro; y todas serán y deberán llamarse originales, y harán veces de tales, porque han salido de la fuente ó matriz, y sido autorizadas por quien hizo el protocolo y tuvo facultad y potestad legal para darlas por sí sin decreto judicial (2); y porque en dar fe de haberse hallado presente á su otorgamiento no falta á la verdad, por haber sido así, y tener en su poder el protocolo en donde consta; pero ni el que le suceda en su oficio y papeles, ni otro alguno, deben darlas sin que preceda auto del juez á pedimento de parte interesada, ya haya dado ó no copia el que las hizo y ante quien se otorgaron.

13. Y si la escritura es de aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas quantas veces parezca la original, v. gr. la obligacion de dar, pagar ó hacer alguna cosa, las de imposicion de censo, arrendamiento &c., ó la que puede dañar á la otra parte, no debe dar por sí ó por autoridad propia el escribano ante quien se otorgaron, ni otro alguno, mas copias que la primera, ya sea ó no en el año en que se otorga, aunque el acreedor ó interesado la solicite con pretexto de habersele perdido, ú otro, pena de perder el oficio, y de pagar á la parte

1 *Speculat. de instrument. edition. §. Postquam.* Gregor. Lop. en la ley inserta, glos. 2.

2 Panormit. y otros en el cap. 1. de *fide instrument.*

que la otorgó, ó á quien la represente, el daño ó interes; cuya copia será la única que debe llamarse original y se estime por tal, porque como está prohibido al escribano dar mas que la primera, no puede verificarse que haya otras originales que esta, y asi debe poner en el protocolo la nota de haberla dado para que conste y no se le olvide. Lo cual se entiende á menos que precedan los requisitos siguientes: 1.º ha de acudir el acreedor al juez ordinario del pueblo en donde está otorgada, afirmando con juramento que la copia original se le perdió ó quemó sin culpa ni malicia suya; 2.º que ignora su paradero, si fue perdida; 3.º que no está reintegrado de su crédito; y 4.º obligándose bajo del mismo juramento á exhibirla al escribano ante quien pasó, si la hallare, para que la rompa y cancele, y á no usar jamas de ella, mediante lo cual pretenderá que mande darle otra copia. En vista de esta solicitud debe mandar el juez que se cite ó haga saber al deudor, y si este confiesa el débito, ó dentro de tercero dia no se opone á la intentada por el acreedor, deferir á ella, y al escribano dar la copia á continuacion del pedimento, auto y citacion, y no separadamente. Si el deudor comparece, alega que pagó la deuda y se opone por lo mismo á que se dé la escritura, le ha de conceder el juez término suficiente para que lo pruebe, y no acreditándolo en él, mandar que se dé al otro la copia; mas no, si justifica el deudor que le remitió la deuda, ó que por habérsela satisfecho, le entregó la escritura y por eso existe en su poder. Y si el juez despues de citado y oido el deudor manda dar segunda copia, debe el escribano en cumplimiento de su obligacion poner nota en el protocolo con relacion de todo, para que en lo sucesivo conste que se dió, el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito, si parece la primera, y evitar pleitos y perjuicios al deudor, lo cual es conforme á derecho (1): bien entendido que si el juez por no ser letrado, ó aunque lo sea, la mandare dar, ha de hacerle presente el escribano la prohibicion de las leyes, y su precepto, y que en otros terminos no se debe dar, para que haga citar y oiga á la parte adversa, y no se la irroque perjuicio. Pero de los demas instrumentos no necesita poner mas nota que de haber dado la copia original con expresion del sello del papel, aunque los interesados le pidan muchas, porque no traen perjuicio próximo ni remoto, no hay prohibicion ni precepto, ni por consiguiente necesidad de notarlas.

1 Leyes 10 en las palabras *Mas si la carta*, y 11. tit. 9. Part. 3. y ley 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

En cuanto á la suscripcion, digo que en todas las que saque del protocolo que hizo y autorizó, ya sea en el año en que se otorgaron, ó en otro, debe ponerla, y dar fe de haber presenciado su otorgamiento, como lo manda la ley 54. tit. 18. Part. 3., que extiende la forma de suscribirlas en estos terminos: *E cuando esto oviere escrito debe dejar un poco de espacio en la carta é dende ayuso facer y su signo, é escribir y su nome de esta manera: Yo fulano, escribano público de tal lugar, estaba delante cuando los que son escritos en esta carta hicieron el pleito ó la postura ó la vendida ó el cambio ó el testamento ó otra qualquier, asi como dice en ella, é por ruegos é mandado de ellos escribi esta carta pública, é puse en ella mio signo é escribi mi nome.* Pónese la suscripcion en estas copias, porque todas son originales, no hay prohibicion legal y la fe es verdadera; mas no, si es traslado de la copia original, pues entonces la ha de dar de que está conforme ó concuerda con esta, á la que se debe remitir, y no al protocolo; y lo mismo procede si es traslado de otro traslado ó ejemplar. Se previene que aunque las copias esten escritas de varias manos ó letras, no importa, porque á mas de que ninguna ley lo prohibe ni las anula, ni manda que hayan de ir precisamente de una, se salva y evita cualquier sospecha en diciendo el escribano al pie cuantas hojas van de una letra y cuantas de otra, y rubricándolas todas como acostumbra y debe practicar, pues quien las da el vigor y la autoridad, no es el amanuense que las escribe, sino el que las firma y autoriza; y lo mismo digo en cuanto á los protocolos y otros instrumentos ó testimonios. Igualmente se previene que si la copia es voluminosa, debe escribirse en cuadernos iguales, y en el primero y último ponerse pliegos sellados de un mismo sello, segun sea la cantidad y calidad del instrumento, y en su intermedio comun, de modo que el signo y firma se pongan en el segundo sellado, y todos los pliegos de los cuadernos de ella han de ir metidos uno dentro de otro, y no sueltos. Y últimamente se previene que si bajo una firma estan comprendidas diversas partidas de bautismo, casamiento, muerte ú otras cosas que entre sí no tengan conexion, y el escribano saca testimonio á la letra de alguna, debe sacar tambien la firma, porque esta corrobora y se ha puesto para todas y para cada una en particular: v. gr. en un libro de bautismo, en cuyos folios hay muchas partidas y solo una firma al pie de todas, por acostumbrar practicarlo asi el cura, como lo he visto; pero debe relacionar lo que resulte del libro en cuanto al estilo del firman-

te; todo lo cual tendrá presente el escribano principiante para no errar. Finalmente si la escritura se daña ó rompe de modo que no puede leerse tan bien como cuando se sacó, se observará lo que manda la ley 12. tit. 19. Part. 3.

14. Cuando el escribano ha muerto, y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz, por haberla perdido, ó por otro motivo, y el interesado en ella tiene la copia original, puede presentarla al juez, y pretender que comprobado su signo y firma se mande protocolizar, y de ella se den los traslados conducentes; á los cuales interponga su autoridad; y á mayor abundamiento que se reciba informacion de su otorgamiento con los testigos instrumentales, si viven, y de la legalidad y descuido del escribano ante quien pasó; en cuya vista deferirá el juez á su pretension; servirá de registro la copia original, siendo de buena fama el escribano que la autorizó; se protocolizarán y unirán á ella los autos obrados, y de todos se darán copias á los interesados. Y se previene que la ley 2. tit. 16. lib. 10. de la Nov. Rec. dice que cualquiera copia de censo autorizada y sacada del registro, se tenga por original en caso de perderse el protocolo; y lo mismo milita para con otro cualquiera contrato, y asi se observa; acerca de lo cual véase á Covarr. *Pract.* cap. 19. num. 3.

REAL CÉDULA SOBRE EL USO DEL PAPEL SELLADO.

Habiendo explicado las obligaciones de los escribanos y los requisitos que deben tener los instrumentos públicos para que hagan fe, resta decir lo que está prevenido en orden al uso que ha de hacerse del papel sellado.

Primeramente por el Ministerio de Hacienda se expidió en 13 de junio de 1823 una orden circular mandando lo siguiente. Las letras de cambio de cualquier género y calidad, sean primeras, segundas, terceras ó duplicadas, que no emanen del gobierno legítimo, sus tesorerías, administraciones y autoridades, para el pago, giro ó cobranza de caudales y efectos de la Real Hacienda, se escriban desde 1.º de junio del mismo año en papel sellado, dispuesto para solo este efecto: que se hagan cinco clases de este papel en la forma siguiente. La primera, de precio de dos reales vellon para las letras de cantidades hasta dos mil reales. La segunda, de cuatro reales para las de dos mil hasta ocho mil. La tercera, de seis reales para las de ocho mil hasta diez y seis mil. La cuarta, de diez reales para las de diez y seis mil hasta veinte mil. Y la quinta, de veinte reales para las de veinte mil

arriba. Que se den dos ejemplares á los que tomen papel de la primera y segunda clase, y tres á los que lleven de las restantes, sin exigirles mas de lo que corresponde á un solo ejemplar. Que las letras que no esten escritas en el papel sellado correspondiente á la suma de su importe, no tengan mas fuerza que la de un instrumento comun y privado, ni gocen de los beneficios especiales concedidos á las letras, endosos y aceptaciones del cambio del comercio; reintegrando el tenedor á la Real Hacienda el precio del papel sellado que debió usar, y que ademas pague por via de multa el tres tanto del valor del papel en que debió ponerse la letra. Que las cartas órdenes, libranzas del comercio se den en papel del sello correspondiente, pagando lo mismo que las letras de cambio, y con sujecion á lo dispuesto con respecto á estas.

Por Real cédula dada en Aranjuez á 12 de mayo de 1824 se determinó lo que sigue.

ARTÍCULO 1.º Todos los instrumentos que hayan de presentarse en juicio y en oficinas Reales, eclesiásticas ó de señorío, para hacer fe y tener curso, se han de extender en una de las clases de papel que se mencionarán, prohibiéndose la admision y curso de los que carezcan de este requisito, bajo la responsabilidad de quien los presente y reciba, los cuales incurrirán en la pena señalada en el Real decreto y cédula de 23 de julio de 1794.

2.º Los falsificadores de los sellos incurrirán en las penas de los falsificadores de moneda, y en las declaradas contra los que introducen moneda falsa en estos reinos, segun las leyes de la Recopilacion.

3.º Se formarán siete clases de sellos: uno con el nombre de ilustres: otro primero: otro segundo: otro tercero: otro cuarto mayor: otro cuarto de pobres, y otro para despacho de oficios. Cada uno de ellos tendrá la inscripcion que declare la clase á que corresponde y su valor. Tambien tendrá las armas Reales y el busto del Soberano. El tipo variará cada año.

4.º Se prohíbe el uso de rubricar papel blanco á pretexto de faltar el sellado. Igualmente se prohíbe rubricar papel del sello diferente del que se requiere para cada instrumento, en atencion á que estando surtidas las datarias, no debe experimentarse falta de papel sellado de todas clases.

5.º Se hará como hasta ahora la impresion de los sellos y busto Real en el papel que se ha de sellar para España y para los dominios de Indias, pues no ha de haber otra diferencia que la de los precios, como se especificará mas adelante.

6.º Los precios del papel sellado serán los mismos que hoy tiene, á excepcion del del sello de ilustres, que tendrá el de sesenta reales.

7.º Las Reales cédulas, provisiones y demas papeles donde haya de ponerse la firma Real refrendada por mis secretarios, y las provisiones Reales despachadas por cualquier Consejo, tribunal ó junta, se han de escribir en papel del sello de ilustres; y las cédulas ordinarias que no sean de mercedes, honores, privilegios y oficios perpetuos ó renunciables, y se dieren á instancia de parte, se han de escribir en papel del sello tercero.

8.º Las cédulas ó provisiones sobre contrato ó asiento que toque á la Real Hacienda ó á otras personas deben escribirse en papel del sello que por su calidad y cuantía corresponda al contrato principal.

9.º Las certificaciones, despachos ó cualquiera documento justificativo de gracia ó merced que deba despacharse por las oficinas de la Cámara ó Consejos, deben escribirse en sello de ilustres, y si contuyesen mas de un pliego, los intermedios serán del sello cuarto.

10. Los títulos de regidores, receptores, procuradores, alguaciles mayores, escribanos numerarios de audiencias ó de cabildos, y todos los demas oficios perpetuos ó renunciables de provision ó confirmacion de grandes, títulos, comendadores ó comunidades religiosas, se extenderán en papel del sello de ilustres: los demas nombramientos de oficios inferiores en papel del sello cuarto.

11. Los títulos de las clases referidas en el artículo anterior que se expidan por las ciudades de voto en Cortes, se extenderán en papel del sello de ilustres. Los de las mismas clases que expidan las ciudades y villas que no tengan aquel honor, irán en sello primero: y los de los oficios inferiores en unas y otras en papel del sello cuarto.

12. Para los títulos, testimonios, certificaciones ó nombramientos de oficios que los administradores, arrendadores, tesoreros ó receptores de Hacienda Real dan á los guardas, comisarios, ejecutores, verederos, diligencieros ó alguaciles de dichas comisiones, se usará del sello tercero. Todos los demas superiores á estos se escribirán en el del sello de ilustres. Los que fuesen provistos por los administradores y arrendadores de los estados que estan puestos en administracion ó secuestro en virtud de auto judicial, deberán obtener sus títulos en papel del sello tercero.

13. Los títulos, testimonios y certificaciones de nombramientos de priores, cónsules, receptores, tesoreros y asesores de los consulados, se escribirán en papel del sello de ilustres: los de escribanos, con inclusion de los de flotas, armadas y naos marchantes, en el del sello primero; y los inferiores á estos en el del sello tercero.

14. Los títulos, testimonios, certificaciones ó nombramientos que se expiden por el concejo de la Mesta se extenderán en papel del sello de ilustres.

15. Todo nombramiento militar, testimonio ó certificacion justificativa de él, siendo destino que tenga tratamiento de Señoría ó Excelencia, se escribirá en papel del sello de ilustres.

16. Asimismo los títulos, nombramientos, testimonios ó certificaciones de los oficios militares de mar ó tierra, es á saber, los superiores de generales, mariscales de campo, coroneles, almirantes, sargentos mayores, capitanes, ayudantes, maestros de naos ó de plata, pilotos principales asi de navios de guerra como mercantes, nombrados por Mi ó por otras personas ó tribunales á quienes tocase su nombramiento, se escribirán en papel del sello de ilustres. Los demas inferiores desde el alferez inclusive en el del sello cuarto mayor.

17. En las oficinas militares de cuenta y razon, como las de provisiones, hospitales y demas, se expedirán los títulos de gefes en papel del sello de ilustres: los de oficiales mayores en el del sello primero: y los de los demas, en el del sello tercero.

18. Los títulos de oficios de pluma militares, como los de veedor, contador ó pagador, se escribirán en papel del sello de ilustres: y los demas inferiores á estos, en el del sello tercero.

19. Los títulos ó nombramientos de los oficios ó ejercicios que nombrasen los secretarios y contadores de los Consejos ó juntas, se pondrán en papel del sello segundo.

20. Las certificaciones que se dieren á cualquiera soldado de sus servicios, plazas, puestos ú otras cosas, y las patentes, licencias y suplementos, si fuesen de los oficios superiores referidos en los artículos 15, 16, 17 y 18, se despacharán en papel del sello de ilustres; y si de los inferiores, en el del sello cuarto.

21. Todos los títulos ó nombramientos de oficios ó comisiones que tengan cuarenta mil reales de sueldo, y se expidan por los Consejos, chancillerias, audiencias tribunales, juntas ó corporaciones aprobadas por la Real Autoridad, se escribirán en sello de ilustres: los que pasen de treinta mil reales y no lle-

guen á cuarenta mil, se pondrán en papel del sello primero: y los inferiores en el del sello cuarto.

22. Las certificaciones ó testimonios que se diesen por los oficios de secretarios, contadores, escribanos ú otros ministros ó justicias para cualquier efecto, se escribirán en papel del sello cuarto.

23. Las licencias para ir á Indias, para salir navios y para comerciar en géneros que necesitan licencia, deberán ir en papel del sello de ilustres.

24. Las cartas de examen de los oficios que dan los gremios ó los pueblos, irán en papel del sello primero. Las licencias para tener tiendas, tabernas, figones, bodegones, fondas y demas casas de trato, se darán en papel del sello segundo.

25. Las escrituras públicas de fundaciones de pósito, administraciones, tutelas, ventas de bienes, censos y tributos y de redenciones de ellos; las de donaciones, obligaciones, fianzas y conocimientos ante escribanos, y otro cualquier género de escrituras públicas de cualesquiera contratos entre cualesquier personas, y las que toquen á la Real Hacienda y ministros ó justicias, que fuesen de dar ó de recibir, ó en otra forma, sean de cualquier género, calidad ó nombre, aunque los nombres de los tales contratos no esten expresados en este artículo, siendo sobre cantidad de mil ducados arriba, en una ó muchas sumas, en dinero, especie ú otro cualquier efecto, género ó cosa, se habrán de escribir en papel del sello de ilustres: las que bajaren de mil ducados hasta ciento, en el del sello segundo: y las que fuesen de menos de ciento, en el del sello cuarto, regulándose por el principal á razon de veinte mil al millar los valores de las escrituras que fuesen sobre rentas, para que segun esto se les aplique el papel del sello que les pertenciere.

26. Las escrituras de obligaciones, asientos de ventas ó arrendamientos, obras, tasaciones ú otros cualesquiera contratos, en que por su calidad y naturaleza no se puede nombrar precio, se usará del papel del sello segundo, y en las que se otorgasen sobre frutos, mercaderías ú otras especies, se regularán por la tasa, si la hubiere, y no habiéndola, por la estimacion comun, para aplicarles el papel sellado que les tocara, conforme al importe de las cosas ú obligaciones que se contraten.

27. Las escrituras que contuviesen cantidad incierta, como transacciones, renunciaciones de legítimas, ú otros derechos inciertos, y las de lesiones ó compromisos, se regularán, si hay sentencia sobre que recaigan, por la cantidad de ella, para que

si fuese de mil ducados, y de ahí arriba, se extiendan en papel del sello de ilustres: si bajase hasta ciento, en el del sello segundo; y si bajase de ciento, en el del sello cuarto. Y no habiendo sentencia, se considerará la cantidad del pedimento y demanda en la forma que queda dicha para las escrituras que recaen sobre sentencia.

28. Las escrituras de empréstito ó permuta de cualquiera géneros ó especies, aunque no se señale su precio, se escribirán en papel del sello de ilustres.

29. Las escrituras públicas de cartas de pago ó finiquito de cuentas que pasasen de mil ducados; y de ahí arriba, se otorgarán en papel del sello segundo: las que bajasen de mil ducados hasta ciento, en el del sello tercero: y si bajasen de ciento, en el del sello cuarto.

30. Las escrituras de fianzas y abonos, si fuesen sobre cantidad señalada de mil ducados, y de ahí arriba, se pondrán en papel del sello de ilustres: si bajasen hasta ciento, en el del sello segundo: y si bajasen de ciento, en el del sello cuarto.

31. Las fianzas que no fuesen sobre cantidad señalada, se escribirán en papel del mismo sello que el en que se escribió el contrato principal sobre que se otorgaron.

32. Las fianzas que se dan por los jueces de comision ú ordinarios, por los tutores, administradores, receptores, tesoreros, ejecutores, comisarios, maestros de naos, ó de plata, ú otros cualesquiera oficiales para asegurar la buena y fiel administracion de sus oficios y obligarse á dar cuenta con pago de sus administraciones, se escribirán en el mismo papel sellado en que se escribieron los títulos de sus oficios.

33. Las fianzas y obligaciones que se diesen en el Consejo de las Ordenes ó en otro cualquier Consejo, tribunal, comunidad ó juzgado sobre los depósitos que se hacen para las pruebas de calidad, se extenderán en papel del sello de ilustres.

34. Para mayor claridad y evitar alguna duda que pudiese ocurrir sobre el contenido de los artículos anteriores desde el 24 hasta el 32, ambos inclusive, se previene: que todas las escrituras y demas instrumentos públicos que pasen ante escribano, y quedan mencionados en ellos, sobre materia que exceda de veinte mil reales, ó sobre concesion de honores, se extenderán en papel del sello de ilustres: desde mil ducados hasta veinte mil reales en el del sello primero: de quinientos ducados á mil, en el del sello segundo: y los de quinientos ducados en el del sello tercero.

35. Las fianzas de mil y quinientas doblas de la segunda su-  
plicacion, y la de estar y pagar juzgado y sentenciado, se otor-  
garán en papel del sello segundo: las de las leyes de Toledo y  
de Madrid, que se sigan sobre mas de mil ducados, en el del  
sello primero: de mil hasta quinientos en el del segundo: y de  
quinientos abajo, en el del tercero. Y se previene que si en la  
clase de las primeras pasase alguna de la suma de veinte mil  
reales, se extenderá en papel del sello de ilustres; y ademas,  
que los abonos se deberán escribir tambien en el propio papel  
que se hubiesen escrito las fianzas.

36. Los poderes que otorgaren los grandes para administrar  
se extenderán en papel del sello de ilustres: los que se otor-  
guen por estos y por los particulares para cobrar mas de mil du-  
cados, en el del sello primero: y los de esta cantidad abajo en  
el del sello segundo. Los que se otorguen para seguir pleitos,  
se escribirán en papel del sello tercero.

37. Las posturas de oficios, ventas, prometidos, pujas, acep-  
taciones, traspasos, declaraciones, cesiones y remates, se ha-  
rán en papel del sello tercero; pero las escrituras de obligacion  
principal de rentas, si versasen sobre la cantidad de mil duca-  
dos, y de ahí arriba, se extenderán en papel del sello primero:  
si bajasen hasta ciento, en el del segundo: y si de ciento, en  
el del cuarto.

38. Las obligaciones que hacen los escribanos de usar bien  
y legalmente de sus oficios cuando se examinan se pondrán en  
papel del sello segundo. Las protestaciones extrajudiciales, y  
los embargos y desempeños, en el del sello tercero: y los re-  
querimientos para pagos de juro u otras deudas, en el del se-  
llo cuarto.

39. Los registros y fletamentos de navíos se extenderán en  
papel del sello de ilustres; y lo mismo los registros de minas y  
despachos que sobre ellos se dieren. Todos los demas registros  
de cualquiera especie y géneros se escribirán en papel del sello  
tercero.

40. Los fletamentos ó seguros de navíos, mercaderías ó di-  
neros, si importasen veinte mil reales ó mas, se escribirán en  
papel del sello de ilustres: de mil ducados á quinientos, en el  
del sello primero: de quinientos á ciento, en el del segundo: y  
de ahí abajo en el del tercero.

41. Los testamentos y codicilos abiertos en que haya mejora  
de tercio y quinto se pondrán en papel del sello primero. Si  
estas ó los legados pasasen de veinte mil reales, en el del sello

de ilustres; los demas, en que no haya disposicion que llegue á  
esta cantidad, en el del sello tercero. Si hubiese fundacion de  
vinculo, patronato, mayorazgo ó fundacion civil ó eclesiástica,  
se extenderán en papel del sello de ilustres. Las Reales gracias  
para cualquiera clase de amortizacion de bienes civil ó eclesiás-  
tica, y las escrituras ó contratos entre vivos que sobre ellos se  
otorguen, se escribirán en el del sello de ilustres.

42. Todos los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier  
género ó calidad que sean, se escribirán en papel sellado con el  
sello cuarto enteramente, sin que tengan pliego alguno que no  
lo esté, mediante que han de servir de protocolos; y los origi-  
nales, y sacas de copias testimoniadas que se han de dar á las  
partes despues de abierto el testamento ó codicilo, se escribi-  
rán segun lo que queda dispuesto acerca de los testamentos  
abiertos.

43. Los testamentos cerrados podrán escribirse tambien en  
papel comun; pero con la precisa calidad de que los escribanos,  
despues de haberlos abierto, saquen copia del protocolo escri-  
ta toda en pliegos del sello cuarto, y poniéndola en el registro  
testificada con el protocolo original: los traslados que dieren  
irán signados en papel del sello cuarto.

44. Las particiones, hijuelas, divisiones de bienes, tasacio-  
nes, adjudicaciones y almonedas, se extenderán en papel del  
sello que corresponde á su cuenta, empezando desde la de  
cien ducados.

45. Los testamentos de los pobres que mueren en los hospi-  
tales se harán en papel del sello cuarto de pobres, si no con-  
tienen manda ó legado; pero si la contuviesen, se extenderán en  
el que corresponde segun la cuantía de que testen. Los legados  
y mandas *ad pias causas* se regularán conforme á lo prevenido  
en el artículo 29: los traslados de los testamentos de pobres en  
papel del sello cuarto; y siendo pobre de solemnidad, en el  
del sello de esta clase.

46. Lo dicho acerca de las escrituras y demas instrumentos  
que van especificados se entenderá no solo para las primeras  
sacas, que llaman originales, sino tambien para las demas sacas  
ó traslados que de ellos se hiciesen, aunque se haya verificado  
el otorgamiento antes de la fecha de este mi Real decreto, es-  
cribiéndose en los pliegos que quedan aplicados y asignados á  
cada instrumento; de modo que el primero y último pliego sean  
del sello correspondiente á la cuantía y calidad del contenido,  
y los demas pliegos intermedios sean del sello cuarto en lugar

del papel blanco comun ú ordinario, cuyo uso en los pliegos intermedios quedará abolido desde ahora, sustituyéndose en su lugar por regla general el del sello cuarto, y con la prevencion de que bajo de un sello no se podrá escribir mas que un solo instrumento de una contextura.

47. Los instrumentos y despachos que se hayan de escribir en papel del cuarto sello podrán ir en medio pliego sellado, cabiendo en él la contextura del instrumento y despacho; y en el caso contrario se escribirán en pliego entero del mismo sello cuarto, siéndolo tambien los demas que fuere preciso añadir.

48. Todos los mencionados instrumentos, recaudos y despachos que se hicieren y otorgaren ante escribanos ó notarios de estos reinos han de quedar registrados y protocolizados en poder de los mismos funcionarios, escribiéndose íntegramente los protocolos y registros en papel sellado del sello cuarto, sin que en los tales registros ó protocolos haya ningun pliego que no sea sellado; pues con este requisito, y con que sea del sello correspondiente el primer pliego en la primera y demas sacas sucesivas, queda finalizada y asegurada en lo posible la legalidad y fidelidad de los instrumentos.

49. Para que se eviten fraudes tendrán los escribanos obligacion de poner al pie de las escrituras, despachos y recaudos que formalicen el dia en que se sacan, y como se sacaron en el pliego sellado de la clase correspondiente, anotando lo mismo al margen de los protocolos, y dando fe de ello. Todo lo cual guardarán y cumplirán los expresados escribanos y notarios, pena de cien mil maravedis, aplicados por terceras partes á la Cámara, juez y denunciador, y con la de privacion de oficio por la primera vez, y por la segunda incurrirán en las penas impuestas á los falsarios. Y se declara que en los registros y protocolos que se han de escribir en papel del sello cuarto puedan insertarse uno ó mas instrumentos, aunque sean de diferentes personas.

50. Los libros de los ayuntamientos de las ciudades y villas de voto en Cortes y honorarias: los de las capitales de provincia: los de las santas iglesias metropolitanas y catedrales: los de los consulados y compañías de comercio autorizadas por el gobierno, y de las de seguros de cualquiera clase, serán del papel del sello cuarto, excepto el primero y último pliego, que serán del sello primero. Los libros de los comerciantes y de las compañías de comercio particulares, y los de los gremios y cofradías, serán del sello cuarto, con el primero y último pliego

del tercero. Los libros de las actas de los ayuntamientos; los de las iglesias colegiadas y parroquiales: los de conocimientos de dar y tomar pleitos, consultas, expedientes, informes ú otros cualesquiera cuadernos de secretarios, escribanos de Cámara, relatores, procuradores y agentes solicitadores: los de entradas y salidas de presos: los de vistas y acuerdos: las propuestas de ternas en Aragon: y las ordenanzas de cuerpos gremiales, que se impriman, se extenderán en papel del sello cuarto: con la calidad de renovarse todos los años los que no se imprimen. Los libros de conocimiento de los fiscales serán de papel de oficio.

51. Todos los actos judiciales interlocutorios hasta la sentencia definitiva, peticiones, memoriales de partes, alegaciones, notificaciones y otros cualesquier que se presenten en juicio, se han de escribir en pliego sellado del sello cuarto: y los autos, decretos y otras cualesquiera diligencias que se manden hacer, y los pregones que se diesen en las vias ejecutivas, en las ventas judiciales y en las almonedas, se podrán continuar en el mismo papel en que estuviese escrito el auto; y cuando no cupiesen en él, se proseguirán en otros del mismo sello cuarto.

52. Cualesquiera peticiones que se hayan de leer judicialmente, y en que se haya de poner decreto, se han de escribir en papel del sello cuarto.

53. Los mandamientos de ejecucion deberán escribirse en papel del sello segundo, como tambien los mandamientos de pago, siendo la cantidad porque se ejecuta de cien ducados arriba, y de ahí abajo se escribirán en papel del sello cuarto.

54. Así lo ejecutarán y observarán literalmente los escribanos en lo sucesivo, con arreglo á la Real pragmática de 17 de enero de 1744, bajo las penas en ella señaladas, sin interpretacion alguna, ni á pretexto de ponerse á continuacion de los autos y no formar protocolo. Lo propio ejecutarán en las fianzas de saneamiento por lo tocante al traslado que de ellos se sacase para poner en los autos, debiendo ser su registro en papel del sello cuarto, y la saca en el que le corresponda con respecto á la cantidad porque se hubiese trabado la ejecucion.

55. Las solturas se escribirán en papel del sello cuarto. Las probanzas judiciales y las demas que se hiciesen para presentar en juicio ante cualesquiera Consejos, tribunales y justicias, se escribirán en papel del sello segundo el primero y último pliego, y los intermedios en el del sello cuarto.

56. En las compulsas de autos en apelacion se usará para los

intermedios del papel del sello cuarto, y los pliegos primero y último serán del sello segundo.

57. Las pruebas é informes de nobleza, y los autos ó sentencias definitivas, aprobándolas ó reprobándolas, se escribirán en papel del sello de ilustres. Las de limpieza de sangre y sus definitivas se pondrán en papel del sello cuarto, empezándolas y concluyéndolas con pliegos del sello primero.

58. Los memoriales ajustados de los relatores en negocios entre partes llevarán la primera y última foja del papel del sello tercero. Los papeles en derecho irán todos en el del sello cuarto.

59. El uso del papel de oficio continuará como hasta aquí, y con las mismas aplicaciones que ha tenido desde su creación.

60. Se permite como hasta ahora el uso del papel de pobres, entendiéndose por estos los que hagan justificación de tales con tres testigos ante escribano aprobado, y con autoridad judicial, si los asuntos fuesen contenciosos; ó por informe de su párroco ó de su diputación, si las solicitudes fuesen de otra clase. La información judicial se extenderá en papel del sello cuarto; y si el pleito fuese sobre intereses, y el pobre obtuviese sentencia consentida ó ejecutoria de ella, abonará el importe del papel consumido en el proceso.

61. Gozarán de este beneficio las comunidades y establecimientos de beneficencia que tengan este privilegio: los jornaleros y braceros que se mantienen con su jornal y no tienen propiedad que produzca trecientos ducados: las viudas que no tengan viudedad que exceda de cuatrocientos: los pósitos pios administrados por eclesiásticos: y las diputaciones de caridad, en sus recursos y libros. Pero no podrá usarle el que tenga vínculo, legado vitalicio, memoria ó capellanía, sueldo por el gobierno, ó renta de cualquiera clase que pase de trecientos ducados.

62. Todos los memoriales que se diesen al Rey sobre cualquiera negocios ó pretensiones han de extenderse en papel del sello cuarto. Los que se diesen por cualquiera de los ministerios, y los que se hayan de ver en cualquiera Consejo, tribunal ó junta, han de ir en papel del sello cuarto, sin cuyo requisito no se recibirán ni decretarán. Lo mismo se observará con los que se presenten en el Consejo de Estado, en el de Guerra, en la Cámara y en los demas tribunales ó juntas sobre cualesquiera pretensiones; no entendiéndose esto con los escritos que se diesen solamente para hacer recuerdo de los negocios ó pretensiones.

63. Para asegurar la perpetuidad (igualmente que la comodi-

dad de los interesados) de algunos documentos, como son los privilegios, cédulas, ejecutorias, despachos y otros documentos que se acostumbran escribir en pergamino, estos se sellarán con los particulares que para el efecto se depositarán en persona señalada, como lo son los cancilleres de mis Consejos, chancillerías y audiencias, aplicando á cada uno de dichos documentos el sello correspondiente á su calidad, y mudándose los sellos cada año.

64. Todas las provisiones de llamamiento y autos que expidiesen por el tribunal de la contaduría mayor de cuentas para darlas, deberán escribirse en papel del sello cuarto, asignado á los despachos de oficio en la forma siguiente.

65. Las relaciones juradas que se presenten por las partes para dar sus cuentas, irán en papel del sello cuarto todos los pliegos que comprendan.

66. Los finiquitos ó certificaciones que de ellas se diesen, irán en papel del sello cuarto, si el cargo fuese de menos de cien ducados; si fuese de cien ducados hasta mil, se usará del papel del sello segundo; y si de mil ducados, y de ahí arriba, se extenderá en papel del sello primero.

67. Los libros de cargo encuadernados y sus manuales de cargos de pliego agujereado, el de ejecutores, el de memorias y asientos, el de receptor de alcances, y los libros de alcances, y otros cualesquiera que sirvan para mas de un año, y estan formados y corren en la contaduría mayor de cuentas, se sellarán con el sello reservado al fin de lo escrito de cada libro, para que no se pueda escribir en ellos ninguna otra partida; permitiéndose poner las necesarias adiciones y notas al margen de las partidas ya escritas en los referidos libros. Los que se hubiesen de hacer nuevos de las clases insinuadas serán del papel sellado aplicado á los despachos de oficio, y al principio de cada uno de ellos se pondrán auto por los ministros del tribunal en el cual se declarará el año de la formación del libro, el sello y el número de las hojas, si fuese encuadernado ó agujereado; de cuyos libros se usará del modo siguiente: los que hubiesen de servir para mas tiempo de un año, correrán hasta que se acabe el papel con que en el principio fueron formados, y en el año en que se concluyesen se cerrarán con el sello reservado al final de las últimas partidas en la forma dicha mas arriba, haciéndose otros del papel sellado del año en que se cerraron. Y si los libros fuesen de aquellos en que no hay inconveniente concluir cada año, se cerrarán tambien en fin del que acaba en la forma

que queda dicha, formándose otros para el año siguiente con el sello que en él hubiese de correr, y pudiendo ponerse en unos y otros las notas y adiciones que se ofreciesen en la forma arriba referida.

68. Los libros de las secretarías y contadurías del Consejo y de la contaduría general de valores, como son el de la razón, el de relaciones y el de mercedes: y los de la escribanía mayor de rentas, como son los de quitaciones y rentas, los de sueldos, de penas de Cámara y otros cualesquiera que perteneciesen al dicho Consejo, deberán quedar en el oficio donde se originasen los despachos la copia y registro en pliegos del sello cuarto; y en cuanto al despacho original, sacas y recetas que se diesen á las partes, se guardará lo dispuesto en la Real cédula de 15 de diciembre de 1637, con las declaraciones, interpretaciones y limitaciones de la pragmática sancion de 1744, y en los demás oficios donde se tomase la razón del despacho se escribirá en papel comun como se acostumbra; entendiéndose esto mismo en todas las secretarías, contadurías, veedurías, proveedurías, pagadurías y otro cualquiera oficio y ejercicio de papeles que pertenecen ó dependen de los Consejos, tribunales, juzgados, juntas, comisiones y diputaciones del reino y sus ciudades; y por los dichos Consejos, juntas, tribunales, comisiones y diputaciones se darán las órdenes necesarias para que se guarde este orden.

69. Las escrituras y obligaciones que hiciere mi tesorero general en que no hay parte interesada de quien se puedan y deban cobrar los derechos que se dan en ellas, del dinero que entra en las arcas, y de las partidas que son entrada y salida; y las que diesen los pagadores de mis casas Reales y los receptores de los Consejos, del dinero que recibiesen de la Real Hacienda para distribuirlo; y todos los libros de sus oficios, se han de formar enteramente con papel sellado para los despachos de oficio. Y en cuanto á las cartas de pago que los demás tesoreros, receptores, pagadores y administradores de la Real Hacienda dieren por los recibos de las partidas de dinero que cobran y entran en su poder, deberán escribirse en pliegos del sello cuarto, formándose enteramente con papel de esta clase los libros de sus oficios.

70. Las obligaciones de los encabezamientos generales de las ciudades, villas y lugares, que hacen los ayuntamientos y los gremios de ellas, se extenderán en papel del sello cuarto, pudiendo hacerse consecutivamente en un mismo pliego las que cupiesen en él.

71. El repartimiento que por menor hacen los gremios se hará en papel del sello cuarto. En el propio sello irán los mandamientos que cumplido el plazo se dan para que paguen todas las personas contenidas en las copias de los encabezamientos, usándose tambien del mismo en los que se dan para ejecutar los particulares, y en todos los despachos relativos á los encabezamientos, como los de posturas, pujas, remates, trasposos, fianzas, abonos, recudimientos y otros cualesquiera que causan los arrendamientos que se hacen de los ramos de rentas por menor, observándose la Real cédula de 15 de diciembre de 1637, á que se refiere la pragmática sancion de 1744.

72. Las cédulas que se diesen de cantidad señalada de maravedis de merced ó de ayuda de costa se escribirán en papel del sello tercero, no llegando á cien ducados; y en el del sello primero las que fuesen de cien ducados ó mas. Las que se despachen para pagar por la Real Hacienda, no llegando á cien ducados, se extenderán en el del sello cuarto; y si fuesen de cien ducados ó mas hasta mil, en el del sello segundo: las que fuesen ó excediesen de esta cantidad en el del sello primero. Las libranzas ó provisiones que se diesen en virtud de dichas cédulas, y no llegasen á cien ducados, se extenderán en papel del sello cuarto; y las que fuesen de esta cantidad ó excedieren de ella, en el del tercero. Y así las cédulas como las libranzas que se diesen para limosnas, se despacharán en papel del sello de oficio.

73. Las cédulas de aprobacion de las partidas apuntadas ó libradas por billetes de los presidentes ó gobernadores del Consejo de Hacienda se harán en papel del sello de oficio: las que se despachasen en aprobacion de las escrituras que las partes otorgan sobre asientos, ventas, transacciones, arrendamientos y otros cualesquiera contratos que suelen ponerse al respaldo ó al pie de dichos documentos, por ser parte integrante de los contratos, se pondrán, cuando fuese necesario añadir pliegos, en el papel del sello en que estuviesen las mismas escrituras.

74. En las cédulas que se dan á los asentistas y otras personas para consignarles por mayor la cantidad que han de haber por razón de asientos, débitos ó mercedes, se guardará lo prevenido en el artículo 72; pero las libranzas que en virtud de dichas cédulas se despachen de partidas pequeñas sobre efectos ó ramos de las rentas Reales, se escribirán en pliego del sello tercero.

75. El auto ó billete que el Consejo diere en el señalamiento de las medias anatas, se pondrán en papel del sello cuarto, poniéndose al respaldo el recibo del tesorero, y dándose por la

contaduría en papel del mismo sello la certificación acostumbrada de haberse pagado aquel derecho. Todos los otros despachos que anteciesen á la primera paga, se escribirán en papel comun; y en cuanto á los memoriales, peticiones, provisiones, cédulas, comisiones, fianzas, obligaciones, libranzas y otros cualesquiera despachos se guardará lo dispuesto en este mi Real decreto.

76. Los libros de los pósitos han de estar en papel del sello cuarto, excepto el primero y último pliego que serán del sello primero, renovándose los libros todos los años. Las cuentas de estos establecimientos, inclusa la copia que queda en el archivo, se formarán en papel del sello cuarto. Las licencias para sacas de trigo y dinero se pondrán al margen del memorial en que se soliciten. Todos los demas actos, escrituras, ejecuciones, apremios, testimonios y obligaciones se han de extender en papel del sello cuarto.

77. En las oficinas principales de la Corte y en las de las provincias, en las cuales deben formarse libros (aunque sean en folio) de cargo y data de efectos ó caudales, contratos con las Rentas, y demas objetos que exigen una rigurosa intervencion, se usará en ellos de papel comun, á excepcion de la primera y última hoja que será del papel del sello cuarto de oficio, observándose precisamente la circunstancia de estamparse en la primera hoja el destino del libro, hojas que contiene, incluso las del sello, y firmándola con firma entera los gefes principales; las restantes hojas se rubricarán por los mismos. Todos los demas libros de asiento particular, ó que para su gobierno lleven los tesoreros, contadores y administradores de todas rentas, podrán ser de papel comun; pero siempre foliados y rubricados por sus respectivos gefes.

78. Todos los documentos que se expiden por las oficinas de mi Real Hacienda para uso del servicio, incluso las relaciones juradas con que los administradores y tesoreros rinden sus cuentas, deberán estar extendidos en papel del sello cuarto de oficio, como asimismo las certificaciones y finiquitos.

79. Las guias, licencias de sacas, pasaportes y salvoconductos de mercaderías, frutos, ganados y bestias para dentro de estos reinos, se harán en papel comun, y para los reinos extranjeros, en papel del sello primero. Pero siendo los interesados personas que vivan dentro de las tres leguas de la raya y al contorno de los puertos secos, y entren y salgan á comerciar de unos á otros reinos, habiendo de volver los ganados y bestias

que registraron, se harán las guias en papel comun. Y si volviesen, y los derechos de la extraccion no importasen el valor de medio pliego del sello de ilustres, se harán las guias en papel del sello cuarto.

80. Los registros y contrarregistros de mercaderías en los puertos secos y mojados se pondrán en papel del sello cuarto.

81. Las certificaciones ó testimonios que se diesen por las contadurías, secretarías y escribanías, siendo á instancia de parte ó dependiente, se harán en papel del sello cuarto; y si fuesen puramente de oficio ó á instancia fiscal, en papel de oficio: guardándose la misma distincion en los informes que diesen al Consejo ó al tribunal.

82. Las escrituras públicas de cartas de pago, asi en el registro como en las copias, se otorgarán en papel del sello cuarto, y de las otras clases superiores, con las distinciones que hacen las leyes á proporcion de la entidad; pero en las que fuesen de puras limosnas concedidas sobre las Rentas, y las de recompensas á los eclesiásticos en la administracion del Excusado, nunca se usará mas que del papel del sello cuarto.

83. Todos los títulos, testimonios, certificaciones, nombramientos de oficios que dan y despachan los intendentes, subdelegados, administradores generales, tesoreros, contadores ó arrendadores de Rentas, asi de guardas como de comisarios, ejecutores, veedores, diligencieros y alguaciles, se extenderán en papel del sello tercero: los demas oficios superiores en el del sello primero: pero en los que se despachan en virtud de órdenes Reales y sirven con sola carta orden de los directores generales, no se hará novedad.

84. En los demas puntos no especificados en estas reglas concernientes al uso del papel sellado en la administracion y oficinas de Rentas, se observará lo dispuesto en las leyes, proponiéndose los casos dudosos á la Direccion general de aquellas para que los resuelva, ó si fuere necesario los consulte á mi Consejo de Hacienda.

85. Para ocurrir á los inconvenientes que resultarían de reducirse los negocios y contratos á las confianzas y créditos privados en perjuicio de los funcionarios públicos y riesgo de la justicia de las partes, prevengo que todos los contratos y obligaciones que se escribiesen en dichos documentos privados, si se sellasen con el sello que corresponde, segun su calidad y cantidad, consiguiente á lo que se ha ordenado respecto de las escrituras públicas, tendrán relacion á todos los créditos perso-

nales y quirografarios que esten escritos en papel comun sin sello, graduándoles despues de las escrituras públicas, y dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelacion, sin que por esto sea visto dar á las cédulas y escritos privados mas fuerza, fe ni autoridad, de la que por derecho tienen y deben tener.

86. Ni en los puestos de esta Corte ni en las demas receptorías de los partidos del reino se recibirán otros pliegos errados que los de los cuatro primeros sellos, que en el mismo acto de escribirse, formarse ó extenderse los despachos, instrumentos y actos judiciales se hubiesen errado, y por ningun caso aquellos cuya primera hoja se haya llegado á escribir enteramente para continuar en papel blanco ó sellado.

87. Tampoco se recibirán los que en el mismo pliego se verifique la errata, acabado todo el instrumento con las refrendas y suscripciones que le cierran, ni los que llegasen á estar cosidos, ni los pliegos y medios pliegos que en asuntos y materias contenciosas se hayan firmado por los abogados ó procuradores, ni los que se hallen con decreto de los Consejos y juntas, ó con auto de los juzgados ordinarios; porque todos estos no son errados por accidente ó casualidad, y el admitirlos causaria fraudes y abusos. Lo mismo se observará con los pliegos que se devuelvan impresos con el nombre de errados, cuyo recibo perjudicaria á la Real Hacienda.

88. Debiendo guardarse la regla establecida para el recibo de los sellos cortados de los mismos cuatro primeros sellos, no se recibirá ninguno de los juzgados ordinarios y oficiales públicos, sino únicamente los que se errasen por accidente en los despachos de los Consejos, juntas, chancillerías y audiencias, y aun estos estando rubricados de los secretarios, contadores, escribanos de Cámara y oficiales de papeles de los mismos tribunales, á quienes solo se permite esta confianza, y no á los demas juzgados ordinarios y oficiales públicos, á los cuales tampoco comprende para este caso la posterior Real declaracion, á consulta de mi Consejo de Castilla, de 14 de diciembre de 1744; pues en ella no se trató de sellos cortados, sino solamente de la admision de lo errado, sin distincion de los cuatro sellos.

89. Siendo el sello de oficio determinado y establecido precisamente con aplicacion á ciertas causas, y con expresa prohibicion para otras, no se hará comun su venta, sino facilitarse á los que lo necesiten y puedan gastarlo con el pago de su valor al contado. Y mediante que lo primero se ejecuta con los Consejos, tribunales y juntas, como tambien con las oficinas de es-

ta Corte, á excepcion de la Sala de Alcaldes de mi Real Casa y Corte, se deberá proveer á esta, como dimanada de dicho Consejo, de las resmas que necesitare hasta la cantidad que tiene asignada y recibe anualmente el escribano de Cámara de gobierno del mismo Consejo, por cuya mano se proveerá al de la Sala.

90. Y en atencion á que por la disposicion del artículo antecedente no queda en la Corte tribunal ni comision á que se deba surtir del referido sello de oficio, sino es el juzgado ordinario del corregidor, sus tenientes y gobierno del ayuntamiento, deberá acudir el primero al tesorero particular de este derecho, para que entregue á la persona que diputare las resmas que del papel de oficio necesite, cuyo importe pagará de contado, celando que no se gaste ni consuma en otras causas que en aquellas para que está establecido; previniéndose lo mismo á los presidentes de las chancillerías y audiencias, intendentes y corregidores de los partidos adonde se remita papel sellado, con insercion del artículo que trata de este sello, para su puntual observancia.

91. Como al fin del año podrá quedar porcion de papel sellado en poder de varias personas que serian defraudadas en el coste, por no servir para el año siguiente, se deberán entregar á los Consejos ó persona nombrada por ellos desde 1.º hasta 15 de enero inclusive, admitiéndoseles y dándoles en su lugar otro del año corriente, segun el valor y tasa de cada uno, con la circunstancia de que los que se volviesen pasado el citado plazo no se hayan de admitir ni cambiar por otros; y las personas en cuyo poder se hallaren, pasado dicho término, incurrirán en las penas impuestas á los que introducen moneda falsa, para que con esta prevencion se consiga el fin de la legalidad.

92. Debiéndose entender comprendida en esta mi Soberana determinacion todos y cualesquiera géneros de instrumentos, escrituras, cédulas, despachos, títulos, privilegios y demas documentos que se usan y pueden usar en estos reinos; si alguna se omitiere, se ha de regular por la razon y comparacion de las expresadas, segun la calidad y cantidad que mas convenga con su naturaleza, consuliéndome los Consejos, chancillerías, audiencias, juntas y demas tribunales en cualquiera duda, para tomar la resolucion conveniente.

93. Cuando hubiesen de presentarse en juicio cartas particulares ú otros papeles que por su naturaleza no deben estar en

papel sellado, se acompañarán otros tantos pliegos ó medios pliegos, en los que se pondrá la nota de reintegro.

94. Las letras de cambio se despacharán en la misma forma y precios que se ejecuta en el día.

95. No son comprendidas en el artículo anterior las letras ó libranzas que se giren por mis Reales tesorerías.

96. Estará de venta el papel sellado de pobres, y de su uso y admision serán responsables respectivamente el que lo presente y el que lo admita.

97. Queda derogada la cédula del año de 1794<sup>(1)</sup> en todo lo que se oponga á este mi Soberano decreto, por haberse refundido en él la parte de los artículos que quedan vigentes.

98. Asimismo derogo cuanto las llamadas Cortes han dispuesto sobre este punto.

99. En todas las oficinas y dependencias por donde deban correr estas materias habrá ejemplares de este mi Real decreto para conocimiento de todos los interesados.

100. La Direccion general de rentas procederá sin demora á tomar las disposiciones que estan en sus facultades para que tenga pronta ejecucion lo prevenido en los anteriores artículos; y se comunicará el presente decreto á mi Consejo Real á fin de que lo haga circular y cumplir en la parte que le toca. Tendreislo entendido y lo comunicareis á quienes corresponda para su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano.

<sup>1</sup> Ley 11. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

## APENDICE AL LIBRO PRIMERO.

*Del pleito homenaje, y del acto para dar hábito militar.*

- |                                                                    |                                                                                                |
|--------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que es pleito homenaje, por quien y en qué casos se presta? | tener algunas de dichas Ordenes.<br><i>Escrituras correspondientes á este apéndice.</i>        |
| 2. De las Ordenes de caballería, y ¿quienes pueden darlas?         | 1. <sup>a</sup> Pleito homenaje.                                                               |
| 3. No estan excluidos los hijos de escribanos de poder ob.         | 2. <sup>a</sup> Homenage en jura de Príncipe.<br>3. <sup>a</sup> Acto para dar hábito militar. |

### DEL PLEITO HOMENAGE.

1. **E**l homenaje es hacerse uno hombre de otro, darle seguridad de cumplir lo que pone á su cuidado y guardarle fidelidad<sup>(1)</sup>. Cualquiera, ya sea ó no caballero hijodalgo, puede hacer pleito homenaje, y se practica regularmente cuando se jura algun Príncipe, ó encarga á alguno la custodia de castillo ó fortaleza, y en otros casos que suelen ocurrir entre personas privadas, asi por vasallage ó conservar amistad como por cumplir algun contrato. Este acto se reduce á una palabra y promesa jurada de ejecutar con toda fidelidad lo que se le encomienda; y se hace en manos de un caballero hijodalgo ó de juez que tenga jurisdiccion ordinaria completa<sup>(2)</sup>, y el infractor queda infame<sup>(3)</sup>.

### ACTO PARA DAR HÁBITO MILITAR.

2. La compañía de hombres nobles destinados para la defensa de la patria se llamaba antiguamente *caballería*, que quiere decir, compañía de hombres fuertes y escogidos para superar y tolerar trabajos por el *pro comunal* de la tierra<sup>(4)</sup>. De las virtudes, circunstancias y propiedades de que deben estar adornados los caballeros, tratan las leyes 4, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 19, 21 y 22. tit. 21. Part. 2. En España el Rey como gran Maestre de la insigne orden del Toison, de la Real y distinguida de Carlos III, y de las cuatro militares que son: Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa; y tambien la Reina, y no otro, pueden armar ca-

<sup>1</sup> Ley 4. tit. 25. Part. 4.

<sup>2</sup> Leyes 6 y 7. tit. 18. Part. 2. y tit. 26.

Part.

<sup>3</sup> Ley 4. tit. 6. Part. 7.

<sup>4</sup> Ley 1. tit. 21. Part. 2.

balleros sin las ceremonias que previenen las leyes de Partida (1); pues lo que regularmente se practica es cometer el Rey el acto á un comendador de la orden, librando para ello su Real provision. El que lo ha de ser de todas seis, debe probar hidalguía y limpieza de sangre, y ademas para estas cuatro, hacer vigilia la noche anterior en una iglesia, y al dia siguiente oír misa.

3. Antes que se estableciesen, segun hoy lo estan, las cuatro Ordenes militares ó de caballeria, se elegían hombres que supiesen tolerar los grandes trabajos que se padecen en la guerra, y sin piedad combatiesen á los enemigos de la religion y de la patria. Despues se sustituyeron sugetos de mayor pundonor, que titularon de buen linage (2) (\*), de modo que aunque los pretendientes á los hábitos fuesen nobles, valientes, leales, beneméritos y de probidad, les obsta para su obtencion el oficio de sus progenitores. Por los estatutos de las Ordenes se excluía del goce de esta distincion á los hijos de los escribanos, igualándolos con los artesanos y menestrales; pero habiéndose quejado al Rey un capitán, hijo de escribano de Cámara, y de nacimiento ilustre, por habersele objetado este llamado defecto, su Magestad, hecho cargo de la injusticia y agravio que se le irroga, comunicó al Real Consejo de las Ordenes con fecha de 7 de octubre de 1785 un Real decreto, en el cual dice lo siguiente: *Declaro que no obsta ni debe obstar para la obtencion de los hábitos de dichas Ordenes, sin embargo de quanto enuncian y expresan sus estatutos, la calidad de escribanos (sea de la clase que fuere) en los padres ó ascendientes del pretendiente, y mucho menos la de escribano de Cámara de mis Consejos, chancillerías y demas tribunales superiores, por la confianza y distincion de sus empleos, y por lo que conviene honrar la fe pública en todos, para que no se desdeñe la nobleza de unos oficios de que en mucha parte dependen el honor, la vida y los intereses de los vasallos. Y así es mi voluntad que proceda el Consejo á la aprobacion absoluta de los procesos de pruebas de*

1 Ley 6. tit. 1. lib. 6. Rec.

2 Ley 2. tit. 21. Part. 2.

\* Para ser admitido en cualquiera de estas cuatro Ordenes militares, debe el agraciado presentar testimonios que acrediten nobleza de sangre de su padre y madre, y de los abuelos de ambos, ser nacido él, sus padres y abuelos de legítimo matrimonio. Tambien se requiere que ni él ni sus padres y abuelos hayan ejerci-

do oficios mecánicos y viles, ni tengan raza de judío, moro, hereje ni villano; y si despues de tomado el hábito, se descubriese en el agraciado algunos de estos defectos, le será quitado.

Las mismas calidades se requie en para la Real orden de Carlos III, conforme á la instrucion aprobada por su Magestad en el año de 1804.

los sugetos en quienes concurren las expresadas circunstancias, siempre que se hallen adornados de las demas de limpieza y nobleza que se requieren: que publique la aprobacion de las pruebas del capitán Don Felipe Villavicencio: y que se le expida el título ó despacho correspondiente en la forma regular y de estilo, no haciéndose mencion en él del empleo de su padre que hasta ahora se ha tenido por defecto, sin embargo de no hallarse literalmente expresado en los estatutos de las Ordenes militares. Tendráse entendido en el Consejo de las Ordenes para su cumplimiento. En San Ildefonso 7 de octubre de 1785. A Don Manuel de Aispun. De los requisitos y ceremonias para armar caballeros trata la ley 14. tit. 21. Part. 2., de los que se instruirá el escribano por el acto que extenderé. Omito explicar la materia de feudos, porque en esta monarquía no los hay: y la de vasallage, porque no se estila hacer escrituras de esta clase.

#### Escrituras de este apéndice.

##### 1.º PLEITO HOMENAGE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de Andrade, caballero hidalgo, vecino de ella, estando en presencia del señor Don N., corregidor de ella, dijo: que su Magestad (que Dios guarde) le nombró por Alcaide de tal fortaleza, y mandó que antes de tomar posesion haga pleito homenaje, segun corresponde, como consta de su Real cédula y título, despachado en tal parte, á tantos &c., y en su cumplimiento requirió con ella á dicho señor corregidor, el cual usando de la comision que se le confiere, cogió con sus manos las del otorgante, y este teniéndolas juntas, bajo juramento que hizo por Dios nuestro Señor en solemne forma, segun fuero de estos reinos, prometió una, dos, tres veces, y las demas en derecho necesarias, guardar y defender la referida fortaleza en paz y en guerra todo el tiempo que esté á su cuidado, y morir por su defensa: ser fiel y leal á su Magestad como buen vasallo, y cumplir exacta y puntualmente sus Reales órdenes sin oposicion, y todo quanto como caballero hidalgo debe; pena de incurrir en las impuestas por legales disposiciones y demas arbitrarias contra los infractores del pleito homenaje, en que desde ahora se da por condenado, lo contrario haciendo: y de haberlo prometido y jurado así, lo pidió por testimonio; y firma con dicho señor Corregidor, á quienes doy

fe conozco, siendo testigos N. N. y N., vecinos de esta villa.

*Nota.* Algunos suelen fundar mayorazgos con la condicion de que el que haya de poseerlos esté obligado á hacer pleito homenaje en manos de un caballero hijodalgo, antes de tomar posesion de ellos; y si sucede este caso, prometerá con juramento observar ó cumplir exactamente todas las condiciones con que el mayorazgo está erigido, sin alterarlas, tergiversarlas, interpretarlas ni oponerse á ellas con pretexto alguno, aunque tenga causa legitima para ello, pena de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no cumplen el pleito homenaje.

2.<sup>a</sup> HOMENAGE EN JURA DE PRINCIPE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Antonio de tal, conde de &c., dijo: haber llegado á su noticia que el Rey nuestro Señor (que Dios guarde) mandó celebrar Cortes, y convocar á las ciudades y villas que tienen voto, grandes y títulos de Castilla para la jura de Principe de Asturias, que se ha de hacer al Serenísimo señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de su Magestad, y respecto no poder concurrir personalmente, por los achaques habituales que padece, á tan debido como solemne acto, desde luego, cumpliendo en la forma posible con la obligacion en que está constituido = Otorga por sí, y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores, que reconoce al expresado Serenísimo señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de su Magestad, por Principe de Asturias, y como tal, inmediato sucesor á estos reinos de Castilla, Leon, Aragon &c. y demas agregados, unidos y pertenecientes, y para despues de los dias de la vida de su Magestad Católica (que la Divina prospere dilatados años) por Rey y legitimo Señor y sucesor natural propietario en estos dominios: y desde ahora para entonçes le rinde la obediencia, reverencia, fidelidad y vasallage que como buen súbdito y leal vasallo está obligado á dar y guardar respectivamente á su Principe, Rey y Señor natural: promete cumplir con la mayor puntualidad todas las órdenes que le dé, y cuanto sea de su Real servicio: y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en legal forma, y por los santos Evangelios que estan en un misal abierto en que puso sus manos, no oponerse á ello, ni contravenirlo con ningun pretexto ni motivo; y si lo hiciere, quiere incurrir en las penas impuestas por leyes Reales contra los traidores é infractores de los juramentos, y como tal castigado: y para mayor seguridad de lo que deja prometi-

do, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, hace fe y pleito homenaje una, dos, tres veces, y las demas que se requieran, en manos del señor Don Antonio de tal, caballero hijodalgo (*Aqui se expresará su empleo ó dignidad.*), segun fuero de estos reinos, de observar exacta é inviolablemente todo lo que ha jurado y prometido, sin faltar en cosa alguna ni en lo demas que como caballero hijodalgo está obligado á practicar en servicio de su Rey y Señor natural; y si lo contrario hiciere, desde ahora se da por incurso en las referidas penas, y en las que incurren los transgresores de los pleitos homenages hechos á su Principe soberano: y el expresado señor Don Antonio aceptó dicho juramento y pleito homenaje en nombre del Serenísimo señor Don F., Principe de Asturias, legitimo sucesor en estos reinos; y ambos lo pidieron por testimonio: é yo el infraescrito escribano doy fe haber sido presente á todo lo mencionado, y de que conozco á los señores otorgantes que lo firman, siendo testigos F. F. y F., vecinos de esta villa.

3.<sup>a</sup> ACTO PARA DAR HABITO MILITAR.

En el nombre de Dios Trino, Uno y Omnipotente, y de la Serenísima Reina de los Angeles Maria Santísima, Madre de nuestro Señor y Redentor Jesucristo y Señora nuestra, concebida sin pecado original. Amen. Estando en la iglesia del convento de tal Orden de caballeria de esta ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano y testigos que se denominarán, Don Antonio de tal, vecino de tal parte, requirió al señor Don Francisco de tal, comendador de dicha Orden con una Real cédula y provision firmada de su Magestad, y refrendada por Don F., su secretario, su data en el Real sitio de tal, á tantos de tal mes de este año, cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aqui la provision.*) Y habiendo visto la Real provision inserta el expresado señor Comendador, á quien viene cometida, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza descubierta, y enterado de su contexto dijo: que la obedece con el respeto debido como carta de su Rey y Señor natural, y que está pronto á cumplir cuanto por ella se le manda: y en continente se acercaron los dos y otros caballeros de la misma Orden que estaban presentes, al altar mayor de la enunciada iglesia, de los cuales dicho Don Antonio eligió por padrinos á Don Pedro y Don Jaime de tal, y por constar al señor Comendador que el mencionado Don Antonio ha tenido vigilia la noche próxima precedente en

tal iglesia, y oído misa hoy en esta, cumpliendo con lo prevenido en la citada Real cédula, le armó caballero, segun costumbre de estos reinos en la siguiente forma: mandó á sus padrinos que le ciñesen espada y le calzase cada uno una espuela dorada, y habiéndolo hecho, sacó el expresado Don Antonio la espada de la vaina, y entonces le preguntó tres veces el señor Comendador: *si queria ser caballero*, y respondió: *si quiero*. Y despues le recibió juramento, el que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, y por los santos Evangelios, que estaban en un misal abierto, sobre los cuales puso sus manos, y bajo de él prometió morir por la defensa de nuestra santa Fe Católica, por la de su Rey y Señor natural y por la de su patria; y en vista de esta promesa el nominado señor Comendador tomó la espada del referido Don Antonio; le tocó con ella en la cabeza, diciendo tres veces: *Dios os haga buen caballero, y deje cumplir lo que habeis prometido y jurado*, y se la puso en la cinta. Luego los caballeros padrinos y otros de la misma Orden, que presenciaron el acto, vistieron sus mantos de sarga blanca con la cruz de su hábito, y el señor Comendador puso á dicho D. Antonio otro igual, y estando este hincado de rodillas sobre una almohada de terciopelo carmesí, le manifestó un libro abierto en que estan escritos los estatutos de su Orden, y le hizo varias amonestaciones sobre su observancia; y habiendo ofrecido cumplirlo todo inviolablemente, le echó su bendicion: y el prenotado Don Antonio lo pidió por testimonio que firma con el señor Comendador, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F. &c.

## LIBRO SEGUNDO.

### DE LAS COSAS.

#### TITULO PRIMERO.

##### DIVISION GENERAL DE LAS COSAS.

###### DEL DOMINIO Y DE LAS SERVIDUMBRES.

#### CAPITULO PRIMERO.

##### Division de las cosas. De los montes, dehesas y pastos.

- |                                                                                       |                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Definicion y division de las cosas.                                             | conservacion de las dehesas.                                                            |
| 2. De los montes, dehesas y pastos.                                                   | 7. Disposiciones acerca de pastos y prescripcion de estos.                              |
| 3. Disposiciones relativas á los montes y términos de concejo.                        | 8. El uso de pastos es comun á todos los vecinos.                                       |
| 4. Continuacion del mismo asunto.                                                     | 9. ¿Como se entiende concedido el derecho de pastos á los pueblos y á los particulares? |
| 5. ¿A quien compete el conocimiento de las causas que se susciten sobre esta materia? | 10. Providencias para la conservacion de pastos.                                        |
| 6. Providencias relativas á la                                                        |                                                                                         |

1. **L**lámase *cosa* todo aquello que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado. Divídense las cosas en divinas y humanas: las primeras son las cosas sagradas, religiosas y santas, que estan fuera de comercio, y por nadie pueden ser adquiridas fuera de algunos casos particulares, cuyo tratado pertenece al derecho canónico. De las cosas humanas hay cuatro clases.

tal iglesia, y oido misa hoy en esta, cumpliendo con lo prevenido en la citada Real cédula, le armó caballero, segun costumbre de estos reinos en la siguiente forma: mandó á sus padrinos que le ciñesen espada y le calzase cada uno una espuela dorada, y habiéndolo hecho, sacó el expresado Don Antonio la espada de la vaina, y entonces le preguntó tres veces el señor Comendador: *si queria ser caballero*, y respondió: *si quiero*. Y despues le recibió juramento, el que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, y por los santos Evangelios, que estaban en un misal abierto, sobre los cuales puso sus manos, y bajo de él prometió morir por la defensa de nuestra santa Fe Católica, por la de su Rey y Señor natural y por la de su patria; y en vista de esta promesa el nominado señor Comendador tomó la espada del referido Don Antonio; le tocó con ella en la cabeza, diciendo tres veces: *Dios os haga buen caballero, y deje cumplir lo que habeis prometido y jurado*, y se la puso en la cinta. Luego los caballeros padrinos y otros de la misma Orden, que presenciaron el acto, vistieron sus mantos de sarga blanca con la cruz de su hábito, y el señor Comendador puso á dicho D. Antonio otro igual, y estando este hincado de rodillas sobre una almohada de terciopelo carmesí, le manifestó un libro abierto en que estan escritos los estatutos de su Orden, y le hizo varias amonestaciones sobre su observancia; y habiendo ofrecido cumplirlo todo inviolablemente, le echó su bendicion: y el prenotado Don Antonio lo pidió por testimonio que firma con el señor Comendador, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F. &c.

## LIBRO SEGUNDO.

### DE LAS COSAS.

#### TITULO PRIMERO.

##### DIVISION GENERAL DE LAS COSAS.

DEL DOMINIO Y DE LAS SERVIDUMBRES.

##### CAPITULO PRIMERO.

*Division de las cosas. De los montes, dehesas y pastos.*

- |                                                                                       |                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Definicion y division de las cosas.                                             | conservacion de las dehesas.                                                            |
| 2. De los montes, dehesas y pastos.                                                   | 7. Disposiciones acerca de pastos y prescripcion de estos.                              |
| 3. Disposiciones relativas á los montes y términos de conejo.                         | 8. El uso de pastos es comun á todos los vecinos.                                       |
| 4. Continuacion del mismo asunto.                                                     | 9. ¿Como se entiende concedido el derecho de pastos á los pueblos y á los particulares? |
| 5. ¿A quien compete el conocimiento de las causas que se susciten sobre esta materia? | 10. Providencias para la conservacion de pastos.                                        |
| 6. Providencias relativas á la                                                        |                                                                                         |

1. **L**lámase *cosa* todo aquello que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado. Divídense las cosas en divinas y humanas: las primeras son las cosas sagradas, religiosas y santas, que estan fuera de comercio, y por nadie pueden ser adquiridas fuera de algunos casos particulares, cuyo tratado pertenece al derecho canónico. De las cosas humanas hay cuatro clases.

1.<sup>a</sup> Las *comunales*, que sirven á los hombres y demas vivientes, como el aire, el agua llovediza, el mar y sus riberas (1). 2.<sup>a</sup> Las *públicas*, que pertenecen á los hombres en general, como rios, puertos, caminos públicos, de que pueden usar no solo los naturales de aquella tierra donde se hallen, sino tambien los extranjeros (2), á menos que haya alguna ordenanza municipal, ley ó costumbre que limite ó impida este uso á cierta clase de personas. 3.<sup>a</sup> Las cosas *propias* del comun ó concejo de algun pueblo, entre las cuales hay algunas de que pueda usar cada vecino, y otras de que no pueden hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, plazas donde se celebran las ferias y mercados, arenales de las riberas de los rios, ejidos, pastos, carreras ó sitios destinados para correr caballos, montes, dehesas y otros lugares semejantes, que sirven para el uso comun (3). Las segundas son los campos, viñas, huertas, olivares y otras heredades, los ganados y demas cosas que dan algun fruto ó renta; pues aunque corresponden en comun á los moradores del pueblo á quien pertenezcan, no puede cada individuo por sí aprovecharse de ellas; bien que sus frutos y rentas deben emplearse en beneficio comun del mismo pueblo (4). 4.<sup>a</sup> Las cosas *particulares* que pertenecen señaladamente á cada hombre, pudiendo adquirir ó perder el dominio de ellas.

2. Entre las cosas públicas destinadas al uso comun de los vecinos se han contado en el párrafo anterior los montes, dehesas y pastos; acerca de cuyas tres cosas se dirá lo mas necesario, compendiando las providencias relativas á cada una.

3. En orden á los montes y términos de concejo está determinado lo siguiente por nuestras leyes. 1.<sup>o</sup> Todo término ó monte ocupado debe restituirse al concejo á quien pertenecia; y una vez restituido, no pueden enagenarse ni romperse sus ejidos (5). 2.<sup>o</sup> De esta restitucion no ha de exceptuarse el oficial que fue de concejo, pena de perdimiento de oficio y de inhabilitarse para obtenerlo, cuyo juicio y modo que los jueces han de observar en esta restitucion, se prescriben en la ley 5. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. y modificaciones que expresan las leyes 6 y 7 del mismo título. 3.<sup>o</sup> Estos términos ocupados ó vendidos sin licencia Real de diez años atras al de 1551 se deben reducir á pasto (6). 4.<sup>o</sup> Las

1 Ley 3. tit. 28. Part. 3.  
2 Ley 6. tit. 28. Part. 3.  
3 Ley 9. de dicho tit. 28.

4 Ley 10. allí.  
5 Ley 2. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.  
6 Ley 4. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.

viñas, huertos ó edificio hecho en término realengo ó concejil, con licencia del concejo de la ciudad, villa ó lugar, no ha de derribarse ni destruirse, sino que aquel que lo posea, deberá pagar un censo á razon de cinco maravedis por cada aranzada de viña, y así respectivamente (1). 5.<sup>o</sup> Que los edificios restituidos por mala ocupacion no se destruyan, ni talen los montes ya plantados que se hubieren restituido, salvo si fueren tan grandes que puedan los pueblos cortar leña; lo cual deberá ejecutarse dejando en los árboles *horca y pendon* para que vuelvan á criar, y no cortándose jamas por el pie, quedando los mas pequeños para pasto (2). Todo lo que se extendió á los montes de particulares. 6.<sup>o</sup> Que no se hagan mercedes de los términos públicos por el Rey, Consejo ni jueces (3). 7.<sup>o</sup> Que las justicias no den tierras de los términos sin licencia Real (4).

4. Para la conservacion de los montes, como un objeto de tanta utilidad, estan tomadas las providencias siguientes. 1.<sup>a</sup> Que se atienda al plantio de los árboles, segun la calidad del terreno, conservándose los montes viejos, y poniéndose guardas para ello, á cuyo fin las justicias visiten cada año dichos montes y cuiden de que se ejecuten las penas expresadas en la ordenanza (5), la cual ha de ser confirmada por el Consejo (6). 2.<sup>a</sup> Los corregidores que sean omisos en el cumplimiento de estas leyes, pierdan la tercera parte de su sueldo (7). Todo esto se expresó mas en las ordenanzas de 7 y 12 de diciembre de 1748, mandando que no se cortasen árboles sin permiso de la justicia, y con tal que por cada árbol viejo se plantasen tres renuevos. Además se veda toda tala y quema de alamedas públicas, montes, bosques &c., y se manda que cada vecino plante cada año cinco árboles en los sitios que mejor pareciere al corregidor; y no habiéndolos, se siembre bellota á su discrecion. Esta ordenanza se extendió á los montes de los particulares por Real cédula de 18 de octubre de 1763 (8).

5. El conocimiento de las causas que se susciten sobre esta materia pertenece al juez subdelegado, que es el corregidor

1 Ley 2. tit. 22. lib. 7. Nov. Rec.  
2 Ley 1. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.  
3 Ley 8. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.  
4 Ley 9. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. Los montes comunes en Aragon por una Real orden de 1773 se pueden romper con licencia del ayuntamiento del pueblo, y si este no se la da, acude á la Real audien-

cia, que lo concede cuando hay justa causa.  
5 Ley 2. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.  
6 Ley 6. tit. 3. lib. 7. Nov. Rec.  
7 Ley 3. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.  
8 Puede verse tambien la Real cédula é instruccion de 1748, en que se dieron las mas acertadas providencias para la conservacion de árboles y montes.

del partido y el ministro del Consejo que está señalado para las causas de recursos. Si las causas no exceden de veinte ducados, pertenecen á la justicia ordinaria de cada pueblo respectivamente; y si excedieren de esta cantidad, al corregidor del partido, con apelacion al Consejo (y no á otro tribunal), el que tiene diputado un señor ministro del mismo Consejo, segun la division de las provincias. Este ministro es un subdelegado general de la provincia ó provincias que tiene á su cargo.

6. Por lo que hace á la conservacion de dehesas, se hallan las siguientes disposiciones en la ley 9. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec. 1.<sup>a</sup> Que se reconozcan y apren las dehesas por las justicias con dos comisionados, uno del Consejo y otro del concejo de la Mesta. 2.<sup>a</sup> Que estos señalen la cantidad, el dueño de dichas dehesas y los ganados que puedan sustentar. 3.<sup>a</sup> Que con asistencia del fiscal nombrado por la Mesta, del alcalde entregador (\*) y del escribano, se haga fe y vista de ojos de lo que se hubiese rompido. 4.<sup>a</sup> Que se anoten en libros las dehesas de cada pueblo, y de ellas se remitan relaciones á las respectivas chancillerias, y la relacion general se guarde en el Consejo, y otra igual en el concejo de la Mesta. 5.<sup>a</sup> Que las dehesas rompidas sin licencia desde el año de 1590, y las que se rompieren concluido el término, se reduzcan á pasto; y para evitar estos rompimientos está mandado por cédulas Reales de 30 de diciembre de 1748 y 13 de enero de 1749, que absolutamente no se concedan facultades para romper dehesas, y que las rompidas veinte años antes se reduzcan á pasto.

7. En materia de pastos se atiende principalmente á la costumbre inmemorial, pues aunque la ley 7. tit. 29. Part. 3. dice que no se prescriben las cosas públicas, como dehesas, ejidos &c., esto no se entiende de la prescripcion inmemorial (1). Por consiguiente, si se suscitare disputa ó pleito sobre si los baldios pertenecen al señor del lugar ó al concejo, deberá estarse á la posesion inmemorial (2). Aunque los actos de los particulares no perjudican regularmente á la comunidad, podrán adquirirse, no obstante, los pastos por hechos de sus vecinos (3). Los pastos y términos de los lugares yermos y despoblados deben agregarse ó adjudicarse á los lugares inmediatos (4).

\* Por la Real cédula de 1796 cesaron los alcaldes entregadores, como se verá cuando se trate de la Mesta.

1 Otero de pascuis, cap. 17.

2 Otero allí, cap. 9. num. 18.

3 El mismo, cap. 20 y 21.

4 El mismo, cap. 23. desde el num. 14 al 18.

8. Fuera de esta posesion inmemorial, el uso de los pastos es común á cualquiera vecino que tenga casas ó posesiones en el pueblo (1). En el número de los vecinos se comprenden tambien los aldeanos de la ciudad ó villa (2); pero los que no fuesen vecinos, no podrán usar de los pastos. Así que el guarda de estos, aunque no tiene jurisdiccion, puede aprehender los ganados que no fueren del lugar; pero estos ganados aprehendidos no deben maltratarse, retenerse ni encerrarse; y solo se obligará á satisfacer el daño, justificado con apreciadores, testigos &c., y la pena que el pueblo impusiese (3). La accion para apenar es popular, y así cada vecino puede mover pleito sobre ello (4), y los gastos del pleito se pagarán de los bienes del concejo (5). Debe no obstante el pueblo que abunde de pastos conceder al pueblo vecino que está falto, los que le sobran (6). Los carreteros pueden con sus bueyes y mulas pacer de camino en los términos públicos, y aun cortar leña para guisar y madera para reparar y componer los carros si se les rompiese alguna pieza (7). Ultimamente está mandado que en los montes que se quemaren no se entre á pacer hasta que el Consejo informado provea lo conveniente (8).

9. El derecho de pastos concedido á un pueblo es perpetuo, y se reputa por raiz, sobre el cual se puede constituir censo (9); y si se concediere á un particular, solo se entienda para las cabezas de ganado que tuviere al tiempo de la concesion (10). Puede tambien el pueblo arrendar las yerbas, en cuyo caso debe pagarse alcabala por participar este contrato algo del de venta (11); y este arrendamiento solo puede tenerlo el que mantuviere ganado, con la condicion de solo arrendar la yerba necesaria, y una tercera parte mas (12); y si le sobrara, podrá darla en arrendamiento á otro por el mismo precio, y no mas, en que él la arrendó (\*).

1 Ley 9. tit. 28. Part. 3. Debe advertirse, que por cada millar de ovejas y carneros deben tenerse seis vacas de cria, y cualquiera puede llevar al pasto concejil, destinado para solo el ganado de labor, una vaca cerril de cria con dos pares de bueyes ó uno de mulas. Ley 7. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.

2 Ley 2. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec.

3 Leyes 7. tit. 4. lib. 4. del Fuero Real. y 1. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.

4 Ley 10. tit. 11. Part. 3.

5 Ley 5. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. Otero, cap. 29.

6 Otero de pascuis. cap. 29.

7 Leyes 3 y 4. tit. 28. lib. 7. Nov. Rec.

8 Ley 7. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.

9 Otero, cap. 23. num. 3. y cap. 27. num. 8 y 9.

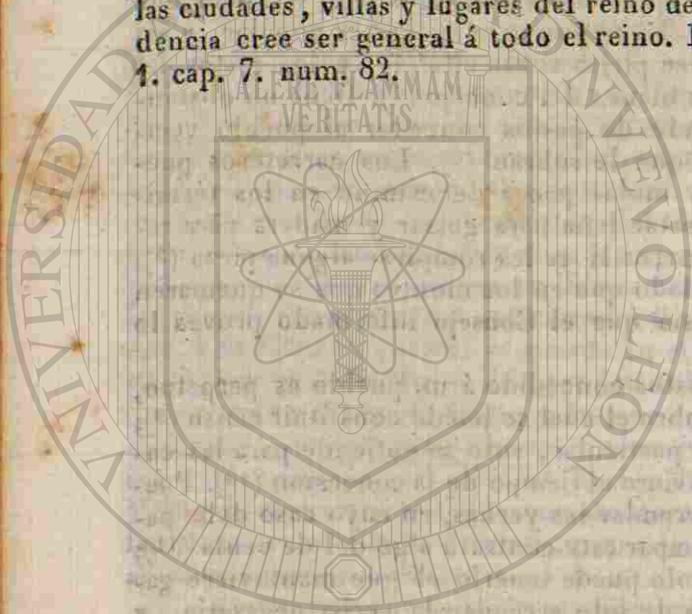
10 Otero, cap. 24.

11 Otero, cap. 36.

12 Ley 6. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.

\* En el capítulo siguiente se toca tambien esta materia, á la que se dará mayor extension cuando se trate del contrato de arrendamiento, y allí se hablará en un apéndice del concejo de la Mesta.

10. Para la conservacion de los pastos estan dadas las siguientes disposiciones. 1.<sup>a</sup> El corregidor debe visitar los términos para tomar demarcacion de los pastos, con citacion de los interesados (1), castigando á los que quitan ó confunden los linderos con las penas designadas en las leyes (2). 2.<sup>a</sup> Si se enagenaren los términos ó baldíos de un pueblo, debe ser preferido para la compra el que tiene parte, á cualquiera otro, por el tanto (3). 3.<sup>a</sup> No pueden adhecharse los términos de Avila, y de las ciudades, villas y lugares del reino de Granada, cuya providencia cree ser general á todo el reino. Lagunez *de fruct.* part. 1. cap. 7. num. 82.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

1 Otero, cap. 28. num. 2 y 3. ley 12. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.

2 Dicha ley 12.  
3 Ley 55. tit. 5. Part. 5.

APÉNDICE A ESTE CAPITULO.

*Sobre los límites de las heredades: sacado del tomo primero de Febrero reformado.*

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>§. 1. El tiempo oscurece por lo comun los límites de las heredades, de lo cual se originan pleitos.</p> <p>2. En ellos se ha de atender en primer lugar á la posesion.</p> <p>3. A falta de posesion se atiende á los monumentos antiguos.</p> <p>4. Otro medio de aclarar las dudas sobre límites de pueblos es el pago de diezmos y derechos de alcabala.</p> <p>5. Entre las conjeturas es una la direccion recta de los mojones.</p> <p>6 La mayor proximidad á un pueblo que á otro es otra conjetura respetable.</p> <p>7. La confrontacion de las señas, nombre y distancia de los mojones conduce tambien á la averiguacion de la verdad.</p> <p>8. Las escrituras de amojonamientos con presencia del plano del terreno forma plena probanza en estos juicios.</p> <p>9. Para que las visitas de amojonamientos causen estado</p> | <p>es precisa la convocacion de todos los interesados.</p> <p>10. Tambien contribuyen á la prueba en ellas los testigos fidedignos y de mayor edad.</p> <p>11. ¿Cuales merecen mayor crédito entre los testigos?</p> <p>12. ¿Como deben conducirse los peritos en esta materia?</p> <p>13. ¿Como y por quien ha de hacerse el reconocimiento del terreno?</p> <p>14. Cuando hay otras pruebas suficientes no debe decretarse reconocimiento local con asistencia del juez.</p> <p>15. ¿Cuales mapas ó planos merecen mas fe en estos casos?</p> <p>16. En los casos en que no se puede hallar la verdadera linde, el juez dispone la division <i>ex æquo et bono</i>.</p> <p>17. Declarados los linderos, el que los traspasa comete despojo.</p> <p>18. En muchos casos conviene cortar tales pleitos por medio de justas transacciones.</p> <p>19. Modo de solicitar provision ordinaria de apeo en el Consejo.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

1. El trascurso de los tiempos y el descuido ó malicia de los hombres suelen dar ocasion á que se pierdan y confundan los antiguos límites y mojones de las heredades, sobre los cuales se mueven pleitos obstinados y costosos, ya entre los due-

T. I. 34

ños de tierras confinantes, ya entre los pueblos vecinos (\*). Su dificultad consiste en la falta de pruebas que acrediten la verdadera y antigua linde, pues siempre se ha de buscar esta circunstancia, y con tal objeto concurren comisionados en los casos dudosos, los cuales no tienen facultad para dar ni quitar terreno, sino para aclarar y señalar los que, según se justifique, deban considerarse como dote de cada población, á fin de disfrutar sus pastos y demas aprovechamientos.

2. Para restablecer los términos perdidos, se ha de atender en primer lugar á la posesion, á cuyo fin deben presentar los interesados todos los documentos que conduzcan á acreditarla (1).

3. A falta de posesion ó de pruebas competentes de la misma pueden justificarse las lindes por medio de monumentos antiguos, como zanjas y árboles, censos anteriores al pleito, autoridades de escritores, y tambien por la fama pública, presunciones y otras circunstancias. Mas contra tales testimonios hay una prueba superior, que es la que se funda en las sucesiones, y aumento ó disminucion de las heredades por la voluntad y contratos de los poseedores.

4. Entre los diferentes medios á que se puede recurrir en las dudas acerca de los términos de los pueblos es uno el pago de los derechos de alcabala, y el de diezmos que han adeudado los terrenos que se litigan, pues por ellos se acredita el pueblo á que han pertenecido. Tambien es otro la indagacion de la Autoridad que haya ejercido en los mismos jurisdiccion civil ó criminal, prendando ganados, y multando á los pastores que indebidamente se hubiesen introducido á pastar en ellos.

5. Hay igualmente que atender á varias conjeturas no despreciables en caso de faltar pruebas mas convincentes. Tal es la direccion de los mojones, pues siempre que se dividen términos, se guarda la linea recta. Si los mojones estan claros, y siempre se han conocido asi, este solo hecho es una prueba, pues la posesion inmemorial es un titulo que tiene fuerza de privilegio.

6. La mayor proximidad á un pueblo que á otro es en casos dudosos otra conjetura que debe tenerse en consideracion, pues

\* Es de advertir que los pueblos no pueden enagenar sus términos y pastos sin licencia del Rey, quien es reputado como dueño de todos ellos, y solo concede su uso en la forma que tiene por conveniente, reservándose la propiedad. *Leyes 234 del Est. 2. tit. 1. Part. 2. 15. tit. 4.*

*Part. 5. y 11. tit. 7. lib. 7. Rec. Otero de pascuis, cap. 11. Elizond. Praet. for. tit. 3. pag. 107. num. 1.*

1 La mayor parte de estas reglas estan sacadas de la Praet. for. de Elizond. tit. 2 y 3.

se presume que los términos adyacentes á cualquiera poblacion pertenecen á su término, por manera que para gozar los vecinos de otra mas distante el beneficio de sus pastos y aprovechamientos necesitan acreditar su derecho (1).

7. Otra prueba conjetural es el hacerse ó no mencion de los mojones en los instrumentos de propiedad, dándose en ellos á entender que en el término que se litiga parte límites con el del pueblo que lo disputa, ó que está dentro ó fuera de ellos. No menos contribuye á apurar la verdad la confrontacion de las señas, distancia, direccion y nombre de los mojones mismos.

8. »Las escrituras de amojonamientos, dice el señor Elizondo (2), prueban plenamente en estos juicios, donde la vista de ojos y paño de pintura (*plano*) que se levanta sobre el terreno con presencia de las escrituras y de las declaraciones de los apeadores, suministra la mas apreciable autoridad en los juicios de division de términos (3), sin que nombrados una vez por las partes puedan despues recusarles."

9. »Para que las visitas y mojoneras causen un estado inalterable es necesario se citen los pueblos y personas particulares á quienes puedan perjudicar de algun modo, pues en otra forma pueden de su propia autoridad quitar ó mudar cualesquiera mojones que se hubieren puesto dando cuenta á la justicia."

10. »Los confines ó mojones por donde se parten y dividen términos se prueban por aquellos testigos que mas se conformen con los instrumentos y se conocen mas fidedignos, á cuyo grado se elevan los de mas edad, que regularmente deponen con circunstancias de grave recomendacion, como son la fama pública, y con primeras y segundas oidas, dando autores que prueban plenamente."

11. »Entre los testigos fidedignos merecen un particular aprecio los vecinos labradores, pastores, ganaderos y rústicos de los lugares inmediatos que tengan entero conocimiento de los sitios, mojones y términos comprendidos bajo de ellos, y sobre que se sufran los litigios, habiendo aquellos visto guardas en los mismos terrenos, cuyo acto como jurisdiccional prueba la que tenga el magistrado que les paga, sucediendo lo mismo por la expresion que hagan de haber visto, saber ó constarles las de licencias para cortas y rozas en aquellos sitios, asistiendo los denunciados á las causas y pagando las penas."

12. »La experiencia nos enseña en muchos juicios de confi-

1 Ley 9. tit. 28. Part. 3.

12 y 13.

2 Tomo 3. pag. 109 y 110. num. 7, 11.

3 Ley fin. tit. 15. Part. 6.

nes, dice el autor citado en otro lugar <sup>(1)</sup>, el vicio comun de los peritos de no contenerse estos dentro de los cancelos de su propia arte, en lo que no deben ser creídos; de modo que para evitar las diligencias y contiendas que suelen ocasionar estos excesos, acostumbran los jueces doctos prescribir á aquellos un modo preciso, al cual sujetándose en sus reconocimientos, digan categóricamente lo que entiendan, afirmando ó negando el hecho que motiva la duda: siendo no menos frecuentes en la práctica faltar en el ejercicio de la propia arte ó pericia á las reglas de esta, no distinguiendo por ejemplo, así en los predios rústicos como en los urbanos para su estimacion, ó cuando tratan de venderse ó reclamarse por nulidad de su venta ó adjudicacion, si son antiguos ó modernos, infructíferos ó fructíferos, ó capaces de fructificar al auxilio de la industria y del tiempo, debiendo dar concluyentes razones y causas que hagan verosímil su dicho para ser creído sobre unos hechos, donde solo deben ser elegidos para declararlos y resolverlos por su influjo de una prueba rigurosamente subsidiaria, cuando por otra via no pueda descubrirse la verdad."

13. »Establecidas ya las reglas mas frecuentes en el foro sobre el juicio de los peritos, descendemos al acto del reconocimiento sobre el terreno, á instancia de las partes, y con asistencia del juez inferior ó del relator y escribano de Cámara en las chancillerías y audiencias, levantando un paño de pintura, segun lo exija la gravedad del asunto, haciéndose saber á las partes el dia y hora en que ha de puntualizarse por si quisieren asistir, ó sus abogados, á la diligencia, de modo que sin citacion de las partes padece el acto una notoria nulidad."

14. »Por estos principios entendemos que en todos aquellos casos donde puedan tenerse por suficientemente probados la situacion y estado de la cosa por peritos y testigos, sin contrariedad y diversidad, ó por mapas topográficos ú otras especies de justificacion, no han de decretar los jueces los reconocimientos con su asistencia, que siempre ha de entenderse subsidiaria, por excusar las dietas y otros gastos que son insoportables á los contententes, y debe la prudencia judicial por todas las vias evitarlos."

15. »Entre los mapas para las controversias de confines, situaciones é identidades de las cosas litigiosas es preciso distinguir los públicos de los privados, esto es, los geográficos de los

<sup>1</sup> Pract. univ. for. tom. 4. pag. 230 y 231. num. 27, 28, 29 y 30.

topográficos (\*), impresos para la utilidad pública, ó hechos por pura conveniencia de las partes, sin consentimiento reciproco de ambas, ó con su citacion, audiencia y asistencia judicial, en cuyos únicos casos merecen fe, no reclamándose su error, y haciéndose este manifiesto con presencia del terreno: siendo rarísimo el caso en que no litigando los limites de un reino, provincia ú obispado, y si otros particulares, se valgan los interesados de los mapas geográficos, ya por no designar estos individualmente los mojones y limites, y ya tambien por la diversidad de sus autores, mas ó menos clásicos, y del tiempo en que se hicieron, el cual influye á variar el sistema de los objetos, como respectivamente observamos, y podemos decir lo mismo de los hidrográficos (\*\*); concluyendo en este punto con manifestar ahora que en los casos sujetos á la inspeccion ocular del juez no está obligado á pasar por la declaracion de los peritos contraria á aquello que él mismo recibió por sus sentidos corpóreos en las cosas pendientes de solo este juicio."

16. »Si los términos en todo ó en parte no pueden cómodamente dividirse, dice finalmente en otro lugar el citado autor <sup>(1)</sup>, bien porque son oscuros los derechos probados por los contententes en posesion y propiedad, ó bien por otra alguna causa, puede el juez dirigir los nuevos términos de otra suerte, por adjudicacion y condenacion *ex aequo et bono* para quitar de en medio la oscuridad, á cuyo fin deberá ir él mismo á las heredades, ó dar comision á cualquiera escribano, si se hallare justamente ocupado, para que con citacion de las partes declaren los peritos por su medida los términos de las heredades, cuya declaracion impone fin á la controversia de sus posesiones."

17. »Despues de declarada la cuestion de division de términos, si se atraviere alguno de los interesados á usurpar al otro parte de su fundo, incurre en las penas establecidas por derecho contra los que despojan á los poseedores."

18. »Como de las causas suscitadas entre los pueblos vecinos suelen originarse muchos males, bien privados, bien públicos, será muy conveniente poner términos á ellos en los casos dudosos por medio de unas justas y arregladas transacciones que sofocuen las contiendas, aseguren el derecho de los pueblos, y cu-

\* Mapa geográfico es aquel en que se describe toda la tierra, ó alguna parte considerable de ella, como provincia, reino &c., y topográfico aquel en que solo se

describe algun sitio ó lugar.

\*\* Mapa hidrográfico es descripción de las aguas ó parte de estas.

<sup>1</sup> Tomo 2. pag. 120.

ya contravencion sea refrenada con la satisfaccion ó indemnizacion de todos los perjuicios que se causen en lo sucesivo."

19. » En el Consejo y Sala primera da Gobierno pueden cualesquiera comunidades y particulares solicitar, presentando pedimento y poder, la provision ordinaria de apeo, la cual no se despacha para el reino de Aragon ni principado de Cataluña, por expresar sus fueros y constituciones la forma de practicarse los cabrebes y apeos, aunque sí para el reino de Valencia, para el cual se expide, como en Castilla, con solo la diferencia de que como al mismo tiempo que la comision para el apeo la piden para el cabrebe, no se da la comision á las justicias ordinarias, como en Castilla, conforme á la ley de Toledo, sino á la persona de letras que se nombra por el señor Presidente ó Gobernador del Consejo, por comprenderse dos puntos entre sí distintos, pues al de cabrebe pertenece un formal reconocimiento de censos y otros derechos perpetuos, y al de apeo corresponde lo que en sí explica, que es apea y deslindar las tierras y heredamientos con las regulares apelaciones al tribunal superior del territorio (1)."

1 Escolano, *Práctica del Consejo*, tom. 1. cap. 96.

## CAPITULO SEGUNDO.

### *De los propios y arbitrios de los pueblos.*

- |                                                                                               |                                                                                                                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿ Que son propios y que se entiende por arbitrios?                                      | 13. Formacion de cuentas.                                                                                                                                    |
| 2. ¿ A cargo de quien está el ramo de propios y arbitrios?                                    | 14, 15, 16. Tratan de lo mismo.                                                                                                                              |
| 3. Cargos que abraza la administracion de propios.                                            | 17. ¿ A que está limitada la jurisdiccion de los intendentes sobre propios?                                                                                  |
| 4. Repartimiento de pastos y tierras concejiles.                                              | 18. Los jueces y escribanos han de actuar de oficio en todo lo relativo á propios.                                                                           |
| 5, 6, 7. Continuacion de lo mismo.                                                            | 19. En la exaccion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, toca á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las ejecuciones. |
| 8. Obligacion que tienen las juntas de propios de cuidar que se aumente el producto de estos. | 20. Real cédula de 21 de diciembre de 1812 sobre enagenaciones de fincas de propios.                                                                         |
| 9. Inversion de fondos.                                                                       | <i>Adicion.</i>                                                                                                                                              |
| 10. Continuacion del mismo asunto.                                                            | Otras Reales órdenes relativas á propios.                                                                                                                    |
| 11. Imposicion de censos é inversion del sobrante de propios.                                 |                                                                                                                                                              |
| 12. Dos por ciento que ha de sacarse del producto de pro-                                     |                                                                                                                                                              |

1. Llámanse *propios* aquellos bienes que por algun título pertenecen al comun de cada pueblo, y cuya renta está destinada á la conservacion del estado civil y establecimientos municipales de los concejos. Tambien se comprenden bajo el mismo nombre de propios, aquellas cosas declaradas por tales en general ó por valor de ellos en algunas Reales órdenes. *Arbitrios* son ciertos derechos impuestos con facultad Real sobre abastos y géneros comerciables en los pueblos que ó carecen de propios ó son estos tan escasos que no alcanzan para las atenciones municipales.

2. El ramo de propios y arbitrios está á cargo de una direccion general creada por su Magestad en Real decreto de 3 de abril de 1824, con inmediata y única dependencia de la secretaria del despacho de Hacienda. Hay ademas en cada pueblo una junta para entender en el gobierno de los propios y arbitrios, la cual debe componerse segun Real orden de 16 de febrero de 1762, del alcalde primero, regidor decano, sindico procurador y apo-

ya contravencion sea refrenada con la satisfaccion ó indemnizacion de todos los perjuicios que se causen en lo sucesivo."

19. » En el Consejo y Sala primera da Gobierno pueden cualesquiera comunidades y particulares solicitar, presentando pedimento y poder, la provision ordinaria de apeo, la cual no se despacha para el reino de Aragon ni principado de Cataluña, por expresar sus fueros y constituciones la forma de practicarse los cabrebes y apeos, aunque sí para el reino de Valencia, para el cual se expide, como en Castilla, con solo la diferencia de que como al mismo tiempo que la comision para el apeo la piden para el cabrebe, no se da la comision á las justicias ordinarias, como en Castilla, conforme á la ley de Toledo, sino á la persona de letras que se nombra por el señor Presidente ó Gobernador del Consejo, por comprenderse dos puntos entre sí distintos, pues al de cabrebe pertenece un formal reconocimiento de censos y otros derechos perpetuos, y al de apeo corresponde lo que en sí explica, que es apear y deslindar las tierras y heredamientos con las regulares apelaciones al tribunal superior del territorio (1)."

1 Escolano, *Práctica del Consejo*, tom. 1. cap. 96.

## CAPITULO SEGUNDO.

### *De los propios y arbitrios de los pueblos.*

- |                                                                                               |                                                                                                                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿ Que son propios y que se entiende por arbitrios?                                      | 13. Formacion de cuentas.                                                                                                                                    |
| 2. ¿ A cargo de quien está el ramo de propios y arbitrios?                                    | 14, 15, 16. Tratan de lo mismo.                                                                                                                              |
| 3. Cargos que abraza la administracion de propios.                                            | 17. ¿ A que está limitada la jurisdiccion de los intendentes sobre propios?                                                                                  |
| 4. Repartimiento de pastos y tierras concejiles.                                              | 18. Los jueces y escribanos han de actuar de oficio en todo lo relativo á propios.                                                                           |
| 5, 6, 7. Continuacion de lo mismo.                                                            | 19. En la exaccion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, toca á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las ejecuciones. |
| 8. Obligacion que tienen las juntas de propios de cuidar que se aumente el producto de estos. | 20. Real cédula de 21 de diciembre de 1812 sobre enagenaciones de fincas de propios.                                                                         |
| 9. Inversion de fondos.                                                                       | <i>Adicion.</i>                                                                                                                                              |
| 10. Continuacion del mismo asunto.                                                            | Otras Reales órdenes relativas á propios.                                                                                                                    |
| 11. Imposicion de censos é inversion del sobrante de propios.                                 |                                                                                                                                                              |
| 12. Dos por ciento que ha de sacarse del producto de pro-                                     |                                                                                                                                                              |

1. Llámanse *propios* aquellos bienes que por algun título pertenecen al comun de cada pueblo, y cuya renta está destinada á la conservacion del estado civil y establecimientos municipales de los concejos. Tambien se comprenden bajo el mismo nombre de propios, aquellas cosas declaradas por tales en general ó por valor de ellos en algunas Reales órdenes. *Arbitrios* son ciertos derechos impuestos con facultad Real sobre abastos y géneros comerciables en los pueblos que ó carecen de propios ó son estos tan escasos que no alcanzan para las atenciones municipales.

2. El ramo de propios y arbitrios está á cargo de una direccion general creada por su Magestad en Real decreto de 3 de abril de 1824, con inmediata y única dependencia de la secretaria del despacho de Hacienda. Hay ademas en cada pueblo una junta para entender en el gobierno de los propios y arbitrios, la cual debe componerse segun Real orden de 16 de febrero de 1762, del alcalde primero, regidor decano, sindico procurador y apo-

pastos y frutos de bellota, no en las tierras labrantías, que no pueden tener igual valor que en el quinquenio anterior, subsistiendo el que regulen conveniente, se dará cuenta al intendente con una declaración formal de los tasadores, donde expresen la causa ó causas de la rebaja, para que resuelva lo que mas convenga, y nombre, si le parece, otros tasadores forasteros (1).

8. Han de procurar las juntas municipales que los productos tengan todo el aumento posible, ó al menos que no se disminuyan, pues si se justifica colusion en la subasta ó repartimiento, ocultacion ó desmembracion de alguna parte de los rendimientos, ó que con título de adehala ó sobreprecio se disminuya el producto legítimo para invertirle arbitrariamente las juntas en usos no permitidos, serán responsables de su importe con la pena del cuatrotanto. A fin de que se logren tales aumentos, han de cuidar de que se saquen á pública subasta en tiempos oportunos, y se admitan las posturas y mejoras que hicieren personas conocidas ó abonadas, con exclusion de los capitulares ó dependientes de ayuntamiento y junta que no deben tener parte directa ni indirecta (2) (\*). Las juntas no pueden celebrar estos arrendamientos por mas tiempo que el de un año, excepto que se halle ampliado al de tres en alguna provincia ó pueblo por orden general ó particular; pero si en algun lugar se cree conveniente hacerlos por mas tiempo, se representará á la Superioridad. Los arrendadores han de dar fianzas bastantes y libres de toda otra responsabilidad, en la inteligencia de que las juntas quedan por su admision responsables á la quiebra; y en la administracion, cuando por falta de pastos sea necesaria, han de observarse las reglas prescriptas en la instruccion del año de 45, y demas órdenes de la coleccion de cédulas de propios (3), presentando en la cuenta general la particular del ramo ó ramos que

1 Decreto de 23 de diciembre de 1771.  
2 Con arreglo á las provisiones de 30 de octubre de 1765 y 5 de mayo de 1766, y á lo prevenido en el auto del Consejo de 13 de enero de 1779, deben cuidar los corregidores de que cada año se hagan en el lugar público acostumbrado los remates de los abastos despues de pregonados y publicados, despachando primero avisos y requisitorias á los pueblos circunvecinos, y fijando edictos, de suerte que venga á noticia de todos, y puedan admitirse las posturas que se hicieren, informados de la libertad de su admision, sin que se utili-

cen con perjuicio del comun los regidores, parientes ni paniaguados, aprovechándose del exceso en el precio de lo que debe servir para la subsistencia y manutencion de los pueblos.

\* Véase en orden á abastos tit. 17. lib. 7. Nov. Rec., donde se trata de esta materia.

3 Se imprimió y comunicó en el año de 1773; pero en el de 1803 se comunicó de Real orden otra nueva coleccion, en que se refunde la anterior, añadiendo las providencias expedidas desde el citado año de 73.

se administren con intervencion del contador, y en su defecto del escribano de ayuntamiento (1) (\*).

9. En cuanto á la inversion de fondos han de pagarse: 1.º los jornales del comisario y mozos que han de acompañar á los quintos, como tambien el prest, pan y gratificacion de dos reales diarios, que han de darse al sorteado, desde que se le tome la filiacion, aunque esto ha de reintegrarlo el oficial de la caja particular; y no habiendo propios en el pueblo han de sacarse tales gastos de los del mas próximo con calidad de reintegro (2). Tambien se han de sacar del caudal de propios el pan y prest correspondiente á todos los mozos que se alistean ante las justicias voluntariamente para el ejército ó marina hasta el dia de su marcha y del destino dado para el ministerio competente (3). Pero los asentistas proveedores del ejército han de pagar á los pueblos de contado todo género de provisiones que suministren á la tropa por los precios corrientes, sin causarles gastos ni detencion en su cobranza (4). 2.º Los reparos menores que necesiten los edificios y fundos del comun, y en cuanto á los mayores representará la junta á la Superioridad, formando para cada una un expediente con la debida justificacion. 3.º Repa-

1 Circular de 31 de enero de 1793, cap. 8, 9, 10, 11 y 12, ó ley 27. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

Estas disposiciones del Consejo son ciertamente muy loables y utilísimas para la agricultura y fomento de la poblacion: pero permítasenos decir con un sabio magistrado español que aun lo serian mucho mas si los repartimientos se hiciesen en todas partes, y de todas las tierras y propiedades concejiles, si se hiciesen por constitucion de enfiteusis ó censo reservativo, y no por arrendamientos temporales aunque indefinidos; y en fin, si se proporcione á los vecinos la redencion de sus pensiones y la adquisicion de la propiedad absoluta de sus suertes: sin estas calidades el efecto de tan saludable providencia será siempre parcial y dudoso; porque sólo una propiedad cierta y segura puede inspirar aquel vivo interes, sin el cual jamas se mejoran ventajosamente las suertes: aquel interes que identificado con todos los deseos del propietario es el primero y mas fuerte de los estímulos que vence su pereza, y le obligan á un duro é incesante trabajo. Tampoco hay ningun óbice para que no puedan hacerse ventas libres y absolutas de los terrenos concejiles cuando hubiese compradores que las prefiriesen al

censo, enfiteusis ó arrendamiento; pues ademas de que impuesto su precio en los fondos públicos daría á los concejos una renta mayor y mejor administrada, nada importaria tuviesen que cubrir los vecinos por repartimiento los gastos municipales, habiéndose antes enriquecido, y hallándose de consiguiente en situacion mas ventajosa que la anterior para poder hacerlo.

Lo dicho de las tierras concejiles podría y aun debería extenderse á todos los baldíos del reino, los cuales sólo sirven para pastos; y son sin embargo muy atendidos en el tit. 7. lib. 7 de la Recop., cuyas leyes manifiestan bastantemente cuan arraigado ha estado muchos siglos el sistema rural pecuario, y ha sido preferido al agrario. Los baldíos metidos en cultivo darían sin duda alguna una utilidad y unas riquezas asombrosas á toda la nacion, con especialidad á las tan fértiles Andalucías, donde no sin dolor de todos los buenos patriotas son inmensos tales terrenos. *Febrero reformado.*

2 Ordenanza de recemplazo de 3 de noviembre de 1770, art. 37. num. 4. y art. 40. uum. 1.

3 Circular de 28 de febrero de 1793.

4 Real orden de 12 de setiembre de 1768.

ros y mantenimiento de iglesias ú otras obras pias en donde las primicias estan secularizadas, no debiendo los obispos ó sus visitadores en las visitas de sus diócesis exigir de los pueblos cantidad alguna con titulo de procuraciones, salarios ú otro, no obstante cualquiera costumbre, y solo cobrarán los derechos de los interesados segun arancel (1). Ademas los visitadores y otros jueces eclesiásticos no han de ocasionar á los propios gastos indebidos, ni tomar conocimiento sobre sus caudales con el pretexto de estar obligados en favor de causas pias, porque para esto deben acudir los interesados ó sus administradores á la justicia ordinaria. 4.º Se han de costear tambien de los propios los gastos que ocurran en su administracion, los de obras públicas, fiestas, proclamaciones de Reyes, funerales de personas Reales en las ciudades de voto en Cortes, invirtiendo en ellas mil reales de dichos fondos (2); mas no los lutos de las justicias y regidores, pues los han de costear ellos mismos (3); mantanza de langosta, provision del pósito no bastando los caudales de este, salarios de médicos, cirujanos, albéitares, contrastes públicos, maestros &c.; y ademas se repararán las casas de pósitos Reales, y se mantendrán las castas de caballos (4).

10. Está declarado por el Consejo que son limosnas voluntarias las consignaciones hechas á los regulares para la predicacion de cuaresma, celebracion de misas, enseñanza pública, y otros actos piadosos, pudiendo en consecuencia valerse las justicias para lo dicho de otras comunidades ó de personas particulares (5). No obstante en una Real cédula (6) se dispone que no se impida á los pueblos el dar de sus propios á los conventos de observantes de San Pedro de Alcántara y capuchinos la limosna que comunmente llaman *situado*, y tambien las que segun constituciones sinodales deban percibir los conventos en cualquier pueblo por los sermones de cuaresma, adviento y semana santa, ó celebracion de misas que esten á su cargo.

11. En punto á censos, los pueblos no han de imponer ninguno contra sus caudales sin facultad Real, porque se excluirán absolutamente de las cuentas: ni las justicias han de permitir se reparta su importe entre los vecinos, aunque los capitales se hayan invertido en beneficio comun, pues serán responsables los que acuerden su imposicion (7). Lejos de esto el sobrante de

1 Real orden de 31 de julio de 1770.

2 Circular de 15 de agosto de 1766.

3 Real decreto de 27 de junio de 1716.

4 Instruccion de 1770.

5 Circular de 7 de setiembre de 1770.

6 De 11 de febrero de 1787, art. 5.

7 Circular del Consejo de 3 de julio

de 1761.

los propios y arbitrios ha de dividirse en tres partes, dos para la redencion de capitales de censo, y una para pago de atrasos de sus réditos, habiendo de preferirse en ambos casos al acreedor que haga mayor baja ó remision, para cuyo efecto las juntas municipales pasarán noticia formal de sus existencias á los acreedores censualistas ó sus apoderados, citándolos por el término preciso de dos meses para formalizar sus proposiciones, con apercibimiento de que cumplido se procederá á constituir en depósito judicial el caudal sobrante por cuenta y riesgo de los acreedores, y de que cesará desde el mismo dia el curso de la pension sin diferencia de personas ni cuerpos. Las proposiciones de bajas que se hagan han de remitirse al intendente para que determine cuales han de admitirse (1).

12. Del producto de todos los propios y arbitrios del reino se ha de sacar un dos por ciento para el pago de sueldos de los que entiendan en este ramo (2), cuya contribucion se extendió al importe de los repartimientos ó contribuciones impuestas á los pueblos á falta de propios y otros arbitrios, y al sobrante del de los puestos públicos y ramos arrendables de rentas Reales (3). Fuera de dicho dos por ciento se han de pagar ocho maravedis por la satisfaccion del aumento de sueldo hecho al procurador general del reino (4).

13. Por lo respectivo á cuentas (\*) han de formarse anualmente las de los productos de los propios con distincion de cada una, siendo el cargo todo el producto, y reduciéndose la data á libramientos despachados por la justicia conforme á la dotacion de gastos hecha por el Consejo con intervencion del contador, y no habiéndole, del escribano ó fiel de fechos, como tambien al quince al millar que se abona al tesorero, y á los gastos indispensables de administracion. Las cuentas han de remitirse formalizadas dentro de un mes de cumplido el año al intendente, quien hallando los cargos justificados, y las datas conformes al reglamento del Consejo, despachará el correspondiente finiquito, y de lo contrario pondrá en pliego á media margen los reparos que se le ofrezcan, y los remitirá á las justicias para que satisfagan. No haciéndolo en el término preciso de un mes, se han de excluir de las cuentas las partidas separadas, y se

1 Circular del Consejo de 25 de setiembre de 1767.

2 Instruccion de 30 de julio de 1760, art. 19.

3 Adición al art. 19. cit.

4 Orden de 2 de noviembre de 1769.

\* De la cuenta y rrazon en punto de propios y arbitrios trata extensamente la ley 13 con sus notas, tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

procederá de oficio y sin ocasionar gastos al pueblo hasta hacer aquellas efectivas sin instancia alguna. Fenecidas las cuentas ha de dar el contador certificación del cargo, data y sus resultas, y el intendente lo dirigirá al Consejo, el cual si lo tiene por conveniente puede pedir las originales, que debe remitirle el intendente, quedándose con noticia puntual de ellas para tener presentes sus resultas. Esto se dispone en la instrucción del año de 60; pero es indispensable referir lo que se ha mandado despues acerca del artículo de cuentas. Reconocidas estas anualmente por las juntas municipales, han de comunicarse al ayuntamiento y procurador síndico para que puedan adicionarlas antes de pasar á la intendencia (1). El escribano ó fiel de fechos de ayuntamiento, que lo es de la junta, debe poner á continuacion de las cuentas testimonio ó certificación que acredite se halla real y verdaderamente en el arca de tres llaves el caudal que resulte de aquella á favor de los fondos públicos, lo cual firmarán tambien los individuos de la junta, y de lo contrario, ademas de ser responsables de lo que no existe, ha de castigárseles severamente. Bajo la misma pena ha de certificarse que los propios no han tenido mas valor que el expresado en las cuentas: que los arrendadores á cuyo cargo han estado, no han contribuido con adehas ni gratificaciones: y que la justicia no ha recurrido á otros arbitrios ni medios, ni usado de repartos para gastos del comun, ni otros fines fuera de lo permitido en la instrucción de millones del año de 25: expresando tambien si se han hecho algunas cortas en montes, árboles ó dehesas, y si se incluye en las cuentas su producto (2).

14. Las nóminas ó estado de las cuentas han de contener por el orden que va á expresarse, los capitales de los censos existentes contra propios en fin de diciembre del año anterior; los que se hubiesen redimido con el sobrante; el importe de atrasos y deudas existentes en dicho tiempo contra los caudales públicos; las que se hubiesen satisfecho; los caudales existentes por sobrantes del año; deudas en segundos contribuyentes y deudas en primeros. Para evitar la prolijidad y confusion que causaria comprender las existencias en granos, y por la incertidumbre de su valor, ha de procederse á su venta cuando mejor parezca á la junta de propios, aunque sin pasar del mes de junio, remitiendo inmediatamente á los intendentes testimonios de aquellas con distincion de es-

1 Acuerdo del Consejo de de febrero de 1765.

2 Acuerdo del Consejo de 27 de noviembre de 1766.

pecies y precios, y de quedar su importe en arcas, por cuyo medio se vendrá en conocimiento de todo lo resultante en dinero (1).

15. A principio del mes de julio de cada año han de remitir los intendentes certificación de haberse presentado en las contadurias todas las cuentas, y satisfecho en un todo el tanto por ciento de su producto (2). Para este efecto, cuando algun alcalde de la junta de propios no hubiese presentado las cuentas en todo el mes de mayo, el intendente ha de hacerle comparecer y tenerle preso, nombrando al mismo tiempo persona que pase á la formacion de las cuentas á costa de cuantos resulten ser reos en la morosidad; bien que si el presidente de la junta fuese el corregidor ó alcalde mayor, solo se ha de multar en docientos ducados, que han de exigirse bajo la misma mancomunidad (3).

16. Las justicias y juntas han de procurar que en principio de febrero de cada año se hagan la formacion, entrega y presentacion de las cuentas en las contadurias sin admitir excusa, llevándolo á efecto por los medios prevenidos en la orden de 18 de agosto de 69. Si en algun pueblo ocurriese justo motivo para no hacerlo, lo representará la junta á la Superioridad por medio del intendente, y se ampliará el término que se crea necesario, y á fin de que el atraso de los arrendatarios no ocasione el de las cuentas, solicitarán los mayordomos el pago, cumplidos que sean los plazos de las escrituras, y si no lo hacen en quince ó veinte dias, han de acudir á las justicias y juntas para los apremios, debiendo responder y dar por cobradas las rentas cada uno en su año, á no ser que la Superioridad conceda esperas, las cuales se datarán como no cobradas, si exceden aquellas de los dos meses primeros del año siguiente al de su venta, expresando el motivo, nombre del deudor, y finca ó ramo de que procede la deuda, y acompañando las diligencias judiciales hechas en tiempo y forma para su cobranza. Lo mismo ha de observarse en los débitos antiguos, formando dos relaciones, una de los restos ó rezagos de primeros contribuyentes y otra de segundos ó alcances contra mayordomos anteriores ú otras personas á cuyo cargo estuvo la cobranza. Los arrendamientos se celebrarán de años enteros á concluir en diciembre, y en los que no pueda hacerse así, como en pastos y yerbas, se considerará únicamente en la cuenta del año el importe del plazo ó plazos que se venzan dentro de él, reservando el resto para el siguiente.

1 Circular de 23 de febrero de 1768.

2 Acuerdo del Consejo de 1772.

3 Acuerdo del Consejo de 16 de noviembre de 1771, que se renovó en 1773.

te; mas si se hubiese de pagar en una sola vez, se incluirá en las cuentas del año en que debe hacerse segun la escritura ó reparto que se formase. Los alcances se han de cobrar por los mayordomos ó personas que deben dar las cuentas al mismo tiempo de presentarlas, pues no se admitirán de otro modo, y en caso necesario se les apremiará á cumplirlo, siendo responsables las mismas juntas de la falta de cumplimiento. Con las cuentas se han de poner en tesorería los alcances ó sobrantes al tiempo de hacer las justicias el pago de la contribucion, reservando en arcas alguna parte á juicio de los intendentes para los gastos precisos que puedan ocurrir hasta el vencimiento de los primeros plazos de las rentas corrientes conforme á lo acordado en 12 de enero de 1793, y orden expedida en su virtud (1).

17. La jurisdiccion de los intendentes sobre propios y arbitrios está limitada á cuidar de su mejor administracion con arreglo al artículo quinto de la instruccion de 1760 (2), esto es, han de procurar que los ramos arrendables se saquen anualmente á pública subasta y rematen en el mayor postor, evitando que las justicias y sus parientes tengan parte directa ni indirecta en tales arriendos; y que se den con la mayor pureza y exactitud las cuentas en los demas ramos que sea preciso administrar, entrando el producto de unos y otros en poder del mayordomo ó depositario de propios. Las audiencias y chancillerías no han de entender en cosa alguna relativa á propios y arbitrios (3), y los jueces ordinarios que tienen el primer conocimiento sobre ellos en lo contencioso por un Real decreto (4), solo han de otorgar las apelaciones para el Consejo (5).

18. Los jueces y escribanos de ayuntamiento han de actuar de oficio y sin derechos ni gratificacion en todo lo respectivo al gobierno público, al desempeño del Real servicio, á la junta de los mismos propios, su administracion, recaudacion y distribucion; fuera de que el escribano solo puede llevar á los postores arrendatarios derechos por las escrituras de remate, y con arreglo á arancel, y no mas, aun cuando el remate comprenda diversos sugetos ó efectos, siempre que todos formen un mismo

1 Circular de 31 de enero de 1793, cap. 1, Sec. y 7.

2 Véanse las leyes 11, 12 y 13. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

3 En los pleitos sobre apeo ó deslinde, despues de tasadas las cosas por mandato de la chancillería ó audiencia, ha de pasarse oficio con certificacion de su importe

al intendente, quien en su vista acuerda el pago, cuyo documento con los competentes recibos sirve en las cuentas de legitima data. Decreto del Consejo de 10 de setiembre de 1774.

4 De 12 de mayo de 1772.

5 Real decreto de 12 de setiembre de 1771.

hacimiento. Tambien puede llevar conforme á arancel los derechos de particulares por los recursos que promuevan tratando de sus intereses contra los caudales públicos (1).

19. Habiéndose quejado varios corregidores de que los jueces eclesiásticos libran despachos con conminacion de censuras para la paga de réditos de censos impuestos á favor de capellanías sobre los propios y arbitrios, mezclándose en la exaccion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, se declaró que siendo estos los reos ó demandados, tocaba á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las ejecuciones, aunque los actores fuesen obras pías, sin otra reserva que de las instancias de diezmos contra los primeros contribuyentes (2).

20. Por último debe tenerse presente la Real cédula de 21 de diciembre de 1818 sobre enagenaciones de fincas de propios hechas desde la invasion de Bonaparte, en que se establecieron las disposiciones siguientes.

1.<sup>a</sup> Se declaran nulas y ningunas de ningun valor y efecto todas las enagenaciones de propios, comunes y baldíos á que no haya precedido justa causa de necesidad para atender á las urgencias en que se hayan visto los pueblos con ocasion de la pasada guerra, cuyo requisito deberá constar de los mismos acuerdos de los ayuntamientos, insertos en sus respectivos libros con las formalidades legales.

2.<sup>a</sup> Se declaran igualmente nulas y de ningun efecto y validacion todas aquellas en que no haya intervenido tasacion y aprecio de su legitimo valor en venta y renta al tiempo de ejecutarse por medio de peritos inteligentes é imparciales, y que no hayan sido los mismos alcaldes, regidores, escribano y demas individuos de ayuntamiento.

3.<sup>a</sup> Asimismo se declara la propia nulidad é insubsistencia de todas las que voluntariamente no se hayan sacado á pública subasta sin saber si habria ó no postores que las pujasen.

4.<sup>a</sup> Idéntica suerte sufran todas aquellas fincas subastadas, cuyo producto no haya cubierto siquiera las dos terceras partes de su tasacion.

5.<sup>a</sup> No sean de mejor condicion ni se les dé valor alguno á todas las enagenaciones en que hubiere intervenido cualquier dolo ó fraude.

6.<sup>a</sup> Todas las fincas contenidas en los cinco artículos precedentes se devuelvan á sus antiguos dueños; y los compradores,

1 Acuerdo de 23 de julio de 1768.  
T. I.

2 Acuerdo de 23 de junio de 1766.  
36

supuesta su mala fe, repitan por el valor de lo anticipado y mejoras hechas contra quien mejor vieren convenirles.

7.<sup>a</sup> Los intendentes cuidarán de que se verifique á la mayor brevedad dicha devolucion de fincas á los pueblos sin perjuicio de las demas providencias que correspondan, segun el grado de malicia, dolo ó fraude que hubiese intervenido en dichas enagenaciones, dando cuenta de todo á mi Consejo por medio del contador general de propios y arbitrios para los efectos convenientes.

8.<sup>a</sup> Todas las demas enagenaciones ejecutadas durante el tiempo de la dominacion enemiga sin alguno de los vicios y defectos que vienen expresados en los cinco primeros artículos, queden válidas, firmes y subsistentes; y sus poseedores no sean inquietados ni molestados bajo titulo ni pretexto alguno, tildándose y borrándose el sello del intruso en las escrituras de venta y demas celebradas bajo su gobierno, y poniéndose la nota de habilitacion en la forma que se expresa en el artículo 9.<sup>o</sup> de mi Real cédula de 19 de febrero de 1815.

9.<sup>a</sup> Los pueblos á quienes por tales enagenaciones haya resultado algun déficit para atender á sus cargas y obligaciones precisas, propongan inmediatamente por mano de los intendentes los medios que consideren mas oportunos para suplirle, ya sea el de la adquisicion de algun propio con el sobrante de sus arbitrios, ya el de repartimiento de algun terreno inculto concejil ó baldío, ya el de cerramiento de tierras de pan llevar y de labor, ya el acotamiento de pastos comunes y no necesarios ni para ellos ni para los comuneros, ya el plantío de algunas viñas y otros en que se dejen salvas la igualdad y exenciones debidas á la agricultura, industria, comercio y navegacion.

10. Al tiempo de hacer los ayuntamientos tales proposiciones acompañarán un estado circunstanciado de todos sus propios y arbitrios, su valor en venta y renta, cargas y atenciones de reglamento, ú otras impuestas posteriormente con aprobacion del mi Consejo.

11. Cotejando los intendentes estos estados con los asientos que obren en las contadurias principales, oyendo á estas y tomando las demas noticias que tuvieren por convenientes, remitirán estos expedientes originales, ordenados metódicamente y sin confusion, con su informe, á la contaduría general de propios y arbitrios, manifestando á mi Consejo todo cuanto crean oportuno para que se puedan aprobar ó negar los propuestos por los ayuntamientos.

12. Y últimamente la expresada contaduría general de propios y arbitrios, uniendo desde luego todos los antecedentes que puedan ilustrar dichos expedientes, y guardando el mismo orden de claridad y oportunidad, dará cuenta sin detencion al referido mi Consejo para que por este se acuerde su aprobacion ó denegacion, ó bien se les dé el curso correspondiente.

En Real orden de 29 de agosto de 1817 se sirvió su Magestad resolver por punto general que todos los propios del reino se sujeten y comprendan en la contribucion como todos los demas bienes de particulares.

Por otra Real orden de 30 de julio de 1819 se sirvió su Magestad declarar que aunque la riqueza territorial de los propios de todos los pueblos está sujeta á la contribucion general, no lo está el producto de los arbitrios que se les conceden para suplir las necesidades comunes.

En 22 de julio de 1819 se expidió una Real cédula prescribiendo las reglas que han de observarse para la venta de los baldíos, que ya estaba resuelta por Real decreto de 5 de agosto del año anterior, con varias gracias para el fomento de la poblacion y agricultura.

En otro Real decreto de 31 de agosto del mismo año se sirvió su Magestad conceder varias gracias á las corporaciones ó particulares que emprendiesen rompimientos de terrenos incultos y la construccion de nuevos canales de riego.



## CAPITULO TERCERO.

## De los pósitos.

- §. 1 y 2. Del origen, gobierno y administracion de los pósitos.
3. Objeto de los pósitos.
4. Real cédula de 2 de julio de 1792 y reglamento inserto en ella para la buena administracion de los pósitos.
5. Del nombramiento de depositario.
6. Formalidades que deben observarse para la seguridad del dinero de los pósitos.
7. Continuacion del mismo asunto.
8. Como deberán custodiarse los granos del pósito.
9. Libros de cuenta que deben existir en el arca donde se custodia el dinero del pósito.
10. Los caudales y granos del pósito no deben invertirse en otros fines que los de su instituto.
11. Repartimiento de granos á los labradores.
12. Formalidades que han de observarse para dicho repartimiento.
13. Si no bastare la tercera parte de granos que se destinan al repartimiento para la sementera se podrá ampliar este.
14. El repartimiento se ha de pasar al corregidor ó alcalde mayor del partido.
15. Los labradores han de otorgar fianzas para el reintegro de los granos que reciben.
16. Los restantes granos que se reserven en el pósito, se han de distribuir y repartir á los labradores en los tiempos de su mayor urgencia.
17. Cumplidos los plazos señalados para el reintegro ¿que deberá hacerse?
18. Continuacion de lo mismo.
19. No podrá suspenderse por acuerdo de la junta la ejecucion de los plazos cumplidos.
20. ¿Que deberá hacer el depositario cumplido el tiempo de su oficio?
- 21, 22 y 23. Continuacion de lo mismo.
24. La junta celará que el trigo repartido á los vecinos no se invierta en otra cosa que en la sementera.
25. Hecha la entrega del trigo del repartimiento, y el pósito cerrado, no se volverá á abrir sino para cosas urgentes.
26. El resto de trigo ó harina que quedare existente despues de los repartimientos se ha de conservar hasta los meses mayores.
27. ¿Que deberá hacerse en el caso de haber de panadear el trigo del pósito?
- 28, 29, 30 y 31. Tratan de lo mismo.

32. ¿Que deberá hacerse si consumido el trigo que tenia el pósito en el repartimiento y panadero, fuese necesario para continuar este y socorrer al pueblo comprar otros granos?
33. Debe escogerse el tiempo mas conveniente para la compra de granos.
34. ¿Que deberá practicar la junta en caso de ser necesario ó conveniente comprar el trigo en otro pueblo?
35. Los individuos de la junta, escribanos y fieles de fechos percibirán el uno por ciento por la cobranza y reintegro de los pósitos.
36. Jornal que debe pagarse al medidor.
37. Para satisfacer estas asignaciones contribuirán los labradores y peguajeros con un cuartillo de celemin por cada fanega que sacaren.
38. Para el pago de sueldos de las oficinas de pósitos se mandó que todos los pósitos contribuyesen del modo que alli se expresa.
39. Trata de lo mismo.
40. De los pósitos de Madrid, Valencia y otras ciudades.
41. No se apremie ni despache ejecuciones sobre reintegro de pósitos en los meses de abril, mayo y siguientes hasta la cosecha.
42. El escribano debe tener bien custodiados todos los documentos relativos al pósito.
43. Obligaciones de los corregidores en orden al cuidado de los pósitos.
44. Reales órdenes posteriores relativas á pósitos.

1. Los pósitos ó graneros públicos de los pueblos deben su origen á convenios de los vecinos de algunos pueblos, ó á fundaciones particulares de personas caritativas. En el establecimiento de ellos se formaron ordenanzas para su gobierno, pero decayendo de dia en dia por la inobservancia de ellas, expidió una pragmática (1) el señor Don Felipe II. prescribiendo lo que habia de observarse para la conservacion y fomento de los pósitos bajo la direccion del supremo Consejo de Castilla, lo cual confirmó despues el señor Don Felipe III. (2). En el reinado del señor Don Fernando VI. se creó un superintendente general (3) de todos los pósitos del reino, y esta superintendencia general se ha restablecido por Real decreto de 31 de mayo de 1824 al pie que tenia en 7 de marzo de 1820. Por otro Real decreto de 14 de junio de 1824 se restableció tambieu la direccion general de pósitos.

1 Ley 1. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.

2 Ley 62. tit. 4. lib. 2. Rec.

3 Real decreto de 16 de marzo de 1754, ó no a 6. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.

2. Hay además en los pueblos una junta á cuyo cargo corre el gobierno y administracion de sus pósitos, compuesta del corregidor ó alcalde mayor realengo ó de las órdenes, y no habiéndole, del alcalde ordinario, alternando si son dos, de un regidor en calidad de diputado, de un depositario ó mayordomo y del procurador sindico general, á los cuales se han agregado despues el diputado del comun mas antiguo y el procurador sindico personero de cada pueblo <sup>(1)</sup>.

3. Tres son los objetos de utilidad pública que han tenido desde tiempo antiguo los pósitos, á saber: 1.º socorrer á los labradores que tenían necesidad de trigo para la sementera; 2.º facilitar socorro á los mismos en los meses que llaman mayores, á fin de que por falta de granos no dejasen de hacer en tiempo la recoleccion de frutos, ó se viesen en la dura necesidad de tomar prestado para pagar en las mismas eras á precios ínfimos; 3.º proporcionar entre año á todos los vecinos abundancia de pan por medio de panaderos, ó surtir de trigo al pueblo á precios moderados, y contener la alza perjudicial que en tiempo de carestía solia causar la codicia.

4. Para el buen gobierno y administracion de los pósitos se expidió la citada Real cédula de 2 de julio de 1792 insertando en ella un largo reglamento formado por el Consejo, á quien dió su Magestad tan importante encargo, y de él hemos extractado las disposiciones mas notables <sup>(\*)</sup>.

5. En sus primeros artículos trata de la formacion de la junta, previniendo entre otras cosas que para depositario pueda ser nombrado cualquiera del pueblo sin distincion de estado, de acreditada honradez, inteligencia, abono y conducta, que no tenga otros oficios ó empleos públicos incompatibles con la asistencia al del pósito y cumplimiento de sus obligaciones.

6. Luego trata de las formalidades que deben observarse para la seguridad del dinero correspondiente al fondo del pósito, debiendo haber para este objeto un arca con tres llaves diversas en su construcción y uso, de las cuales se entregará una al corregidor, alcalde mayor ú ordinario, que deba presidir la junta, otra al regidor diputado y la tercera al depositario ó mayordomo.

7. El ayuntamiento pleno con asistencia del procurador sín-

1 Real cédula de 2 de julio de 1792, cap. 1. y circular de octubre del mismo. Aquella es la ley 4. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.

\* Las notas que acompañan se han sacado de la obra que publicó el Doctor Don

Lorenzo Guardiola, intitulada: *Manual de gobierno y administracion de los pósitos del reino*: en Madrid, año de 1604, cuarta edicion.

dico general ha de elegir y señalar la casa ó sitio mas seguro para colocar dicha arca, debiendo asistir á este acto, como á todos los demas y á las juntas de pósitos, el escribano que nombrare el mismo ayuntamiento general, atendiendo siempre á que sea persona libre de otros encargos que le impidan asistir al del pósito y desempeñar sus obligaciones.

8. Los granos de trigo y otras semillas de que se componga el pósito han de custodiarse en paneras destinadas á dicho fin con puertas firmes y seguras, las cuales deben tener tres llaves diversas como las del arca del dinero, debiendo concurrir los encargados de ellas para la entrada ó salida del dinero ó de los granos, los cuales han de recibirse y entregarse por unas mismas medidas <sup>(1)</sup>, que son, en los reinos de Castilla, Leon y Andalucía por el pote general que corresponde al de Avila, y en la corona de Aragon por aquellas medidas que se usen comunmente en cada pueblo.

9. En el arca donde se custodia el dinero del pósito deben existir los libros foliados y rubricados del corregidor ó alcalde, diputado, depositario y escribano, en los cuales se han de sentar las partidas que entren y salgan, firmándolas en aquel acto los cuatro referidos: y para la buena cuenta y razon de los granos deben formarse otros dos libros foliados y rubricados del mismo modo; los cuales han de custodiarse en un arca con tres llaves que deben entregarse á las personas expresadas de la junta.

10. Ni los caudales ni los granos se invertirán en otros fines que los de su instituto y destino, bajo la responsabilidad de los que acordasen y ejecutasen lo contrario, y de ser castigados con la pena correspondiente á las circunstancias de su malicia.

11. Siendo el primer objeto del pósito socorrer á los labradores con granos para sembrar y empanar las tierras que á este fin han preparado, y debiendo hacerse el repartimiento con la igualdad posible, con proporcion á las tierras y á la necesidad que tengan dichos labradores, acordará la junta del pósito en el tiempo próximo al de la sementera, que á su nombre se publique por edicto ó bando, segun la costumbre que hubiere, que los vecinos labradores, pegujareros ó pelentrines <sup>(2)</sup> que necesi-

1 Sobre la igualacion, uso uniforme y general de las pesas y medidas españolas, sus dimensiones, materia y forma mas conveniente para su exactitud y conservacion, habla la circular de 20 de febrero de 1801.

2 *Pelentrin* ó *pelantria* (voz usada en el reino de Sevilla) es el labrador de cortos ó medianos caudales de labor y sementera. *Diccionario de la lengua castellana*.

taren trigo, centeno ú otras semillas de las que se compone el fondo del pósito para sembrar las tierras que tuvieren preparadas, presenten en el término que se les señalare en el edicto ó bando relacion jurada, y firmada por sí ó por un testigo á ruego, de las fanegas de tierra que tengan barbechadas y preparadas para la siembra, con expresion de los sitios y parages, el trigo ó semilla que tengan propio, y el que necesiten del pósito para completar su siembra; pues únicamente se han de repartir granos á los que no los tuvieren propios, ó en la parte que los suyos no alcancen á completar las siembras.

12. Concluido el término del edicto ó bando, y pasados tres dias que por último y perentorio se les puede expresar para que presenten sus relaciones, se pasarán estas á los labradores ó personas de inteligencia y honra vez nombradas por la junta del pósito, para que informándose de la verdad de dichas relaciones en todas sus partes formen el repartimiento de lo que se puede dar á cada labrador prefiriendo los que estuviesen solventes de las obligaciones anteriores á favor del pósito por haber reintegrado el todo ó la mayor parte de los granos y dinero referidos; y atendiendo asimismo á los mas pobres y necesitados.

13. Aunque por regla general se destina la tercera parte de los granos existentes en el pósito al repartimiento para la sementera, si esta no se pudiese completar con el contingente de la tercera parte, se podrá ampliar el repartimiento á mayor suma de fanegas, acordándolo con uniformidad ó por mayor número de votos la junta, con expresion de la causa justa y urgente; y con esta previa declaracion y acuerdo, procederán los dos labradores ó personas inteligentes nombradas á distribuir por repartimiento los granos señalados, y los remitirán á la misma junta para su aprobacion; y mereciéndola, publicarán por nuevo edicto ó bando, que si algun labrador quisiere saber el contingente que le ha correspondido en dicho repartimiento, acuda en el breve término que se le señale por punto general, al escribano del pósito, quien deberá manifestar el repartimiento; y en el caso de sentirse agraviados expondrán el agravio con claridad y distincion, y se pasará, cumplido dicho término, á los peritos nombrados, los cuales lo enmendarán ó reformarán si lo hallaren, ó declararán no haberlo.

14. Precedidas estas formales y exactas operaciones, remitirá la junta dicho repartimiento al corregidor ó alcalde mayor del partido, como subdelegado nato por la ley, el cual, sin cau-

sar dilaciones ni gastos, dará su licencia, á no hallar grave y notorio inconveniente para que se lleve á efecto dicho repartimiento.

15. Antes de entregar á los labradores el trigo que les haya cabido, otorgarán y afianzarán sus obligaciones á reintegrarlo al tiempo y plazo acordado con las creces pupilares de medio celemin por fanega, de las que no se excederá, aunque haya uso, costumbre ú orden anterior que señale mayor cantidad (1). Estas obligaciones y fianzas (2) se escribirán y sentarán en un libro que ha de haber en cada pósito con solo este destino, y firmándolas el principal y fiadores, y no sabiendo, un testigo á ruego, con el escribano, que dará fe de haber pasado así; podrán ser ejecutados por el rigor de las leyes, como si procediesen dichas obligaciones de escrituras guarentigias, sin diferencia de que el número de fanegas de trigo ú otras semillas exceda de veinte fanegas ó mas, excusándose por este medio el otorgamiento de escrituras separadas y los mayores gastos que se causaban á los pobres labradores, como lo disponia el capítulo 29 de la Real instruccion de 31 de mayo de 1753.

16. Los restantes granos que se reserven en el pósito, se distribuirán y repartirán á los labradores necesitados en los tiempos de su mayor urgencia, como se ha practicado en los meses de abril y mayo, y en el de agosto, guardándose la igualdad y exactitud prevenida por el primer repartimiento de granos; y en estos dos últimos de que trata este capítulo se podrá socorrer á los labradores necesitados con algun dinero del que exista en arcas, bajo las obligaciones y solemnidades indicadas, que deberán reintegrar en la misma especie de dinero ó en granos de los que cogiesen en aquella cosecha á los precios corrientes, dejando esto á su elecciou (3), y llevándolos al pósito, así co-

1 Por el capítulo 30 de la instruccion de 30 de mayo de 1753 se pagaban las creces pupilares con variedad, esto es, desde medio celemin hasta uno por cada fanega; pero en el dia, segun el presente reglamento, solo se paga medio celemin en todos los pósitos que no se hallen arreglados, ó reducidos á un fondo fijo, y en estos solo un cuartillo de celemin por cada fanega de trigo. Hoy rige tambien la circular de 26 de setiembre de 1800, por la que se aumenta un cuartillo de celemin por fanega á la crez que actualmente se paga, y uno por ciento en los repartimientos de dinero.

2 Por una orden del Consejo de 12 de diciembre del propio año de 1794, en expediente formado á representacion del subdelegado de pósitos de Jaén, se manda entre otras cosas, que no se admitan fianzas en fincas de bienes vinculados, para los repartos de granos, ni se comprendan en estos los poseedores de mayorazgos, á menos que no presenten fianzas con arraigo.

3 Auto acordado 8. tit. 25. lib. 5. Rec. Véase á Martinez en su *Librería de Juces*, tom. 1. cap. 3. hum. 192. y tom. 7. lib. 4. tit. 21. §. 3. num. 215. y lib. 5. tit. 25. num. 340.

mo deben llevar los que hayan recibido en la misma especie desde la era, sin arrojarlos ni encerrarlos en sus casas (1).

17. Cumplidos los plazos en que deben hacer las reintegraciones en granos ó dinero, el escribano ó fiel de fechos, de acuerdo con la misma junta, formará una nómina ó librete de los deudores, con expresion de sus fiadores y de los granos ó dinero que deben reintegrar, con arreglo á lo que conste en las partidas del libro y asientos, y rubricado dicho librete por el escribano, se entregará al depositario ó mayordomo, dejando este su recibo, para que haga las diligencias mas activas á que se verifique la cobranza ó pago de lo que cada labrador ó vecino estuviere debiendo en granos y dinero.

18. Pasado el término que para estas cobranzas y reintegros le debe señalar la junta, dará cuenta á ella el depositario de lo que haya recibido, y se pondrá en el arca ó paneras con las formalidades expresadas (2); y resumiendo el escribano lo que hubiesen quedado debiendo del todo ó parte dichos labradores, formará otro librete de estas resultas de acuerdo con la junta, y autorizado con la firma del mismo escribano, se entregará al procurador sindico general, para que á nombre y en representacion del pósito pida judicialmente ante el corregidor, alcalde mayor ú ordinario, que presidiere la junta, ejecucion en forma contra los respectivos deudores, haciéndose expedientes separados para evitar toda confusion; y con testimonios de la partida que se pidiere y constare en el libro, se despache la ejecucion, y se vaya por ella adelante conforme á las leyes; y dada la sentencia de remate (3), si apelare el deudor para el subdelegado general de los pósitos, le admita la apelacion conforme á derecho, y proceda á ejecutar el pago bajo la responsabilidad del pósito por via de fianza de la ley de Toledo.

19. No podrán suspenderse por acuerdos de la junta ni por providencias del corregidor ó alcalde mayor del partido la eje-

1 Circular de julio de 1772, *ibi*: y el de que no se levanten los frutos de las eras hasta la consecucion; y circular de julio de 1799.

2 En los cap. 8 y 9 de este reglamento.

3 En los remates de arriendos de efectos ó ramos de estos fondos públicos se debe tener presente la circular de 15 de julio de 1796, en que se previene por punto general, que concluido y cerrado el remate que se celebre para cada uno de los efectos ó ramos de pósitos, solo pueda admitir-

se por las respectivas juntas la puja del cuarto permitida por la ley para los bienes de comunidad y menores, y no otra alguna, con ningun motivo ni pretexto, y con la precisa calidad de hacerse la insinuada puja dentro del término de los noventa dias que la misma ley previene, en cuyo caso se saquen nuevamente bajo de ella á pública subasta por el término de nueve dias para su remate en el mayor postor, en el que se ha de verificar precisamente el arriendo, sin accion á nueva puja ó mejora."

cucion de los plazos cumplidos, á no habérseles concedido espera general (4) ó particular por el Consejo, á quien privativamente corresponde esta facultad con las seguridades acordadas por las leyes.

30. El depositario ó mayordomo, cumplido el tiempo de su oficio, y dentro de tercero dia siguiente, precedida medicion y recuento del grano y dinero, con intervencion de la junta y asistencia del escribano ó fiel de fechos que actúe en los del pósito, hará entrega al sucesor de todo lo que resulte existente de ambas especies, con las escrituras, libros y papeles pertenecientes á él, dando el escribano fe de esta entrega, y firmando la diligencia el nuevo depositario con los individuos de la junta, á cuyo nuevo depositario, en caso de no evacuarse en un solo dia la medida de granos, se le entregará la llave que tenga el diputado, ó se pondrá sobrellave: y concluida esta entrega se dará testimonio al depositario que acabe para que le sirva de recado legitimo de sus cuentas.

21. Luego que esté hecha la entrega de los caudales y efectos existentes en el pósito, el depositario que acaba ordenará su cuenta con asistencia del diputado, y firmada por los dos, la presentarán por ante el escribano ó fiel de fechos á la junta, y vista en esta dará traslado al procurador sindico del comun, para que dentro de tercero dia ponga los reparos que en ella hallare, y diga lo que tenga por conveniente.

22. Evacuado el traslado del procurador sindico, si no se le ofrecieren reparos en dicha cuenta, la aprobará la junta con la calidad de por ahora y sin perjuicio, y proponiendo agravios los sustanciará y determinará conforme á derecho, otorgando las apelaciones ante el juez subdelegado, sin perjuicio de lo que sea ejecutivo; y de proceder, si resultase algun alcance, contra el depositario y demas que sean responsables, sin recurso ni apelacion.

23. Aprobadas las cuentas como queda prevenido, dejando de ellas copia testimoniada en el archivo del pósito, y formando separada pieza de autos para la reintegracion de los alcances

4 Con motivo de haber pedido espera particular en el Consejo en los términos correspondientes, para evitar de este modo los perjuicios que podian resultar de comprenderlos; y es de advertir, que cuando se conceden moratorias, deben entenderse sin perjuicio del pago de las creces pupilares, y con la calidad de que se renueven las obligaciones que siempre llevan consigo el nuevo cargo de crez.

37\*

líquidos, se remitirán las originales con los recados de justificación al corregidor del partido en todo el mes de enero, para que por este medio, y sin dilación se dirijan á la contaduría general de pósitos, á fin de que por ella se vean y liquiden, y con su informe se tome la providencia conveniente.

24. La junta celará que el trigo repartido á los vecinos no se inviarta en otra cosa que en la sementera, ni permitirá que se les embargue por deuda ni obligación alguna, sea de la clase ó privilegio que fuere, aunque voluntariamente lo quieran entregar, pena de que practicando lo contrario se procederá contra los contraventores y consentidores á la restitución del trigo, y á sacarles cincuenta ducados de multa á cada uno.

25. Hecha la entrega del trigo del repartimiento, y el pósito cerrado, no se volverá á abrir si no es para reconocer si necesita algun reparo, traspalar los granos, ó ver si tienen riesgo de malearse ó perderse; en cuyo caso tomará la junta la providencia correspondiente á su remedio, practicando de su propia autoridad las obras ó reparos que no excedan de cien reales, y pasando de esta cantidad, dará cuenta al corregidor del partido para que providencie lo que convenga, ó representará á la Superioridad lo que se le ofrezca, y en ambos casos, despachado el libramiento en la forma que adelante se dirá, recogerá los recibos el depositario para el abono de la partida, y de lo contrario no se les admitirá (1).

26. El resto de trigo ó harina que quedare existente despues de los repartimientos se ha de conservar hasta los meses mayores, en los cuales la junta representará al corregidor ó alcalde mayor del partido lo que convenga practicarse, para que bien informado de lo expuesto provea lo conveniente acerca del panadeo ó repartimiento de granos, venta ó renuevo, hasta la cantidad que le pareciere.

27. En el caso de haberse de panadear el trigo del pósito, si hubiere panaderas que lo tomen al precio corriente y justo, se les venderá sentado en los correspondientes libros las fanegas de trigo que se sacan, y las partidas de maravedis que se introduzcan en el arca; y si se lo entregasen al fiado en el pueblo de corta vecindad ó consumo, será solo lo suficiente para el abasto de ocho dias, y con fianzas seguras, y de su cuenta y riesgo interin que los satisfacen, y de otro modo no se les dará.

28. No habiendo panaderos ni panaderas que compren el tri-

1 Corresponde al cap. 32 de dicha instrucción de 1753.

go del pósito, para averiguar los panes que produce, dispondrá la junta se haga uno ó mas ensayos, sacando de la copa, centro y falda del monton las fanegas que tengan por conveniente, y reducidas á pan, formando la cuenta de los que salieren de flor, medianas ó hogazas, y de lo que importare el salvado, como tambien el coste que todo haya tenido, se arreglará de acuerdo con el ayuntamiento el precio del pan, y entregará el trigo al que mas diere por fanega, procurando que no le mezclen con otro, y que el pósito consiga las mayores utilidades que pudiere con respecto al precio corriente que tenga el trigo (1), y lo mismo se ha de hacer en los pósitos que sean de centeno ó de otra semilla, observando en pueblos cortos lo prevenido en el párrafo antecedente en cuanto á saca y asiento en los libros.

29. En los pueblos de crecida vecindad donde se consuma mucho pan, se dará el trigo á los panaderos ó panaderas todos los dias, ó á tercero, que es el tiempo en que el depositario ha de haber recogido y puede tener en su poder el dinero que haya producido el panadeo, y lo ha de entrar en el arca en la forma y modo prevenido (2), pena de que contraviniendo se le castigará conforme á derecho, y á los demas individuos de la junta que no lo solicitaren.

30. Siempre que por no haber otro medio sea preciso que el pósito administre el panadeo de su cuenta, será del cargo del depositario tener un cuaderno separado en donde sienta las partidas de trigo que se sacaren, y rebajados gastos, forme la cuenta de su producto líquido en el pan cocido, aechaduras y salvados, la cual ha de tomar y aprobar la junta con asistencia del procurador síndico, y original ha de servir por recado de la cuenta.

31. Cuando se haya de alterar el precio, ya sea subiendo ó bajando el pan del pósito, se hará con acuerdo del ayuntamiento, y ha de empezar á correr el nuevo precio despues que esté consumida la última partida que se dió para el panadeo y no antes.

32. Si consumido el trigo que tenia el pósito en el repartimiento y panadeo (que se ha de regular como va dicho, de modo que consiga alguna utilidad, segun las circunstancias del tiempo y precio corriente) fuese necesario para continuar el panadeo y socorrer al pueblo, comprar con lo que haya producido otro

1 Cap. 6. de dicha ley 9. tit. 5. lib. 7. Rec. ibi con el mayor beneficio y aprovechamiento del pósito, que fuere posible.

2 En los artículos 8, 9 y 10 de dicha Real cédula de 2 de julio de 1792.

trigo, se venderá de forma que se saquen la costa y gastos, con beneficio del pósito, y si se repartiase entre los labradores, como se practica en algunas partes, se les venderá al fiado por el mismo precio, coste, costas y beneficio, obligándose con fiador abonado á pagarlo en dinero á la cosecha: y si en este tiempo, porque le sea mas util quisiere pagar en trigo, se le admitirá al precio medio que entonces corra, sobre lo que celará el procurador sindico no haya colusion ni fraude, poniendo supuestos y fingidos precios, con apercibimiento de que se procederá á lo que haya lugar.

33. Habiendo dinero en el pósito acordará la junta con el procurador sindico el tiempo que tenga por mas conveniente para la compra de granos, y si el pueblo fuese de cosecha, y tuviere cuenta hacer en él la compra, la encargará al depositario, diputado, procurador sindico, ó á la persona que le parezca, la cual ha de practicar los contratos con los labradores, sentando en un cuaderno los nombres de los vendedores, las fanegas que comprase y el precio de ellas; y cuando las introduzcan en el pósito, se sentarán y firmarán en el libro de entradas de granos, y del mismo modo en el de salida de maravedis, los que hubieren importado, y por ellas se pagasen.

34. En el caso de que no sea pueblo de granos, ó que tenga mas conveniencia <sup>(1)</sup> comprarlo fuera, nombrará la junta de su cuenta y riesgo persona de experiencia y confianza que vaya á ejecutarlo á los lugares que señalaren, y la cantidad de maravedis que á este fin se le entregase será por medio de un libramiento firmado de los individuos de la junta y del escribano ó fiel de fechos, del cual tomará la razon el contador donde le hubiere, pena que lo contrario haciendo, será de cuenta y riesgos de los que le acordaren, no se abonará al depositario en sus cuentas, y se procederá contra todos á la exacción de penas y á lo demas que haya lugar en derecho, dejando ademas el encargado de la compra del trigo del dinero que se le entregare para ella el resguardo correspondiente en el arca, y en él se obligará á hacer bien y fielmente la compra, y dar cuenta con pago del coste del trigo ó centeno y portes, y para que la lleve con la debida formalidad, se le entregará un cuaderno rubricado de los individuos de la junta con el escribano ó fiel de fechos: en que ha de sentar partida por partida la compra, á quien la hizo; de

<sup>1</sup> Siempre se ha de procurar que el pósito consiga en sus compras de granos las

mayores utilidades posibles, con respecto al precio corriente.

dónde es vecino, en qué dia, á qué precio y qué cantidad de fanegas, como tambien las contratas de carreteros y arrieros que se obligaren á las conducciones, y en qué precios, y si no practicare dicha compra por algun inconveniente que acaezca, volverá al arca inmediatamente el dinero que se le hubiese entregado, por cuyo trabajo se le señalará la competente remuneracion.

35. En consideracion á la fatiga que tendrán los individuos de la junta y los escribanos y fieles de fechos en la cobranza y reintegro de los pósitos, se les remunerará con el uno por ciento que se les signó por Real orden de 1.º de mayo de 1790 sobre las cantidades de granos y dinero que efectivamente entren en sus paneras y arcas en lugar del señalamiento que les estuvo hecho en lo antiguo, sin perjuicio de librarles las gratificaciones á que se hiciesen acreedores por la buena administracion que acrediten las cuentas anuales. El importe á que ascienda este uno por ciento se distribuirá en siete partes, en esta forma, una al juez, otra al diputado, otra al procurador sindico, dos al depositario, y otras dos al escribano ó fiel de fechos, y todos darán recibo expresivo de las porciones que les hubiere tocado, para que acompañándolo á las cuentas sirva de justificacion y abono legitimo, con declaracion expresa de que para el goce de esta asignacion, y de las dotaciones hechas en algunos pósitos á sus interventores y escribanos, ha de verificarse su personal asistencia á todas las entradas y salidas de granos y dinero, sin la cual no deben percibir las; como tampoco los que tienen dotacion, aquella parte que les tocaria, si no la tuviesen, la cual quedará á beneficio de los pósitos <sup>(1)</sup>.

36. Al medidor por las fanegas que mida de entrada y sali-

<sup>1</sup> Formado expediente á representacion del corregidor de Ubeda sobre la duda que se le ofreció acerca de los derechos que deban exigirse por las aprobaciones de repartimientos de granos y testimonios de reintegraciones de pósitos, se sirvió el Consejo acordar, en orden de 1.º de diciembre de 1792, que se continuase en la observancia del capítulo 20 de la antigua instruccion de 1753, segun se practicaba en todo el reino, cuyo tenor es el siguiente. « Por quanto ha habido muchos excesos en los derechos que han llevado los corregidores, alcaldes mayores y escribanos de las capitales por las licencias que han dado á los pueblos para el repartimiento de los pósitos: ordeno que en los que se

componen de una fanega hasta ciento, lleven por la licencia ó licencias que se concedieren, tres reales de vellon, y no mas dos por recibir la cuenta, y uno por el testimonio de la reintegracion; y la misma cantidad llevará el escribano: por los que tengan de fondo desde ciento hasta doscientos noventa y nueve, llevarán cuatro reales y medio por la licencia ó licencias que se concedieren para repartir, y tres por recibir las cuentas y testimonios de reintegraciones; y en los que pasen de trescientas fanegas, han de llevar tres reales por cada licencia, uno por el testimonio de reintegracion, y cinco por la cuenta.»

da, se le pagará el jornal que se acostumbra dar á un bracero cada día de los que se ocupare en la medicion de granos de los mismos pósitos, del caudal de estos, dando recibo para acompañarlo á las cuentas, como está prevenido en la citada Real orden de 1.º de mayo de 1790.

37. Como para satisfacer estas asignaciones no tienen los pósitos de fondo fijo mas que el aumento que general y naturalmente (1) produce el grano en las paneras por el efecto del cuidado de los interventores en hacer traspalarlo á los tiempos oportunos, contribuirán los labradores y pegujareros con un cuartillo de celimin por cada fanega que sacaren, sin embargo de que cuando se fijaron se les dispuso de creces, por ser este el único medio de asegurar que los fondos se mantengan sin menoscabo de aquel número de fanegas en que quedaron, como se mandó en dicha Real orden de 1.º de mayo de 1790 (2).

38. Para la satisfaccion de los sueldos de subdelegacion y su juzgado, direccion, contaduría general y demas gastos que se ocasionan en el gobierno de los pósitos, se les exigió hasta fin de diciembre de 1789 solo un maravedí por fanega, y por no haber sido suficiente su producto á cubrir dichos sueldos y gastos por el aumento que se hizo de oficiales, se mandó por Real orden de 4 de enero de 1791, que todos los pósitos, de fondo de trescientas fanegas arriba, contribuyesen desde 1.º de enero de 1790 en adelante con dos maravedis por cada una, y por cada veinte reales del dinero que tuviesen los pósitos, uno y otro por ahora, cuya exaccion se mandó continuar por el presente reglamento (3); debiendo remitirse en cada año el importe de su

1 Por el auto acordado de 22 de mayo de 1610, que es el primero, tit. 25. lib. 9. Rec. (nota 4. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.) está declarado, que de las creces naturales del trigo se deben hacer cargo al mayor-domo del pósito; y aunque este auto habla del pósito de Madrid, es extensiva su disposicion á todos los del reino, segun el actual reglamento y el capítulo 10 de la instruccion de 30 de mayo de 1753, ibi: «Las creces naturales que sin duda produce el trigo traspalándolo en tiempo oportuno, como lo tiene acreditado la experiencia.» De suerte, que no hay duda que el trigo en las paneras tiene creces, por efecto del cuidado de los interventores; y así resulta de muchas cuentas de pósitos que he visto; y lo reconoce tambien la Real Academia española, en su Diccio-

nario de la lengua castellana, pág. 274, ibi: «Creces... el aumento que adquiere el trigo en la troje, traspalándose de una parte á otra.» (Circular de 24 de noviembre de 1801, num. 12.) 3. ibi: y aun naturales que produce el trigo.)

2 Este párrafo y los dos anteriores son en todo conforme á la Real orden que se cita de 1.º de mayo de 1790.

3 Sin perjuicio de esto mandó el Consejo en orden de 24 de abril de 1788, que de todos los pósitos del reino sin distincion, y por una vez, se exigiesen diez y siete maravedis por cada fanega de trigo, y otros diez y siete por cada veinte reales de los fondos que resultasen por la última cuenta que hubiesen formado, con calidad de reintegro, y un tres por ciento de intereses mientras se verificaba de los productos

total contingente á la capital, á disposicion del corregidor ó alcalde mayor del partido, que tendrá el cuidado de remitirlo ó librarlo á las órdenes del director ó contador general de pósitos, para que dispongan su cobranza y entrega al tesorero de pósitos en la Corte; bajo las formalidades y reglas que se observan en el día, y dicho corregidor, visto el fondo que por las cuentas resulta tener el pósito, siendo conforme y arreglado, dará su recibo á la persona que lo entregare.

39. Los gastos expresados en los párrafos antecedentes se han de pagar del caudal del pósito, y para ello si no se hallase dinero en el arca, se venderán en los meses mayores las fanegas de grano equivalentes al precio mayor que se pueda (1).

40. Como los pósitos de Madrid, Valencia, Málaga, Cartagena, Montepio de Sevilla, y otros de esta clase se gobiernan segun los países por distintas reglas, porque su principal destino ha sido y es el de la compra y venta de granos para abastecer al pueblo, precaver los repentinos accidentes y contener su precio cuando toman aumento, teniendo contaduría formal é intervencion, se mandó en el mismo reglamento que continuasen por ahora sin novedad en el manejo y gobierno de dichos pósitos, bajo las ordenanzas que tuvieren, y tomando de esta instruccion lo que pudiere conducir.

41. Para evitar las extorsiones y perjuicios de que se han quejado algunos deudores á los pósitos, de los procedimientos de las justicias para la cobranza de los descubiertos que no pudieron pagar al tiempo de la cosecha, no se apremiará ni despacharán ejecuciones sobre reintegros de los pósitos en los meses de abril, mayo y siguientes hasta la cosecha ó recoleccion de frutos del agosto, exceptuando únicamente los segundos contribuyentes, y alguno otro que no siendo labrador se considere que puede pagar, y de hacerlo por algunas particulares circunstancias; pero aun en estos casos y contra estos segundos con-

que habian de rendir los arbitrios establecidos en la Corte para su satisfaccion, y se dió facultad á las juntas de pósitos para que no teniendo en arcas dinero existente vendiesen el grano necesario á cubrir su cuota parte.

1 Debe advertirse que por estas ventas de granos y otras semejantes, que hacen los pósitos para los fines de su instituto y cumplimiento de sus respectivas obligaciones, no deben los administradores de rentas Reales exigir los diez y seis marave-

dis por cada fanega que cita la instruccion que se les dió con fecha de 21 de setiembre de 1785. Real orden de 10 de octubre de 1787. Y así tambien lo ha declarado el Consejo en auto de 11 de febrero de 1801, con motivo de la venta de granos acordada por la junta del pósito de la villa del Carpio para satisfacer la cuota del cuartillo de real, impuesta por la circular de 26 de setiembre de 1800, y suplir entre otros gastos los de administracion del mismo pósito.

tribuyentes y demas exceptuados no se ha de despachar ejecucion en dichos meses sin formar expediente, dar cuenta al Consejo y esperar su resolucion.

42. El escribano ó fiel de fechos de la comision de pósitos de cada pueblo cuidará de tener bien custodiados y reunidos la instruccion, órdenes y demas documentos correspondientes al pósito para mejor gobierno y despacho de estos asuntos, y en cada una de las cuentas pondrá indefectiblemente la nota de las licencias que se hayan concedido á su pueblo para el repartimiento, panadeo ó renuevo de sus granos, á fin de que con esta formalidad no se ofrezca reparo en lo que justamente se haya pagado.

43. Los corregidores ó alcaldes mayores deberán observar con gran vigilancia los abusos que advirtiesen en los pósitos, y las providencias que estimen oportunas para su remedio dando cuenta á la Superioridad. Sin perjuicio de esto al finalizar su tiempo formarán una relacion separada de la que se les encarga en el capitulo 6.º de la instruccion de Escala de corregidores (1) respecto á los demas ramos de su manejo, expresando en cuanto al de pósitos quedar cumplidas las obligaciones por los pueblos de su partido, con la entrega de cuentas hasta aquel tiempo, las providencias que se han tomado á propuesta suya, y los medios que con la experiencia se les hayan ofrecido para adelantar y mejorar la direccion, gobierno y administracion de los pósitos con utilidad de los labradores y demas vecinos de los pueblos; cuya relacion dejarán cerrada y sellada al que quedare regentando la jurisdiccion para que la entregue al sucesor, ó lo harán directamente á este si llegase antes que se retire el cumplido, recogiendo en uno y otro caso el recibo correspondiente, y presentando en la Cámara testimonio que lo acredite; sin cuyo requisito no podrán ser promovidos, ni admitirseles pretension para ello, y ademas se les hará cargo en la residencia de cualquier omision ó negligencia que hubiesen tenido en este asunto.

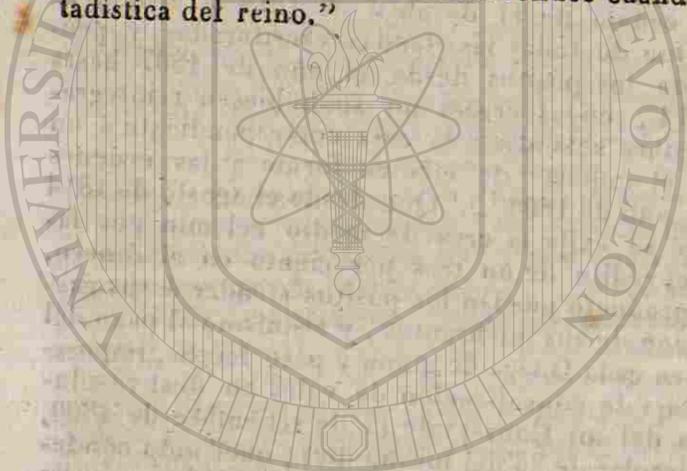
44. Posteriormente á dicha Real cédula de 2 de julio de 1792 se han expedido otras resoluciones de su Magestad sobre asuntos relativos á pósitos, que apuntaremos brevemente. = Por Real decreto de 17 de marzo de 1799 se mandó exigir para atender á las urgencias del Real erario el veinte por ciento ó la

1 Cap. 6 de la Real cédula de 21 de abril de 1783; cap. 73 de la Real cédula de 15 de mayo de 1788, en que se inserta la

instruccion de lo que deben observar los corregidores y alcaldes mayores del reino.

quinta parte del fondo de los pósitos del reino. = A consulta del Consejo pleno de Castilla de 12 de setiembre de 1800 se sirvió el Rey mandar que se exigiese y cobrase anualmente un cuartillo de real por cada fanega de grano y peso fuerte que tuviesen de fondo todos los pósitos Reales, y de particular fundacion que hay en el reino, destinando su producto al fondo de consolidacion de vales y cajas de extincion y descuento; y al mismo tiempo resolvió su Magestad, que para reponer los pósitos paulatinamente de las sumas sacadas de sus fondos en distintos tiempos para las urgencias del Estado y otros objetos de utilidad pública, se aumentase en todos ellos un cuartillo de celemin por fanega á la crez que á la sazón pagaban los sacadores, y un uno por ciento en los repartimientos de dinero. = Por Real cédula de 11 de abril de 1814 se mandó lo siguiente. »1.º Que de todas las deudas escrituradas y pendientes á favor de los pósitos desde el año de 1807 hasta el agosto de 1814, cuyas creces no se hubiesen reintegrado, se exija y cobre solamente la crez correspondiente á un año, regulando el importe de ella conforme á las órdenes que regian en el año de 1808. 2.º Que desde el agosto de 1814 en adelante solo se exija la crez de medio celemin por fanega de grano y el rédito de un tres por ciento en el dinero, para que con su producto puedan los pósitos atender á sus gastos y á la reposicion de sus quebrantos, y asimismo al pago del cuartillo de real en cada fanega de grano y peso fuerte, impuesto á favor de la caja de consolidacion de vales en Real resolucion, á consulta del mi Consejo de 12 de setiembre de 1800, comunicada en circular de 26 del mismo mes; quedando condenado á los pósitos el pago de lo que por razon de dicho cuartillo de real en fanega y peso fuerte hayan dejado de satisfacer en estos seis últimos años al ramo de consolidacion. 3.º Que por el contingente devengado desde 1808, solo se exija el de un año respectivo á los fondos que resulten en la cuenta que los pueblos deben formar y remitir hasta fin de diciembre de 1813, como está mandado en la circular de 30 de agosto último. 4.º Que las cantidades de granos y dinero que los pueblos y ayuntamientos hubiesen sacado de los pósitos para raciones y suministros á las tropas, se reintegren á ellos con la brevedad que exige el fomento de la agricultura á que se dirigen estos fondos, para cuyo fin propongan los ayuntamientos los medios que estimen mas suaves, prontos y equitativos, con expresion de las partidas extraidas para los referidos suministros, y que se estuviesen

debiendo á los pósitos de sus respectivos pueblos." = En Real orden de 1.º de junio de 1816 tuvo á bien el Rey mandar, que mientras no se designen por su Magestad expresa y terminantemente los fondos de pósitos, no se hagan las órdenes extensivas á ellos, ni se incluyan en los caudales públicos aplicados á la subsistencia de las tropas. = Ultimamente en otra Real orden de 24 de noviembre 1817 mandó su Magestad lo siguiente: »El Rey nuestro Señor, teniendo presente la naturaleza de los pósitos del reino, su procedencia y objeto de conservacion y bien comun, semejante en todo al de los montes de piedad, se ha servido resolver, á consulta del Consejo Real y supremo, que no esten sujetos por ahora á la contribucion general; pero sí á presentar las noticias de sus fondos cuando se forme la estadística del reino."



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

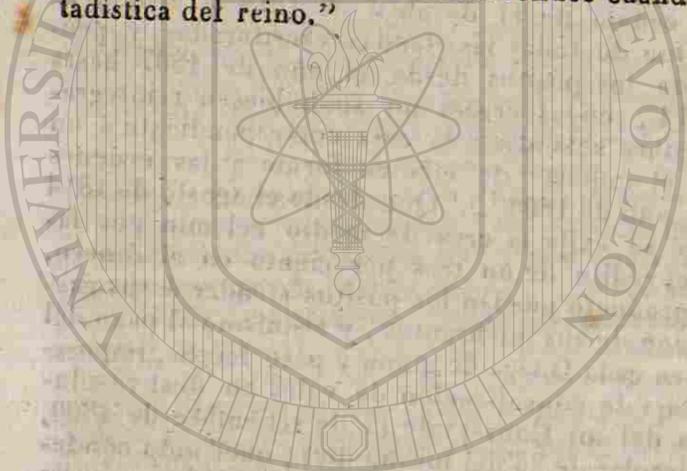
## CAPITULO CUARTO.

*Del dominio y de los modos de adquirirle.*

- |                                                                                                            |                                                                                                |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿ Que cosa es dominio, y de cuantas especies?                                                        | 14. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar.                                      |
| 2. ¿ Por cuantos modos se adquiere el dominio?                                                             | 15. El titulo debe ser verdadero.                                                              |
| 3. ¿ Como se adquiere por ocupacion?                                                                       | 16. ¿ En que consiste la buena fe?                                                             |
| 4. ¿ Como se adquiere por invencion ó hallazgo?                                                            | 17. ¿ Que es posesion, y de cuantas maneras?                                                   |
| 5. Los mostrencos deben aplazarse por edictos, y si no parece el dueño, se aplican á obras públicas.       | 18. De la posesion continua y no interrumpida.                                                 |
| 6. El tesoro que se encuentra pertenece al Rey, á excepcion de su cuarta parte que es para el denunciador. | 19. ¿ Quienes pueden adquirir posesion?                                                        |
| 7. ¿ Como se adquiere el dominio por agregacion?                                                           | 20. La posesion se pierde á dos modos.                                                         |
| 8. ¿ Como se entiende la agregacion industrial?                                                            | 21. Para prescribirse una cosa ¿ que tiempo ha de poseerse?                                    |
| 9. ¿ Que reglas se han de observar respecto de la formacion de una nueva especie con materia agena?        | 22. La doctrina anterior se entiende de la prescripcion del dominio.                           |
| 10. ¿ Que disponen las leyes sobre la mezcla de materiales propios y agenos?                               | 23. ¿ En que términos se prescriben las acciones?                                              |
| 11. La entrega de las cosas es de tres maneras, corporal, ficticia y simbólica.                            | 24. El tiempo necesario para la prescripcion de las acciones no es uno mismo para todas ellas. |
| 12. ¿ Cuales modos de adquirir se llaman originarios, y cuales derivativos?                                | 25. Acciones que se prescriben en término de tres años.                                        |
| 13. ¿ Que cosa es prescripcion, y                                                                          | 26. De las cosas que no se prescriben por imposibilidad legal anexa á las mismas.              |
|                                                                                                            | 27. De las personas contra quienes no corre la prescripcion.                                   |

1. Se llama dominio el derecho que el hombre tiene de disponer de una cosa y percibir las utilidades que produzca, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador ó algun convenio. Dividese en directo y util, porque pue-

debiendo á los pósitos de sus respectivos pueblos." = En Real orden de 1.º de junio de 1816 tuvo á bien el Rey mandar, que mientras no se designen por su Magestad expresa y terminantemente los fondos de pósitos, no se hagan las órdenes extensivas á ellos, ni se incluyan en los caudales públicos aplicados á la subsistencia de las tropas. = Ultimamente en otra Real orden de 24 de noviembre 1817 mandó su Magestad lo siguiente: »El Rey nuestro Señor, teniendo presente la naturaleza de los pósitos del reino, su procedencia y objeto de conservacion y bien comun, semejante en todo al de los montes de piedad, se ha servido resolver, á consulta del Consejo Real y supremo, que no esten sujetos por ahora á la contribucion general; pero sí á presentar las noticias de sus fondos cuando se forme la estadística del reino."



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## CAPITULO CUARTO.

*Del dominio y de los modos de adquirirle.*

- |                                                                                                            |                                                                                                |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿ Que cosa es dominio, y de cuantas especies?                                                        | 14. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar.                                      |
| 2. ¿ Por cuantos modos se adquiere el dominio?                                                             | 15. El titulo debe ser verdadero.                                                              |
| 3. ¿ Como se adquiere por ocupacion?                                                                       | 16. ¿ En que consiste la buena fe?                                                             |
| 4. ¿ Como se adquiere por invencion ó hallazgo?                                                            | 17. ¿ Que es posesion, y de cuantas maneras?                                                   |
| 5. Los mostrencos deben aplazarse por edictos, y si no parece el dueño, se aplican á obras públicas.       | 18. De la posesion continua y no interrumpida.                                                 |
| 6. El tesoro que se encuentra pertenece al Rey, á excepcion de su cuarta parte que es para el denunciador. | 19. ¿ Quienes pueden adquirir posesion?                                                        |
| 7. ¿ Como se adquiere el dominio por agregacion?                                                           | 20. La posesion se pierde á dos modos.                                                         |
| 8. ¿ Como se entiende la agregacion industrial?                                                            | 21. Para prescribirse una cosa ¿ que tiempo ha de poseerse?                                    |
| 9. ¿ Que reglas se han de observar respecto de la formacion de una nueva especie con materia agena?        | 22. La doctrina anterior se entiende de la prescripcion del dominio.                           |
| 10. ¿ Que disponen las leyes sobre la mezcla de materiales propios y agenos?                               | 23. ¿ En que términos se prescriben las acciones?                                              |
| 11. La entrega de las cosas es de tres maneras, corporal, ficticia y simbólica.                            | 24. El tiempo necesario para la prescripcion de las acciones no es uno mismo para todas ellas. |
| 12. ¿ Cuales modos de adquirir se llaman originarios, y cuales derivativos?                                | 25. Acciones que se prescriben en término de tres años.                                        |
| 13. ¿ Que cosa es prescripcion, y                                                                          | 26. De las cosas que no se prescriben por imposibilidad legal anexa á las mismas.              |
|                                                                                                            | 27. De las personas contra quienes no corre la prescripcion.                                   |

1. Se llama dominio el derecho que el hombre tiene de disponer de una cosa y percibir las utilidades que produzca, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador ó algun convenio. Dividese en directo y util, porque pue-

den muy bien estar separadas estas dos especies de dominio y pertenecer á distintas personas. El *directo* consiste en poder disponer de la cosa, y el *util* en el derecho á utilizarse de su producto.

2. El dominio se adquiere de varios modos, que tienen su origen, unos en el derecho de gentes, y otros en el civil. Los primeros se reducen á cuatro, que son: *la ocupacion, la invencion* ó hallazgo, *la accesion* ó agregacion y *la tradicion* ó entrega. Los segundos son: *la prescripcion, la herencia, la donacion* y demas contratos por los que nos hacemos dueños de las cosas ajenas.

3. Por *ocupacion* se entiende *la aprension que hacemos de las cosas materiales que no son de otro, con ánimo de retenerlas*. Asi es que cada uno hace suyo lo que caza ó pesca; pero no los animales domésticos ó domesticados, como perros, gallinas, pavos, abejas encerradas en colmenas &c., porque ya tienen dueño. Sin embargo, la libertad de cazar y pescar está limitada en España por Real cédula de 16 de enero de 1772 (1), en la cual se prohíbe generalmente el cazar desde 1.º de marzo hasta el 1.º de agosto, y todos los meses del año en los dias llamados de fortuna ó de nieve. Solo se exceptúan los dueños de sitios vedados ó sus arrendadores, quienes pueden cazar conejos en ellos desde el dia de San Juan Bautista hasta 1.º de marzo. Se prohíbe tambien el uso de galgos en el expresado tiempo de veda, extendiéndose esta prohibicion á los viñedos hasta hallarse cogido el fruto. Tambien está vedado en todo tiempo el cazar con perdices de reclamo, lazos, perchas, orzuelos, hurones, redes y demas artificios que descastan la caza; bien que las redes se permiten en la caza de codornices y otras aves de paso, aun en tiempo de veda. La pesca en aguas dulces se prohíbe asimismo desde 1.º de marzo hasta fin de junio con cualquier instrumento que no sea la caña.

4. Por *invencion* ó hallazgo se adquiere el dominio de las cosas que se encuentran casualmente sin dueño conocido, ó que se hallan desamparadas por este con ánimo de no volver á poseerlas (2). Esta última circunstancia es absolutamente precisa para adquirir el dominio; y asi no tiene lugar la adquisicion en las cosas muebles que se arrojan al mar por miedo ó peligro de naufragio (3), ni en las heredades ó casas que el dueño deja des-

1 Nota 5. tit. 30. lib. 7. Nov. Rec.

2 Ley 5. tit. 28. Part. 5.

3 §. 47. de rer. div.

amparadas sin atreverse á ocuparlas por temor de ladrones ó enemigos (1).

5. Respecto de los bienes llamados *mostrencos*, que son las fincas que se hallan perdidas sin saberse quién es su dueño, deben pregonarse por espacio de catorce meses, para que llegando á noticia del que lo fuere, las pueda reclamar, y si pasado este tiempo no pareciere, se procede á su venta y se aplica su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun Real decreto de 27 de noviembre de 1785 (2).

6. La adquisicion de un tesoro, esto es, de dinero escondido que no se sabe á quien pertenece, es propia del Rey, dándose la cuarta parte al inventor ó denunciador (3). Tambien tocan al Rey las minas de oro, plata ú otro metal, y las salinas, reservándose á los descubridores cierta parte, segun la diversidad de circunstancias, como puede verse en la ley 1.ª y siguientes del tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

7. Dominio por *agregacion* es el derecho que se adquiere al aumento que recibe una cosa nuestra, y se divide en natural é industrial. Natural es la agregacion que se verifica por obra de la naturaleza por sí sola; industrial, la que procede de la industria del hombre. A la primera clase pertenecen: 1.º los partos de los animales, y son de aquel de quien fueren las hembras (4). 2.º El acrecimiento paulatino que causan los rios en las heredades que estan á sus orillas, y se llama derecho de aluvion; mas no el que procede de una avenida repentina, arrancando árboles ó parte del terreno de alguna finca ajena, pues esto pertenece al dueño de esta, y no al de la heredad á que quedó adherida (5), á menos que tardase tanto tiempo en reclamarlo, que la incorporacion fuese constante y perfecta. En este caso la parte agregada es del dueño de la heredad, con obligacion de dar al otro, á juicio de peritos, el importe del menoscabo que sufriesen (6). 3.º Las islas que de nuevo aparecen en un rio, las cuales son de la heredad frontera en la orilla de donde está mas próxima la tal isla; partiéndose entre los dueños de las fincas que hacen frente en una y otra orilla, en caso de que esté á igual distancia de ellas (7). Tambien acrece al dueño del campo vecino el terreno que deja un rio cuando mu-

1 Leyes 49 y 50. tit. 28. Part. 3.

2 Ley 6. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

4 §. Inst. de rer. div. 19. ley 25. tit. 28. Part. 3.

5 Ley 26. tit. 28. Part. 3.

6 Greg. Lop. en dicha ley 26. glos. 6

7

7 Ley 27. tit. 28. Part. 3.

da de madre, sin que tenga derecho á ninguna reclamacion el de las heredades, que por este accidente ocupa de nuevo el rio, pues las pierde sin remedio, á excepcion del caso en que la entrada del rio en ellas sea efecto de una inundacion pasagera (1). El arbol pertenece siempre al dueño del campo en que nace.

8. La agregacion industrial consiste en la union ó adherencia de una cosa agena á la propia; v. gr. un pie á una estatua del mismo metal, la escritura al papel, la tabla ó lienzo á una pintura, el edificio al suelo. El que unió la cosa propia á la agena, si lo hizo de mala fe, pierde lo que era suyo; y si de buena, tiene derecho al valor de lo agregado. Pero se previene, que en este particular hay casos y circunstancias muy diversas á que atender, y que segun fueren, inducen diferente derecho: por ejemplo, el que edifica en terreno propio con materiales agenos, debe volver al dueño de estos el duplo de su valor. Por tanto deben verse las leyes que se citan (2).

9. Tambien corresponde á la agregacion industrial la formacion de una nueva especie con materia agena; v. gr. si de las uvas se hiciese vino; de la plata un vaso &c. Si formada la especie no pueden reducirse á su primitivo estado las cosas de que se construyó, serán del que la hizo con buena fe, pagando el valor de la materia á su dueño. Si fuese posible reducir la referida materia á su primer estado, debe restituirse á su antiguo dueño, quien ha de satisfacer los gastos ocasionados en formar la nueva especie; pero si en esto se procedió de mala fe, perderá el que lo hizo la obra y los gastos (3).

10. La última especie de agregacion industrial es la mezcla de materias de una misma especie ó de distintas, sobre lo cual disponen nuestras leyes lo siguiente: el que mezcla de intento lo propio con lo ageno, nunca hace suyo esto último, aunque proceda de buena fe. Si por casualidad ó voluntad de sus respectivos dueños se mezclaren las cosas, serán comunes pudiendo aquellas desunirse; pero no siendo acto posible, cada uno conservará el dominio de su parte (4).

11. La tradicion ó entrega de las cosas es de tres maneras: *corporal*, *ficticia* y *simbólica*. La *corporal*, es cuando se entrega realmente la cosa en manos del que la compra ó adquiere por otro título. La *ficticia* cuando no interviene entrega real y

1 Ley 31. tit. 28. Part. 3.

2 Leyes 16. tit. 2 y 38. tit. 28. Part. 3.

3 Ley 23. tit. 2. Part. 3.

4 Ley 34. tit. 28. Part. 3.

verdadera en el acto de trasladar el dominio, como sucede; por ejemplo, cuando uno enagena la cosa que tiene prestada á otro. La *simbólica* es cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir; v. gr. si se dan las llaves del granero en que está encerrado el trigo que se vende.

12. Se advierte que de los cuatro modos de adquirir, de que hemos hablado, los tres primeros se llaman *originarios*, porque por ellos entra en el dominio de alguno lo que no tenia dueño ó habia dejado de tenerlo. El cuarto se dice *derivativo* por cuanto por él se transfiere el dominio de un dueño á otro.

13. De los modos de adquirirlo por derecho civil, el primero es la *prescripcion* ó el *derecho que nace de la posesion no interrumpida de una cosa por el tiempo que las leyes presijan*: ó mas propiamente es una excepcion perentoria, por la cual el poseedor de buena fe puede repeler despues del tiempo prevenido por el derecho al que pretende el dominio de la alhaja que dice ser suya y de que está mucho tiempo desposeido (1). Introdújose la prescripcion: lo primero, por el bien público, á fin de que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo ó casi siempre incierto (2); lo segundo, para evitar los innumerables y perpetuos litigios que de lo contrario se podian originar (3); lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que de buena fe disfrutaban (4); y lo cuarto, para castigar la desidia de los que sean morosos en recuperar sus bienes (5); por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ellos (6). Pero es de advertir que donde está prohibida la enagenacion lo está tambien la prescripcion ó tolerancia, que es enagenacion tácita, y se comprende en el nombre general de enagenacion (7).

14. Para que tenga lugar este modo de adquirir el dominio, son necesarias las circunstancias siguientes. 1.<sup>a</sup> Título de adquisicion, es decir, que se tenga la cosa por compra, donacion, herencia ú otro contrato de los que transfieren dominio. 2.<sup>a</sup> Buena fe. 3.<sup>a</sup> Posesion continuada. 4.<sup>a</sup> Tiempo prescripto por la ley. 5.<sup>a</sup> Capacidad del que prescribe y de la cosa prescripta, es decir,

1 Todo el tit. 26. de *prescription. decretal.* el tit. 6. *Instit. de usucap. et longi temporis prescription.* y el tit. ff. 1. de *usurpation. et usucap.*

2 Ley Bono public 1. ff. de *usurpat.*

3 Ley *Usucap.* 5. ff. *pro suo.*

4 Ley *Cum notissimi.* Cod. de *pres-*

T. 1.

*crip.* 30 vel 40 annor.

5 Ley *Ut perfectius* 2. ff. de *annali exception. cap. vigilant* de *prescrip.*

6 Ley *Quod quis.* ff. de *reg. jur.*

7 Ley *Alienationis.* 28. ff. de *verborum signification.*

que el poseedor no tenga impedimento para prescribir, ni aquella para ser objeto de la prescripcion (1).

15. El titulo ha de ser verdadero, y asi el que tenga una cosa creyéndola suya por estar persuadido que se la dieron, no podrá obtener prescripcion de ella, á menos que esta creencia provenga de hecho ageno que no le es imputable; v. gr. si hubiese dado orden á su agente ó procurador para comprarla, y este la entregare suponiendo haberla comprado, pues en este caso tiene lugar la prescripcion (2).

16. La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa que es dueño de ella por haberla adquirido legalmente. Asi no tendrá buena fe el que comprare una cosa, advirtiéndole el dueño de ella que no era del vendedor; ni el que compra algo perteneciente á huérfano, loco ó procurador de otro, sobornándolos con engaño. Por las leyes romanas bastaba al poseedor la buena fe al tiempo de adquirir la cosa, excepto el caso de compra en que era tambien precisa al tiempo de contratar, doctrina que se adoptó en la Partida (3); pero nuestros mas célebres juriconsultos son de opinion que en este particular se debe seguir en España el derecho canónico, por el cual está establecido que la buena fe debe durar hasta el complemento de la prescripcion (4), apoyándose tambien en una ley del reino, cuyo espíritu encuentran conforme con la indicada doctrina (5).

17. La posesion se llama la *tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento* (6); es decir, el poderio legal que el hombre tiene en las cosas habidas corporalmente ó con la voluntad. Es de dos maneras, una natural y otra civil ó por otorgamiento de derecho. La natural es cuando se tiene la cosa corporalmente, como una casa, un relox &c. La civil es cuando no corporalmente sino con la voluntad se tiene la cosa; v. gr. si uno sale de su casa ó heredad con ánimo de no desampararla (7). Las cosas incorpóreas se poseen por el uso de las mismas y la tolerancia de sus dueños; de esta clase son los derechos, las servidumbres &c.

18. La posesion, como se ha dicho, debe ser *continuada* (8); es á saber, que no se haya interrumpido, ora sea naturalmente perdiéndola el que la tenia, ora civilmente que es cuando alguno emplaza ó pone demanda al poseedor sobre dicha cosa.

1 Leyes 6 y 7. 9 y 18. tit. 29. Part. 3.

2 Leyes 14 y 15. tit. 29. Part. 3.

3 Ley 2. tit. 29. Part. 3.

4 Cap. ult. extra, de *prescriptione*.

5 Ley 2. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.

6 Ley 1. tit. 30. Part. 3.

7 Ley 2. *ibid.*

8 Ley 9. tit. 29. Part. 3.

Por cualquiera de estos dos modos queda cortada la prescripcion, y debe empezar de nuevo (1). Mas por la muerte del poseedor ni por la enagenacion de la cosa no se interrumpe la posesion en el nuevo dueño, si en él subsiste la buena fe (2).

19. Es capaz de adquirir posesion todo hombre de sano juicio, no solo por su persona sino por medio de otro que tenga su poder, si en él se reunen los dos requisitos necesarios, que son voluntad ó intencion de adquirirla y acto corporal de ocupacion, ó por lo menos presunto en los términos que se dijo hablando de la tradicion simbólica; esto es, por medio de un signo que acredite la posesion (3). Por lo mismo no pueden ganarla por sí los arrendadores, comodatarios, depositarios y otros semejantes que tienen la cosa en nombre ageno (4), ni los que entran por fuerza en la cosa ó la roban, porque su tenencia no es legal (5).

20. La posesion se pierde de dos modos. 1.º Siempre que la cosa se reduzca á tal estado que no pueda tenerse corporalmente ni con la voluntad. 2.º En los bienes raices ó fincas se pierde si el poseedor es arrojado de ellas por fuerza, ó si no estando presente se las usurpa otro y le impide la entrada, ó bien si viendo que se apoderan de sus bienes, lo consiente no impidiendo tal usurpacion. Pero aunque en estos casos se pierda la posesion, no el dominio; y asi puede demandar el despojado á quien tenga sus bienes (6), pues para ello estan en uso los juicios sumarios de momentánea posesion, llamados asi por la brevedad con que en ellos se decide; y fueron introducidos para evitar las discordias que se originaban sobre quién habia de poseer. Estos juicios, llamados interdictos, se explicarán en su lugar oportuno.

21. El tiempo que es menester poseer una cosa para prescribirla es el de tres años si fuere mueble, y el de diez si fuere inmueble ó raiz, y el dueño contra quien corre la prescripcion está en la misma provincia; mas si está fuera de ella, se necesitan veinte (7). Tambien se prescribe por posesion inmemorial, la cual se prueba por medio de testigos de buena fama, que depoen haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que lo oyeron á sus mayores, sin que nunca viesen ni oyesen

1 Leyes 29. tit. 29. Part. 3. y 6. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 16. tit. 29. Part. 3.

3 Leyes 6, 7, 8 y 9. tit. 30. Part. 3.

4 Leyes 22. tit. 29. y 5. tit. 30. Part. 3.

5 Ley 10. tit. 30. Part. 3.

6 Leyes 19. tit. 28. y 14 y 17. tit. 30. Part. 3.

7 Leyes 9 y 18. tit. 29. Part. 3.

cosa en contrario. Por esta posesion se adquiere el señorío de ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion, aunque no la suprema que corresponde al Rey, ni los tributos (1).

22. El tiempo referido basta para la prescripcion de la cosa, y por él se adquiere su dominio; mas para ganar la posesion es suficiente un año y un dia; de modo, que si á este tiempo se agrega título y buena fe en faz y paz de quien la demanda, no está obligado el poseedor á responder sobre la posesion (2).

23. Aunque en el language adoptado generalmente se dice que se prescriben las acciones ó el derecho que alguno tiene para demandarnos, conviene advertir que el efecto de esta prescripcion es enteramente opuesto á la idea que parece expresarse; pues lejos de adquirirse ninguna especie de dominio por semejante prescripcion, queda la accion extinguida y sin fuerza alguna, resultando una excepcion al que prescribe.

24. No todas las acciones se prescriben por igual espacio de tiempo. Asi el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años: la accion personal y la sentencia ejecutoriada dada sobre ella por veinte años. Si acompañare hipoteca á la obligacion, ó esta fuese mixta de personal y real, se necesitan treinta años para prescribir la deuda. Esta es la disposicion terminante de la ley 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec., la cual ni otra alguna de este código hablan de la prescripcion de la accion meramente real, y por tanto debemos atenernos á la ley 21. tit. 29. de la Part. 3., en la cual se prefijó el término de treinta años para prescribir la accion real.

25. Prescribense en tres años las acciones siguientes. 1.<sup>a</sup> La que corresponde á cualquiera que haya servido á otro para cobrar su estipendio ó salario. 2.<sup>a</sup> La que compete á los boticarios, confiteros, joyeros y otros tales por el importe de sus géneros y hechuras. 3.<sup>a</sup> La que tienen los letrados, procuradores y agentes para pedir sus salarios (3). El modo de contarse estos tres años se entiende, de los sirvientes, desde el dia en que fueron despedidos, y de los demas, de aquel en que percibieron los servicios ó efectos, advirtiéndose que para impedir esta prescripcion basta cualquiera peticion de la deuda, aunque sea extrajudicial (4) (\*).

1 Leyes 4, 6 y 9. tit. 29. Part. 3. y 1. tit. 7. lib. 5. Rec.

2 Ley 6. tit. 8. Part. 3.

3 Leyes 9 y 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

\* Se ha hablado aquí ligeramente de la prescripcion en materia de acciones, reservando para cuando se trate de estas, de las excepciones y de los juicios, la correspondiente doctrina que se explicará con la debida extension.

26. Las cosas que no pueden ser prescriptas por incapacidad legal de serlo, son primeramente las que se llaman de derecho divino; esto es, las sagradas, religiosas ó santas, y el hombre libre (1). Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de los pueblos que estan destinados al uso comun de sus vecinos (2). Las cosas forzadas ó robadas (3): las de los menores de veinte y cinco años: las de los hijos que estan bajo la patria potestad: y las dotales (4); á menos que á pesar de ser el marido pródigo callase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote.

27. No corre la prescripcion contra los hijos de familia, mientras estan bajo del dominio paterno, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la dé. Ni contra la muger casada para recuperar su dote y arras, excepto que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho; pero si por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el juez apremie á su marido á que la dé licencia (5). Ni contra los menores de veinte y cinco años, mientras lo son, á menos que sean sucesores de alguno mayor, contra el cual haya empezado á correr, bien que pueden ser restituidos, pidiendo restitucion dentro de los cuatro años siguientes al dia en que acabó la menor edad. Lo propio milita para con el Rey ó concejos y comunidades, pretendiéndola dentro de los cuatro siguientes á su cumplimiento (6); y para con el ocupado en servicio del Rey ó concejo, ó en escuelas, cautiverio, ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los cuatro años despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los cuatro siguientes al dia en que supo haber fallecido (7) (\*).

1 Ley 6. tit. 29. Part. 3.

2 Ley 7. ibid.

3 Ley 4. ibid.

4 Ley 8. tit. 29. Part. 3.

5 Ley 8. glos. 5. tit. 29. Part. 3. Covarr. lib. 1. Var. cap. 8. num. 8. Paz, tom.

1. part. 1. temp. 2. num. 32.

6 Ley 9. tit. 19. Part. 6. Covarr. in re-

gul. possessor. part. 3. §. 3. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. num. 3 y 7.

7 Ley 7. tit. 29. Part. 3. y ley 10. tit. 19. Part. 6.

\* Véase lo que se dijo acerca de la restitucion in integr. en el cap. 1. tit. 1. del lib. 1. desde el §. 6 al 12 inclusive.

## CAPITULO QUINTO.

## De las servidumbres.

- |                                                                                                        |                                                                                                                   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Division de las servidumbres en reales y personales, y definición de cada una de estas especies. | 10. Del derecho de habitacion.                                                                                    |
| 2. Subdivision en rústicas y urbanas.                                                                  | 11. ¿Quien puede imponerse servidumbre?                                                                           |
| 3. De las urbanas.                                                                                     | 12. La servidumbre es una calidad inherente á la cosa en que está constituida, y es indivisible de su naturaleza. |
| 4. De las rústicas.                                                                                    | 13. ¿En que cosas no puede constituirse servidumbre?                                                              |
| 5. Especies de servidumbre personal.                                                                   | 14. ¿De cuantos modos pueden constituirse las servidumbres?                                                       |
| 6. Del usufructo.                                                                                      | 15. De los modos de acabarse ó extinguirse las mismas.                                                            |
| 7. En que cosas puede constituirse.                                                                    | 16 y 17. Continuacion de lo mismo.                                                                                |
| 8. Diferencias entre el usufructo y el uso.                                                            |                                                                                                                   |
| 9. Obligaciones peculiares del usufructuario.                                                          |                                                                                                                   |

1. **A**demas del dominio suele tener el hombre ciertos derechos parecidos á aquel en las cosas ajenas: de esta clase son las *servidumbres*, ya reales ya personales. Servidumbre real es el derecho y uso que tiene el hombre en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas (1). Servidumbre personal es el derecho ó uso que uno tiene en la cosa ajena para utilidad de su persona, y no precisamente á favor de la finca ó heredad (2).

2. Las servidumbres reales se subdividen en urbanas y rústicas. Urbana es la que se debe ó está constituida en utilidad de los edificios que sirven para habitacion (3). Rústica la que se debe á las fincas destinadas á la agricultura (4).

3. Las servidumbres urbanas pueden ser de muchas clases, segun los diversos gravámenes que el propietario quiera sufrir en sus edificios; pero las mas conocidas y frecuentes son las que siguen. El sufrir una casa la carga ó el peso de otra, como pilar ó columna que sostenga alguna viga de la casa ajena, el

1 Ley 1. tit. 31. Part. 3.  
2 La misma ley.

3 Ley 2 del mismo tit.  
4 Ley 3, allí.

horadar la pared, abrir ventana para que entre la luz, recibir una casa el agua del tejado de la otra que vaya por canal ó caño, el no poder levantar mas su casa para que no quite la vista ó la luz á la ajena, y finalmente el poder entrar por la casa ó el corral ajeno para entrar en la propia ó salir de ella (1).

4. Tambien pueden ser tantas las especies de servidumbres rústicas, cuantas sean las clases de utilidad que pueda prestar una finca á otra; pero las mas comunes son las siguientes. 1.<sup>a</sup> El derecho de *senda*, esto es, quien tiene á su favor esta servidumbre puede pasar por la heredad ajena para ir á la suya ó salir de ella, solo ó acompañado, siempre que vaya uno tras de otro; pero no podrá entrar carretas ni llevar bestia cargada á mano. 2.<sup>a</sup> El derecho de *carrera*, segun el cual puede uno llevar por la heredad ajena carretas ó bestias cargadas, en lo que se distingue de la anterior servidumbre. 3.<sup>a</sup> El *derecho de via*. Quien tiene á su favor esta servidumbre podrá hacer todo lo expresado, y ademas llevar madera ó piedras arrastrando, y todo lo que hubiere menester en beneficio de su hacienda. La *via* debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho pies de ancho y diez y seis si hubiere vuelta (2). 4.<sup>a</sup> El derecho de conducir agua por heredad ajena, en cuyo caso debe el que tiene este derecho mantener á su costa la acequia, cauce, arcaduces ó caños, y evitar todo perjuicio á la heredad por donde pasaren (3). 5.<sup>a</sup> El derecho de beber en fuente ó pozo ajeno para si, sus labradores y bestias de labor ó ganados; y el que goza de este derecho le tiene tambien para entrar y salir de la heredad donde está el agua siempre que lo hubiere menester (4). 6.<sup>a</sup> El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa ajena (5). 7.<sup>a</sup> El derecho de sacar cal, arena, piedras ú otro material que se encuentre en heredad ajena, para labrar en la propia (6).

5. Las especies de servidumbre personal son el *usufructo*, el *uso* y la *habitacion*. *Usufructo* es el derecho de usar y gozar de todos los frutos de la cosa ajena sin deteriorarla. *Uso* es el derecho de usar y gozar con limitacion de los frutos de la cosa ajena sin deteriorarla. *Habitacion* es el derecho de habitar en casa ajena con la compañía que uno tuviere, y de alquilarla.

6. Dividese el usufructo en *natural*, *industrial*, *legal* y *convencional*. *Natural* se llama aquel cuyos frutos produce la na-

1 Ley 2. tit. 31. Part. 3.  
2 Ley 3. tit. 31. Part. 3.  
3 Ley 4. tit. 31. Part. 3.

4 Ley 6 del mismo tit.  
5 Dicha ley 6.  
6 Ley 7 del mismo tit.

turalidad, aun cuando el hombre no ponga su industria, como el de muchas plantas. *Industrial* el que no se conseguiria sin la industria del hombre; v. gr. el de las tierras, que si no se siembran no producen. *Legal* el que la ley concede, como el que tiene el padre en los bienes adventicios de sus hijos. Y *convencional* el que proviene de la concesion del hombre por contrato ó última voluntad (1).

7. El usufructo puede constituirse en bienes raices, en muebles que no se consumen, pero se deterioran ó envejecen con el uso, v. gr. tratos de casa, ropas, alhajas de plata, oro &c., ó en las cosas que se consumen con dicho uso, como aceite, vino, trigo y demas semillas; pues aunque en ellos no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropriadamente usufructo este uso, como tambien en los semovientes; v. gr. ciervos, bueyes, vacas, ovejas y otros ganados.

8. Diferéncianse el usufructo y el uso: lo primero, en que el que tiene el usufructo gana y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal y no transitivo; pero el que no tiene sino el uso de una cosa, puede aprovecharse solamente de lo que necesite para su gasto y el de su casa; mas no para vender ni dar á otro el sobrante, ni enagenar ni empeñar la cosa en que tiene concedido el uso. Lo segundo, en que el que tiene el usufructo, debe hacer á expensas de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las alhajas y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las pensiones anuales; pero el que tiene solamente el uso, á nada está obligado, á menos que la cosa sea tan pequeña que él solo la disfrute enteramente y se aproveche de todo su producto, pues en este caso á todo lo estará.

9. Aunque tanto el usufructuario como el usuario no deben deteriorar la cosa en que está constituido el usufructo ó el uso (2); sin embargo, el usufructuario está ademas obligado á mantenerla y cuidarla bien, de manera que si fuere casa ha de repararla, y si heredad, y labrarla cultivarla bien. Si el usufruc-

1 El usufructo segun queda explicado es el que los jurisconsultos llaman *formal*, para distinguirlo del *causal*, denominado asi al que disfruta el dueño en

su propiedad; pero este realmente no es usufructo, pues para serlo ha de considerarse separado de aquella.

2 Ley 22. tit. 31. Part. 3.

to consistiere en ovejas y algunas se murieren, debe suplir estas faltas con otras tantas crias. Ademas, debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos (1) (\*).

10. El derecho de habitacion que es la última de las servidumbres personales, no debe confundirse con el *uso* de una casa. Por el primero puede aquel á cuyo favor está constituido habitar la casa y alquilarla á quien le parezca, con tal que sea persona que haga buena vecindad (2); pero por el mero uso no puede habitarla mas que el usuario, su familia y algun huésped, mas no alquilarla á otro (3).

11. Ninguno puede imponer servidumbre en una heredad ó edificio sino el dueño (4), reputándose tambien por tal el enfiteuta que solo tiene el dominio util (5), y si la heredad fuere de muchos, todos han de otorgarla cuando la piden. Si unos la otorgaren y otros no, aquellos no pueden resistir el uso de ella; pero estos pueden contradecirla, asi por su parte como por la de los otros; y si luego consintiesen en ella, valdrá como si desde el principio la hubiesen otorgado todos (6): debiendo decirse lo mismo en cuanto al predio dominante.

12. La servidumbre es una calidad tan inherente á la cosa en que está constituida, ya se considere pasivamente como carga, ya activamente como derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, antes bien pasa al nuevo poseedor (7). De aqui es que el dueño de una servidumbre no puede enagenarla separadamente sin la cosa á que está afecta, pues aquella es de tal naturaleza que no puede apartarse de esta á menos que lo consienta el dueño del predio sirviente. Sin embargo aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, puede conceder á otro el agua que ya tuviere en su campo para que aquel riegue el suyo (8), pues en tal caso no concede la servidumbre que consiste en el derecho de conducir el agua por la heredad ajena, sino el agua ya conducida, en lo que no se grava ni perjudica al dueño del predio sirviente. Tambien son individuales las servidumbres, esto es, no pueden dividirse, y por consiguiente si fueren muchos los here-

1 Dicha ley.

2 Tratándose en este capítulo de las servidumbres en general, no se ha tenido por conveniente insertar en él toda la doctrina de Febrero relativa al usufructo, que se hallará en el tratado de testamentos y en capítulo separado con este título: *del usufructo en las herencias y legados*.

3 Ley 27. tit. 31. Part. 3.

4 Ley 21. del mismo tit.

5 Leyes 9 y 13 del propio tit.

6 Ley 11, allí.

7 Ley 10 del mismo tit.

8 Leyes 8 y 12. tit. 31. Part. 3.

9 Dicha ley 12.

deros, ya del predio dominante, ya del sirviente, se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos (1).

13. Las servidumbres no pueden constituirse en las cosas sagradas ó religiosas, ni en las destinadas al uso comun de los pueblos, como mercados, plazas, ejidos y otras semejantes (2).

14. De tres modos pueden constituirse las servidumbres (3), á saber: 1.º por contrato ó concesion entre vivos; 2.º por testamento ó última voluntad; 3.º por prescripcion, usando de ellas el tiempo determinado por la ley, que es diferente segun la clase de servidumbre, pues hay unas que se llaman *continuas* y otras *discontinuas*. Continuas son aquellas de que usamos cada dia, y discontinuas las que no usamos diariamente, sino de tiempo en tiempo. Las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las segundas por tiempo inmemorial (4); á menos que el que prescribe tenga justo título dimanado de algun tercero, pues entonces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años (5). El tiempo para prescribir se empieza á contar desde que comienza el uso de la servidumbre si esta fuere afirmativa, v. gr. el derecho de poner viga en la pared agena; y desde que el prescribente prohíbe al otro usar de la libertad, en las servidumbres negativas, por ejemplo, la de prohibir al vecino que levante mas su casa. El uso de la servidumbre en el que trata de prescribir, ha de ser continuo, con buena fe, sin fuerza ni ruego y con ciencia del dueño del predio sirviente, la cual sirve de justo título y de tradicion; bien que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastaría su buena fe con el lapso ó trascurso del tiempo legal, sin necesidad de la ciencia del dueño (6).

15. Piérdense ó se extinguen las servidumbres de varios modos, á saber: 1.º por la confusion de los dominios, esto es, por hacerse de un mismo dueño la cosa que sirve y aquella á que sirve; y aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se renueva la servidumbre por este mero hecho (7); 2.º por la remision ó condonacion que hace el dueño del campo á quien debe la servidumbre (8), bastando que esta remision sea tácita como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la deb-

1 Leyes 9 y 18 del mismo tit. 31.  
2 Ley 13 del mismo tit.  
3 Ley 14 del propio tit.  
4 Ley 15. tit. 31. Part. 3. Greg. Lop. en la glos. 3.  
5 Gregor. Lop. en la glosa 12 de la misma ley. Ant. Gom. ley 2. cap. 15. num. 27.

*Variar. vers. Advertendum.*  
6 Gregor. Lop. en la glosa 3 de la ley 15. tit. 31. Part. 3. Anton. Gom. dicho cap. 15. num. 27. vers. *Servitus.*  
7 Ley 17. tit. 31 citada.  
8 La misma ley 17.

hacer algo que impida su uso (4); 3.º por impedirse el uso de la servidumbre urbana á vista del que la tiene en diez años, y en veinte si estuviere ausente (2); pero si fuere rústica se perderá por el no uso inmemorial siendo continua, y por el no uso en el espacio de veinte años si fuese discontinua (3). Adviértase que si la servidumbre se debiese á un predio comun ó de varios dueños, usando de ella uno de ellos la conserva tambien para el otro ú otros que no la usaron, y en el caso que partiesen entre sí el predio, solo perderá el derecho á la servidumbre aquel que no usase de ella despues de la division (4).

16. El usufructo ademas de extinguirse tambien como las servidumbres reales por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el usufructo el dominio de la cosa ó al reves; por la remision; y por no usarse en el espacio de diez años entre presentes y veinte entre ausentes; se acaba ademas por las siguientes causas. Por muerte ó destierro perpetuo del usufructuario (5). Por enagenar este su derecho de usufructo á un tercero, en cuyo caso se pierde y pasa al propietario; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de frutos, pero no el mismo derecho que él tiene, porque es personal é intransmisible (6). Por destruirse la cosa que se usufructuaba á causa de algun accidente ó caso fortuito, por ejemplo, si fuere una casa y se quemase (7), siendo de advertir que el usufructuario no podrá reedificarla sin licencia del dueño. Ultimamente por cumplirse el plazo por el cual fue adquirido ó concedido. El usufructo legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo se acaba por el casamiento de este.

17. El uso se extingue por los propios modos respectivamente (8), y en cuanto á la habitacion dice la ley 27. tit. 31. Part. 3. lo siguiente: *É non puede ome perder el derecho que ha ganado en la morada (este es el derecho de habitacion) fueras ende tan solamente por su muerte ó quitándola sin premia en su vida.*

Ademas de los modos referidos con que logramos la adquisicion de las cosas singulares ó particulares, hay uno que es universal, pues con él se adquiere por un solo acto la universalidad ó conjunto de diferentes bienes, cual es la herencia de que se va á tratar en el título siguiente.

1 Ley 19 del mismo tit. 31.  
2 Ley 16, allí. Esto se entiende si el que debia la servidumbre impidiese el uso de ella con buena fe, pues á no ser asi, no se perderia por tal impedimento, aunque fuese de diez á veinte años.  
3 Dicha ley 16.

4 Ley 18 del mismo tit.  
5 Ley 24 de dicho tit. 31.  
6 Dicha ley 24. y 43. tit. 8. Part. 5.  
7 §. 1. Instit. de usu et habit. Ley 25. tit. 31. Part. 3.  
8 Ley 24 del mismo tit. 31.

## TITULO II.

De las sucesiones hereditarias.

## CAPITULO PRIMERO.

Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.

- |                                                                                         |                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. ¿Que es testamento?                                                                  | 14. Circunstancias que se requieren para la validez del testamento otorgado ante escribano.                                                                     |
| 2. Facultad de otorgarle, y su importancia.                                             | 15. En los testamentos simultáneos de marido y muger no son menester mayor número de testigos que para el de uno solo.                                          |
| 3. Es de dos maneras, solemne y privilegiado.                                           | 16. Requisitos necesarios para el testamento del ciego.                                                                                                         |
| 4. El solemne puede ser nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado.                     | 17. ¿Cuales necesita el testamento privilegiado?                                                                                                                |
| 5. El abierto puede otorgarse ante escribano, ó sin el, y en qué forma.                 | 18. ¿Que debe hacerse para elevar un testamento á instrumento público.                                                                                          |
| 6. Calidades requeridas en los testigos.                                                | 19. El que no tiene prohibicion de testar puede hacer cuantos testamentos quiera.                                                                               |
| 7. ¿Como ha de entenderse la vecindad?                                                  | 20. Tienen esta prohibicion los impúberos, mas no por eso se dirá que mueren intestados.                                                                        |
| 8. ¿Cuando se dirá vecino el extranjero?                                                | 21. La tienen el loco y el desmemoriado.                                                                                                                        |
| 9. Los legatarios pueden ser testigos del testamento en que se les dejan legados.       | 22. El pródigo, el sordo y mudo por naturaleza.                                                                                                                 |
| 10. El escribano debe ser de los del número del pueblo en que se otorgue el testamento. | 23. El condenado á muerte ó deportacion, en lo que prohiba la sentencia, los dados en rehenes; los condenados por autores de libelos, y los hereges declarados. |
| 11. ¿Que es testamento escrito ó cerrado, y cuántos testigos ha de haber en él?         |                                                                                                                                                                 |
| 12. ¿Que deberá hacerse cuando el testador no sabe ó no puede firmar?                   |                                                                                                                                                                 |
| 13. Cuando ninguno de los testigos sabe firmar es nulo este testamento.                 |                                                                                                                                                                 |

- |                                                                                                            |                                                                                                                                  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 24. Los hereges tolerados no estan inhibidos de testar.                                                    | 32. Los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad no pueden testar sin licencia de sus padres, sino con limitacion. |
| 25. Lo estan los siervos y los usureros públicos.                                                          | 33. La licencia del Rey habilita á los que no pueden testar, y la presencia del mismo excusa de otros testigos.                  |
| 26. Los canónigos reglares, los religiosos profesos y caballeros de San Juan que no han obtenido licencia. | 34. Para que el testamento solemne produzca sus efectos son precisas cuatro cosas.                                               |
| 27. Los excomulgados vitandos.                                                                             | 35. Otros requisitos que debe tener, aun cuando su falta no lo invalide.                                                         |
| 28. Los clérigos pueden testar de todos sus bienes.                                                        | 36. De otras varias cosas que puede contener un testamento.                                                                      |
| 29. No pueden hacerlo los obispos de los emolumentos de su obispado.                                       | 37. Causas porque un testamento puede declararse nulo.                                                                           |
| 30. Los peregrinos pueden hacer testamento.                                                                |                                                                                                                                  |
| 31. Tambien los extranjeros con arreglo á los convenios vigentes.                                          |                                                                                                                                  |

1. **T**estamento es » un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en él su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte (1).»

2. La facultad de hacer testamento se reputa por derecho público (\*), siendo propio del civil el establecer las solemnidades de que debe estar adornado. La importancia de hacer cada uno justa, clara y valedera distribucion de sus bienes impone al hombre la obligacion de saber las formalidades que pide el derecho para un acto tan trascendental, y la de otorgarle en perfecta salud, implorando para su acierto los auxilios del cielo y el consejo de personas doctas y timoratas, pues las consecuencias de una disposicion ilegal ó poco meditada son de todo punto irreparables.

3. El testamento es de dos maneras, *solemne y privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescriptas por el derecho para su firmeza, y cuya observan-

1 Ley 4. tit. 1. Part. 6

\* Es de derecho público y no privado, ya porque nadie puede estar sino se lo permite la ley, ya porque el testamento ha de otorgarse siempre con las solemnida-

des que previenen las leyes, y no segun el arbitrio y capricho de los testadores, aun cuando no pueda dudarse de su voluntad. Febrero reformado.

cia obliga á la generalidad de los hombres. El privilegiado es el que por especial privilegio se considera válido, aun cuando carezca de aquellos requisitos, como el que los militares otorgan en campaña.

4. El solemne puede otorgarse de dos modos, por lo cual se divide en *nuncupativo ó abierto*, y en *escrito ó cerrado*. Nuncupativo es aquel en que el testador publica su voluntad, ya sea de viva voz, ya por medio de un escrito que él mismo lee, ó bien hace leer al escribano si asistiere al acto, ó á cualquiera de los testigos, en términos que la oigan cuantos previene la ley que esten presentes.

5. Este testamento puede otorgarse ante escribano público, ó sin él. Si se otorgase ante escribano deben estar presentes á lo menos tres testigos vecinos del lugar donde el testamento se hiciera. Si no se quisiere hacer con intervencion de escribano, deberán asistir al acto por lo menos cinco vecinos del lugar. Si no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos del lugar, ni tampoco escribano, bastará la asistencia de tres vecinos del tal lugar. Pero si no fueren vecinos, son necesarios siete testigos, cuyo número suple el defecto de vecindad y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que el derecho requiere (1).

6. Estas calidades que han de concurrir en los testigos, y sin las cuales no es válido ningun testamento abierto ni cerrado ni tampoco ninguna otra disposicion testamentaria, sea la que fuere, no las expresa el derecho, el cual determina únicamente las tachas ó defectos que los inhabilitan. Por tanto podrán ser testigos todos los que estuvieren libres de cualquiera de ellas. La ley prohibe que puedan serlo los que han sido condenados por cancionas injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores al Rey, ú otros delitos semejantes: los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la iglesia: los menores de catorce años: las mugeres: los locos durante su locura: los prodigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos: los sordos y los ciegos: los hermafroditas, en quienes no predomine el sexo varonil: y por último los siervos; pero si alguno reputado por libre interviniere como testigo en un testamento, y luego se verifica que es esclavo, no por esto se habrá de anular (2). Ademas de estas tachas que son generales para todos los casos, hay otras

1 Ley 1. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.

2 Leyes 17. tit. 16. Part. 3. y 9 y 10. tit. 1. Part. 6.

que solo inducen inhabilidad respectiva. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes. Tampoco pueden serlo el heredero ni sus parientes dentro del cuarto grado de afinidad y consanguinidad (1). Disputan los jurisconsultos, si debe preceder como requisito indispensable la rogacion hecha por el testador, ú otro en su nombre, á los testigos, y como ha de ser esta; pero lo cierto es que la ley de Partida que previene la rogacion, debe entenderse únicamente en cuanto á que aquellos hayan de ser llamados y requeridos á fin de que sepan el acto que van á presenciar.

7. Por vecino se entiende el natural de estos reinos que tuviere casa en el pueblo propia ó alquilada y la habita con su familia; que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sea de diez años, ni posea bienes raices, con tal que sufra las cargas de los demas que lo son. Asi estan reputados por vecinos en la Corte, que es donde en este punto se suscitan dudas mas frecuentes, todos los que ejercen en ella cualquier oficio ó destino estable ocupando alguna habitacion en su cabeza, aunque no tuvieren familia. Pero el que está en posada ó es pretendiente de aquellos, que no tiene ánimo de permanecer en ella mas tiempo que el que durare su pretension, no se reputará por vecino, aun cuando estuviere con su familia, y ocupe habitacion en su nombre. Tampoco son vecinos los hijos que viven bajo la patria potestad, ni los criados y demas dependientes que moran en la casa de sus amos (2); pero no es lo mismo cuando viven fuera de ella, ocupando habitacion en su nombre, pues en tal caso se tienen por verdaderos vecinos.

8. Tambien es vecino el extrangero que habiendo obtenido privilegio de naturaleza en estos reinos, ó convirtiendose á nuestra santa fe, establece su domicilio en ellos; ó bien obtiene vecindad por peticion propia en algun pueblo fijando en él su residencia, ó se arraiga adquiriendo en él bienes raices, ó viene á ejercer de asiento algun oficio mecánico ó de industria, ó en el concejo obtiene oficios públicos ó cargos que solo pueden tener los naturales, ó goza de los pastos y demas provechos propios de los vecinos, ó habita casa por espacio de diez años, abierta y en su nombre. En fin cualquiera que segun el derecho y Reales ordenes haya adquirido naturaleza, si en él concurren

1 Leyes 9 y 11. tit. 1. Part. 6.

2 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Nov. Rec.

las demas circunstancias que constituyen vecindad en los mismos naturales (1). La vecindad de los testigos debe probarla el interesado en la validez del testamento, si alguno se la negare (2).

9. Los legatarios pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan legados (3), y tambien los fideicomisarios y ejecutores testamentarios siempre que se haga escritura pública: si no se hace y fuesen llamados como testigos para probar el testamento, podrán igualmente presentarse como tales, con tal de que entre ellos nada se trate de la herencia (4). Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos no podrán ser testigos en el testamento en que se les nombre, por razon de que el heredero está imposibilitado de serlo. Los clérigos *in sacris* y los religiosos profesos pueden tambien ser testigos, porque no hay ley ninguna que se lo prohiba; mas en todo caso será conveniente excusar, siempre que se pueda, valerse de ellos para evitar controversias y cavilaciones voluntarias.

10. Cuando en el testamento interviene escribano deberá ser de los del número del pueblo en que se otorgue, pena de nulidad (á excepcion de la Corte y chancillerías), pues así lo previenen las leyes 3 y 7. tit. 15 y 23. lib. 7 y 10. Nov. Rec. prohibiéndolo á los escribanos Reales; pero puede haber caso en que por resultar graves inconvenientes de la asistencia de un escribano del número se declare válido el testamento autorizado por un escribano Real; aunque siempre es mas seguro salvar dichos inconvenientes por medio de mayor número de testigos hasta el completo que la ley requiere. No pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos, serán suficientes cinco y ademas el escribano idóneo, porque este se reputa por dos, con lo cual se verifica el número de los siete, y así se practica.

11. Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el testador presenta un papel bien cerrado con lacre, oblea ó cosa equivalente, declarando que en él se contiene su última voluntad. Esta declaracion ha de hacerse indispensablemente ante un escribano y siete testigos de las calidades referidas, bajo pena de nulidad; pero no pide la ley vecindad en ellos (5). Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otro en su nombre en caso que aquel no sepa ó no quiera escribirle, ni tam-

1 Ley 3. tit. 11. lib. 6. Nov. Rec.

2 Matienz. á la ley 1. glos. 5. num. 13. tit. 4 lib. 5. Rec.

3 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 8. num. 9 al 11.

4 Florez de Men. *Var.* lib. 1. quæst. 1. num. 25.

5 Ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Mat. en ella, glos. 2 y 3.

poco el que esté en papel blanco ó sellado: lo indispensable es que lo entregue al escribano para que extienda el otorgamiento en su cubierta, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, diciendo á estos: *Este es mi testamento; ruégoos que escribais en él vuestros nombres.* Prescribe esta solemnidad la ley 2. tit. 1. Part. 6., la cual manda ademas que lo sellen con sus sellos, lo cual no está en observancia. El que los testigos hayan de ser siete, todos los cuales firmen juntos con el testador y el escribano, lo dispone la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., que es la que puntualmente se observa.

12. Si el testador no supiere escribir, firmará por él un testigo, y lo mismo se hará si sabiendo no pudiese verificarlo; pero valdrá su firma si alguno le ayudare y guiare la mano en presencia de todos los demas (1). Tambien es válido el otorgamiento cuando alguno ó mas testigos hasta el número de seis no saben escribir, con tal que uno sepa y firme por los otros: lo cual se practicará en esta forma: *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez. = Fui testigo: Pedro Rodriguez = Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez. = Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez &c.* El escribano ha de expresar en el otorgamiento que este testigo firmará por el testador, por sí y por los testigos restantes con motivo de no saber o no poder, y luego lo suscribirá, signará y firmará segun manda la ley, de modo que sean ocho las firmas, y ademas la suya y su signo. Autorizado el otorgamiento lo entregará al testador para que lo guarde ó dé á guardar á la persona que quisiere; mas no debe custodiarse por el escribano en calidad de tal hasta que abierto y publicado adquiera la de instrumento público, de que hasta entonces carece.

13. Cuando entre los testigos no se hallare siquiera uno que sepa firmar es nulo el testamento cerrado ó *in scriptis*, pues no basta que el escribano firme por sí y por los testigos, y mucho mas si no supiere ó no pudiese el testador, y tambien firmare el escribano en nombre de este, porque ninguna ley le autoriza para tales casos (2). Y aunque es verdad que si lo hiciere no incurrirá en pena alguna por no haberla impuesto el derecho, son las referidas firmas un requisito tan esencial que el testamento en que no las hubiere será nulo, y aquel reputado por ignorante (3).

1 Greg. Lop. ley 1. tit. 1. Part. 6. glos.

11. Mat. ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec.

2 Ley 2. tit. 1. Part. 6. Ley 103. tit. 18.

T. I.

Part. 3.

3 Gom. ley 3 de Toro, uum. 31.

14. Tres circunstancias deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano, y en la publicación de un testamento ó última voluntad, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos vean y oigan hablar al testador, por lo cual el ciego y el sordo no pueden serlo, como queda dicho, sin que de este requisito puedan dispensar la peste ni otros riesgos. La segunda, que entiendan perfectamente todo el contenido de su disposición, si el testamento es abierto; y la fórmula del otorgamiento, si fuere cerrado. Y la tercera que mientras se lee, otorga y publica, estén todos presentes sin faltar uno, pues son tan necesarias estas circunstancias, que no es suficiente que algunos oigan parte de lo leído, y otros lo restante, ni que el testador manifieste á cada uno de ellos con separación su voluntad en diferentes días ú horas. Todos juntos la han de oír íntegramente de su boca; de lo contrario serán testigos singulares y no contestes, por lo cual no harán prueba ni habrá testamento (1); y esta es la razón porque el escribano debe cuidar de no omitir la menor formalidad, pues la falta de cualquiera de ellas anularia el acto (2). Es también indispensable que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en negocio diferente, pena de invalidar el primero, á menos de obtener privilegio especial para hacerlo así (3). Tampoco deben separarse los testigos por ser un acto solo é indivisible, que no admite semejantes intermisiones (4). Finalmente tanta importancia tienen las solemnidades del testamento, que bien observadas no puede ser rescindido, aunque para ello intervenga rescripto del Príncipe; y si el testador quiere después mudar en él la menor cosa, debe guardarlas todas otra vez como si de nuevo testase (5).

15. Para todos los testamentos abiertos ó cerrados de marido y mujer ó de otras personas que testen junta ó separadamente (ya sean los herederos legítimos ó extraños), deben intervenir en su formación las respectivas solemnidades y número de testigos que corresponde, sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite número mayor (6).

16. El ciego no puede hacer testamento cerrado (7), sino precisamente nuncupativo ó abierto, y en él eran necesarios por la

1 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en la misma glos. 4. Gom. 3. de Toro.

2 Gom. 3. de Toro, num. 32.

3 Ley 3. tit. 1. Part. 6.

4 Cast. 3 de Toro, verb. *Intervenga*.

5 Mat. en la 2. citada, glos. 2. hasta la

7 y en la 3 de Toro, Gom. y Burg. de Paz

6 Burg. de Paz en dicha ley 3. de Toro, num. 1230. Cast. ibi, verb. *Siete testigos*

7 Ley 14. tit. 1. Part. 6.

ley 14. tit. 1. Part. 6. siete testigos y escribano público; pero esta ley se halla moderada por la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., la cual previene que haya cinco testigos por lo menos; mas no hay precisión de que sean vecinos del lugar, con tal que el testamento se otorgue ante escribano, pues como este es reputado por dos, resultan siete, cuyo número releva en todo testamento de la circunstancia de vecindad. Pero no será válido, si por no haber mas vecinos del lugar se otorgase en presencia de tres testigos que tuvieren dicha calidad, aunque intervenga escribano, y en esto se diferencia este testamento del nuncupativo comun. Debe firmarle á ruego del ciego uno de los testigos, como en toda clase de instrumentos previene la ley (1), pero no es preciso que le firmen los demas testigos, pues este requisito solo es esencial en el testamento cerrado, y no en el abierto, porque no se observa en esta parte la ley 14. tit. 1. Part. 6., que mandaba que el escribano y testigos lo sellasen y firmasen. La práctica es que firme un testigo por el ciego, y el escribano por sí, nombrándose los demas al fin, del mismo modo que en el testamento general (2). Pero dicha ley no está derogada en la parte que previene, que á falta de escribano debe haber en el testamento del ciego ocho testigos y uno que lo escriba por el otorgante.

17. El testamento privilegiado es, como se ha dicho, el que por especial privilegio pueden otorgar los militares sin sujetarse á las formalidades y requisitos que exige el solemne. Nuestra legislación ha sido varia en orden á las personas que gozan de esta concesion, casos en que les compete y circunstancias requeridas para su validez. Pero hoy está en uso la Real cédula de 24 de octubre de 1778 (3), en que se manda que todos los individuos del fuero de guerra puedan otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su puño ó *de otro cualquier modo en que conste su voluntad*, ó bien hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, usando á su arbitrio en la parte dispositivo de las facultades que les da la ley militar, ú observando las leyes civiles. Sobre este punto hay que prevenir dos cosas: 1.<sup>a</sup> que si otorgan su testamento ante escribano en calidad de tal, deben concurrir á él los testigos que la ley previene, por cuanto en tal caso no usan del privilegio concedido al fuero de guerra; 2.<sup>a</sup> que por amplias que sean las facultades que les da este para otorgar del modo que quisieren su testamento,

1 Mat. ley 2. tit. 1. Part. 6. glos. 8. y final. num. 3. y final.

2 Mat. en dicha ley 2. glos. 8. num. 3.

3 Ley 8. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

no deben ni pueden excusar aquellos requisitos que la razon y la ley natural tienen por necesarios para que conste con alguna seguridad la verdadera voluntad del otorgante. Esto no se conseguirá si, testando el militar de viva voz, no hubiere dos testigos con que acreditarlo, testimonio tenido en todas las naciones por prueba plena, el mismo que pide la ley de Partida (1) y el que implícitamente requiere la citada Real cédula en las palabras *de cualquier modo que conste su voluntad*, porque por un solo testigo nada consta. Otro tanto sucederá si escribe su última disposición en la arena ó en el escudo con su sangre. Cuando no habrá necesidad de los dos testigos será en el caso que hiciere testamento en papel firmado de su mano; pero no se dispensará de la prueba extrínseca de que aquella es su firma, la cual habrá de quedar al juicio y prudencia del juez, quien pesará las circunstancias del testador, heredero y demas que contribuyan á aclarar y rectificar el punto; pues la informacion de peritos no constituye prueba en razon de que solo pueden deponer de la semejanza y no de la identidad de la firma.

18. Para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público deben comparecer los testigos á presencia del juez, y deponer acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si se trata del cerrado solo testificarán de su otorgamiento, pues ignoran sus disposiciones. El privilegiado no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

19. Cualquiera persona de ambos sexos, que no esté comprendida en las excepciones de la ley positiva ni imposibilitada por la natural, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte (2), y no menos dar poder y comision á otra ú otras personas á fin de que en su nombre ordenen su testamento, ó concluyan el que hubiere empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en dia determinado.

20. Estan privados de testar los impúberos; es decir, los varones que no han cumplido catorce años de edad, y las hembras que no han cumplido doce (3). Pero si murieren antes, no se dirá por eso que murieron intestados, pues hablando con propiedad solo corresponde esta denominacion á los que fallecen sin hacer testamento pudiendo, ó á los que le hicieron y fue de-

1 Ley 4. tit. 1. Part. 6.

2 Ley 25. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 13. tit. 1. Part. 6.

clarado nulo por alguno de los defectos que invalidan tales actos: los impúberos para este efecto se consideran como si no existiesen.

21. Tampoco pueden testar el loco y el desmemoriado mientras lo fueren; pero es válido el testamento que otorgaron completamente antes de contraer la referida dolencia (1), y tambien el que el loco hiciere en sus lúcidos intervalos. Si alguno tachare de nulidad este testamento, deberá probar que el otorgante estaba á la sazón falto de juicio, por medio del escribano y testigos que se hallaban presentes.

22. El pródigo, contra quien ha recaído prohibicion judicial de manejar sus bienes: el mudo y sordo por naturaleza, á menos de que sepa escribir y en efecto lo escriba, dándolo á leer al escribano, ó alguno de los testigos si no le hubiere (2). Tampoco puede testar el hermafrodita, si en él no prevalece claramente el sexo varonil.

23. Los condenados á muerte ó deportacion solo pueden testar por sí, ó por apoderado, de aquellos bienes que permite la sentencia (3); y lo mismo sucede con el traidor declarado (4). A los que se dan en rehenes (\*), á los condenados por libelos infamatorios, y á los que han sido declarados por hereges, no se les permite testar.

24. Pero respecto de los hereges tolerados y sobre los cuales no haya recaído sentencia judicial declaratoria, no hay prohibicion alguna. Así el escribano y testigos deberán prestarse sin reparo á los testamentos de los hereges tolerados en virtud de convenciones solemnes, como sucede con los ingleses, holandeses y americanos de los Estados Unidos, que tienen asegurado este derecho en los tratados celebrados con España: otro tanto debe decirse, y con mayor razon, respecto de los extranjeros no católicos habilitados para residir y establecerse en España por fines de utilidad pública. Sobre lo cual se expidió una Real orden en 8 de setiembre de 1797.

1 Ley 13. tit. 1. Part. 6.

2 Ibidem.

3 Ley 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 16 al fin. tit. 1. Part. 6.

\* En el dia los rehenes así como los prisioneros conservan todos los derechos de ciudadanos, y por consiguiente la facultad de testar. Lo mismo debe decirse de los cautivos, mayormente cuando la ley 8. tit. 21. Part. 2. prohíbe que ninguno de otra creencia pueda tener siervo cristiano.

Este es el parecer del reformador del Febrero; mas no se sabe en qué lo funda, cuando las leyes que mandan lo contrario no han sido derogadas, y la que él cita no habla del asunto. La razon porque se prohíbe testar á los cautivos es la falta de libertad. Así en constando que obraron libremente, es válida su disposicion, no de otro modo. Esta es la regla que debe seguirse; y la misma que con mucho juicio establece la ley 6. tit. 29. Part. 2.

25. Tampoco pueden testar los siervos, aunque al tiempo de hacerlo gozasen del concepto de libres, si en realidad se averigua despues que no lo eran (1). Igualmente estan imposibilitados de testar los usureros públicos, á menos que restituyan ó den fianza de restituir las usuras, pues de no hacerlo así la ley los declara infames y los priva hasta de sepultura eclesiástica (2).

26. Los canónigos regulares y demas religiosos profesos tampoco pueden testar, ni los ermitaños que viven bajo regla aprobada (3). Lo mismo sucede á los religiosos, bailios, comendadores y capellanes de encomiendas de la orden de San Juan de Jerusalem, ó sean caballeros de Malta, ora esten en sus conventos ó fuera de ellos, á menos que obtengan licencia para ello, en cuyo caso pueden testar del quinto (4) (\*).

27. Los excomulgados vitandos no podrán tampoco testar, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion; pero sí podrán hacerlo los tolerados, por cuanto el concilio Constanciense y la extravagante de Martino V. que empieza: *Ad vitanda scandala...* les concede el privilegio de tratar con los fieles á invitacion de estos, y el de ejercer actos jurisdiccionales. De los primeros hay quien opina que pueden testar por no estar expresamente excluidos por el derecho (5), fundándose en que siendo el testamento un acto puramente civil debemos atenernos á la letra de la misma. Por tanto sienten que si la comunicacion con ellos está prohibida por las leyes eclesiásticas, serán los testigos contraventores de ellas; pero no será nulo el testamento (6).

28. Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, cuasi patrimoniales é industriales*; aunque en los reinos de Castilla testan por costumbre de los que ganan por razon de la iglesia, y como está mandada observar por una ley recopilada (7), disponen de todos sin diferencia alguna. Se extiende esta facultad á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion; segun se declaró en 1786 con audiencia fiscal por la primera Sala del Consejo.

1 Ley 16 al fin. si. 1. Part. 6.

2 Leyes 9. tit. 13. Part. 1. 4. tit. 6. Part. 7; y 4. tit. 22. lib. 12. Nov. Rec. Gom. ley 3 de Toro.

3 Leyes fin. tit. 21. Part. 1; y 17 tit. 1. Part. 6. Sobre esta materia véase á Gom. ley 3. de Toro, num. 12.

4 Pius V. *In motu proprio*, ann. 1568. Greg. XV. dec. 85 y 119.

\* Téngase presente en este asunto la Real cédula de 17 de abril de 1802, por la cual el Rey se declaró gran Maestro de la orden de San Juan por lo relativo á los dominios de España.

5 Gom. ley 34 de Toro, num. 15.

6 Perez in tit. *Qui testamentum facere poss.* num. 14.

7 Ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

29. Los arzobispos y obispos tampoco pueden testar de los bienes adquiridos por renta ó emolumentos de sus obispados, ni enagenarlos por contrato, aun cuando se les permite donarlos en vida á sus parientes, criados y demas (1). Pero pueden testar de los patrimoniales, ó adventicios en la forma que quisieren (2). Para esto deben los promovidos á obispados hacer inventario de sus bienes propios en el juzgado del colector general de espolios, juez privativo de este ramo, pues alguna vez se han contentado con hacerle ante los corregidores, y se ha declarado nulo (\*).

30. Los peregrinos y romeros tienen facultad de testar como quisieren (3); si fallecieren intestados, debe la justicia del lugar en que acaezca su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastando lo preciso en su entierro, y dando cuenta al Rey ó á quien ejerza su autoridad, para que disponga del sobrante entre sus consanguíneos si los tuviere, y á falta de ellos en obras pias, pues nunca han de recaer en el fisco (4).

31. Todo extranjero puede igualmente hacer testamento de sus bienes, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna. Segun los tratados hechos con Francia estan los súbditos de ambas naciones en aptitud de vender, dar, cambiar, enagenar ó disponer de otra manera, así por contrato entre vivos como en última voluntad, de los bienes y efectos muebles é inmuebles existentes en unos y otros dominios. Las mismas estipulaciones han mediado con respecto á los ingleses, holandeses y turcos, estando en algunas de ellas acordado, que los respectivos ministros ó cónsules se encarguen de dar á los bienes de los individuos de su nacion el destino que al morir dejaren mandado en su testamento, y lo mismo en caso de fallecer intestados. De esto se deduce que siendo comprendidos los peregrinos y romeros en los enunciados pactos, se deben entender con ellos todas las franquicias estipuladas en los mismos, y así solo se observarán las leyes arriba citadas con aquellos que pertenezcan á naciones con quienes no hubiere ningun tratado especial (\*\*).

1 Ley fin. tit. 21. Part. 1.

2 Leyes 2 y 3. tit. 21. Part. 1.

\* En el artículo 8 del último concordato se obligó su Santidad á no conceder en adelante á ningun prelado por benemérito que fuese, facultad para testar de los frutos ó espolios de sus iglesias episcopales, aun en favor de causas pias. *Febrero reformado.*

3 Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.

4 Leyes 31. tit. 1. Part. 6. y 5. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.

\*\* Con respecto á los extranjeros pertenecientes á alguna de las naciones, con quienes la nuestra no ha celebrado ningun convenio sobre este particular, se tendrán presentes las juiciosas observaciones del

32. Tampoco pueden testar libremente los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad, aun cuando por su edad estuvieren aptos para ello, pues necesitan licencia de sus padres ó abuelos, á menos que sea para disponer de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses ó cuasi castrenses, segun lo resuelve una ley recopilada (1). Pero si los hijos de familia fallecieren en pais extranjero se procederá en orden á la disposicion testamentaria de sus bienes con arreglo á los pactos celebrados con aquel gobierno; pues si para el efecto de testar se estipula que sean considerados los extranjeros en dicho pais como los mismos naturales, y estos pudieren testar aun cuando sean hijos de familia, igual facultad gozarán los españoles que tengan la misma calidad; mas esto solo se entiende de los bienes que alli posean.

33. Si el que tiene legal prohibicion de testar, pidiere y obtuviere licencia del Rey para hacer testamento, y en su virtud lo otorgare con arreglo á derecho, será válido, aunque la licencia sea posterior al otorgamiento. La razon es porque no considerándose perfecto el testamento sino despues que fallece el testa-

reformador de Febrero, que transcribimos para instruccion del escribano en el caso remoto, que tenga que hacer uso de ellas. Como el extranjero, dice, permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais extraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que estan situados. El extranjero pues tiene por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescriptas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte, porque si un viagero lo hace y envia válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es igual que si lo hubiera otorgado en él. Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raíces han de adoptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que

segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tiene en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el extranjero tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por lo tanto un hombre que testa y muere en pais extranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalan las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á más, por lo que el testador estando fuera de este no está sometido á ella, ni los bienes que estan igualmente fuera del tal territorio. Asi el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.

1 Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

dor, el Real permiso subsana cualquier defecto anterior á la muerte. Si alguno consiguiese del Rey la gracia de hallarse presente á la formacion de su testamento, será válido este, aun cuando no le hubiere presenciado ningun otro testigo (1).

34. Para que el testamento solemne se considere tal y produzca todos sus efectos, son precisas cuatro cosas. 1.<sup>a</sup> Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes (2). Si perdiese esta capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que expresa el derecho, no tendrá fuerza el testamento á menos que rehabilitado el testador lo confirme de nuevo. 2.<sup>a</sup> Que nombre heredero habil para serlo, pues si no lo fuere ó si no hubiere aquel instituido á ninguno, no valdrá el testamento sino como última voluntad, y se declarará abintestato en orden á la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras y demas disposiciones que contenga conformes á derecho, y pasarán sus bienes á los que abintestato deben heredarle, ó al fisco en su caso (3). 3.<sup>a</sup> Que conste de las solemnidades prescriptas por la ley como formas sustancial (4) y que quedan expresadas, pues sin su observancia todo es nulo. 4.<sup>a</sup> Que se confirme con la muerte del testador, y acepte el heredero su herencia, pues si no la aceptare, pasará á los herederos abintestato, á menos de haberle aquel nombrado sustituto, pues en tal caso pertenecerá á este (5). Estas cuatro cosas constituyen la perfeccion legal del testamento y su validez perpetua é indestructible.

35. Ademas debe tener otros requisitos que contribuyen á su mayor claridad, ó que prescribe la ley ó la costumbre; pero su omision no invalida el testamento en manera alguna. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fe, señalamiento de sepultura y hábito, misas y mandas forzosas, filiacion y naturaleza del testador, declaracion de bienes y deudas, matrimonios que contrajo, dotes y arras de sus mugeres, hijos que haya tenido y su estado actual, y anticipaciones que les hubiere hecho, eleccion de testamentarios, revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último cuantas declaraciones tenga por oportunas. Las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador pueden suplirse con informacion de testigos, párroco &c. En orden á sepultura dispondrá el heredero ó los

1 Ley 5. tit. 1. Part. 6.

2 Ley 13. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

4 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec.

T. I.

glos. 4 y 14. ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en ella, glos. 14. num. 2. y sig.

testamentarios, y sino se enterrará en su parroquia. El mismo arreglará el funeral conforme á las circunstancias del testador y usos del país, y hará la parte de los testamentarios, si no los hubiere, cumpliendo las mandas piadosas, á lo cual en caso de omision le apremiará el obispo, como ejecutor legal de todas ellas<sup>(1)</sup>. Las forzosas tampoco importa nada que se hayan omitido en el testamento, pues tienen su cuota determinada y notoria. Tampoco es precisa la revocacion del testamento anterior aunque lo hubiese, pues uno y otro deben cumplirse en cuanto no esté el primero en contradiccion con el último, en cuyo caso se ha de observar este. Si en ambos hay institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, á menos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, y entonces lo ventilará en juicio.

36. Ademas de las disposiciones referidas pueden contener los testamentos otras varias, como son legados ó mandas gratuitas, fundaciones de vinculos, memorias, capellanias, patronatos, agregacion de bienes á los mismos, mejoras, declaraciones, consignaciones, sustitucion de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevacion de fianzas ó sin ella, siempre que sea para todo y no para una cosa, no solo á sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos, sino tambien á los extraños que instituyere simple ó condicionalmente, designando el tiempo segun su voluntad, y dar poder para nombrarles tutor. Puede igualmente dividir sus bienes, aplicando á su arbitrio los que quiera y á quien quiera<sup>(2)</sup>, á cuya disposicion deberán conformarse, si no hubiere herederos forzosos ó no fuere en perjuicio de estos, pues la legitima de los mismos debe quedar salva en cantidad y calidad. Los extraños deben contentarse con lo que el testador les deje, y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga. El modo con que ha de extenderse el testamento y el orden que ha de guardarse en su formacion se expresará en el capítulo que trate de las prevenciones á los escribanos en esta materia, y sobre todo en la plantilla de las escrituras correspondientes á la misma, que se insertan al fin.

37. Por varias causas puede declararse nulo el testamento, aun cuando el testador no lo revoque. La primera, *por defecto del mismo testador*; v. gr. si es pupilo, siervo, monge profeso, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibicion de las que dejo explicadas; pues concurriendo en él alguno de

<sup>1</sup> Cone. Trid. ses. 22. cap. 8. de reformatione.

<sup>2</sup> Leyes 1. tit. 1. 16 y 19. tit. 3. Part. 6.

estos defectos ó impedimentos no puede testar, ni por consiguiente vale el testamento que ordene, ni tampoco los legados ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibicion de testar, la tiene para disponer de sus bienes de cualquier modo que sea. Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley 6.<sup>a</sup> de Toro de la tercera parte de lo que posea y tenga suyo, en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él<sup>(1)</sup>; lo cual no sucedia por derecho comun ni por el de las Partidas, pues estando bajo de la patria potestad le prohibian testar y hacer codicilos<sup>(2)</sup>. La segunda, *por error del mismo testador*; que es cuando el que puede testar y testó, erró ó se equivocó en la persona nombrada; v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legitimo, adoptivo ó ilegítimo, ó á otro en el de ser su consanguíneo, no siéndolo realmente; en cuyos casos y otros semejantes no vale la institucion, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institucion de heredero<sup>(3)</sup>; pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos<sup>(4)</sup>; lo cual no sucederá si yerra el nombre del legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el testamento puede ser imperfecto por razon de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicacion de él. Se dice imperfecto por razon de voluntad, cuando el testador no la explicó; v. gr. cuando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo y sin que se publicase ante los testigos; y por la de solemnidad, cuando lo tiene extendido enteramente y muere antes que se lea ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir, *que asi lo otorga*; ó cuando á su publicacion no interviene el número de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga<sup>(5)</sup>: lo primero, porque su

<sup>1</sup> Ley 5 de Toro, que es la 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

<sup>2</sup> Ley 13. tit. 1. Part. 6.

<sup>3</sup> Ley 12. tit. 3. Part. 6.

<sup>4</sup> Gom. en la 24 de Toro, num. 1. vers.

*Decimo et finaliter.* Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 3.

<sup>5</sup> Gom. en la 3 de Toro, num. 107. Florez de Mena, lib. 1. Var. quast. 1. num.

38 al 42.

lectura ó publicacion ante los testigos es sustancial (1), y del todo necesaria en cualquier instrumento para que se estime válido (2); lo segundo, porque antes de su publicacion no se acredita la constante y última voluntad del testador, respecto no poder probarse ni saberse, á causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, quitar, añadir y alterar lo que le parezca como varias veces sucede (3); lo tercero, porque aunque esté extendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso ó quiera cuando lo otorga; y lo cuarto, porque no hay perfeccion de voluntad, si esta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La cuarta, *por incapacidad del heredero instituido*; v. gr. cuando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhabil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion, se rompía en todo el testamento segun derecho comun, y no valian los legados ni fideicomisos (4), lo mismo que en el que carecia de institucion (5), no sucede asi por el nuestro que lo ha corregido en esta parte (6); y asi aunque el testador no nombre heredero, ó este por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas y todo lo demas que el testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere y el testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en cuanto á la institucion (\*). La quinta, *por pretericion ó exheredacion*, que es cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legitimo suyo, ó le exhereda sin causa legal, en cuyos casos, sin embargo de que por derecho comun antiquísimo tampoco valian los legados ni fideicomisos, hoy son válidos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y cuanto incluya el testamento, si consta de la solemnidad referida (\*\*).

1 Leyes 103. tit. 18. Part. 3. ibi: *Debe ser leído, y fecho ante siete testigos...* y 23. tit. 1. Part. 6.

2 Ley 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

3 Gom: ibi, num. 18 y 19.

4 Ley 3. et per tot. tit. 4. de his qui pro non scriptis habent ley. 1. Cod. de hæredib. instituend. y l. y unic. §. Et cum triplici §. In primo, y §. Pro secundo: Cod. de caduc. tollend.

5 Ley fin. §. Illud. Cod. de codicil. ley 1. ff. de iure codicillar. y ley coheredi. §. Cum filia, ff. de vulgar. et pupillar. substitution.

6 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 14. num. 81.

\* En virtud de la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley debe leerse la única tit. 10. de los testamentos del ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él.

\*\* Si el testador no hizo mención de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviese en cinta, no solo se

Solo se irrita en lo concerniente á la institucion (1); y si contiene la cláusula codicilar surtirá los efectos que explicaré cuando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho, aunque el testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados á su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba por las palabras de la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. (2). La sexta, *por falta de adición ó admision de la herencia*, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente. La séptima causa porque se puede anular el testamento es *por la arrogacion ó legitimacion* del heredero del testador. Y la octava es *por falta de publicacion del testamento*: la cual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del testador cuando el testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos; y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmente *otorgamiento*, y consiste en que esten expresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos, con todas las solemnidades de que se ha hablado.

romperá ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y sustitucion pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, num. 3, porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar cuando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no cuando procede con ignorancia. Inliérese, segun parece, de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podrán percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dejó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera

puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede abintestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvará el derecho del hijo omitido, y en lo demas observará el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 de Toro. Entiendo tambien la doctrina de Gomez, cuando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dejaba su muger preñada; pero no cuando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiéndolo despues no lo revocó. Febrero adicionado.

1 Ley 24 de Toro, que es la 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en dicha ley 1. glos. 16. num. 47. y glos. 14. num. 7.

## CAPITULO SEGUNDO.

*De los herederos en general.*

- |                                                                            |                                                                                                          |
|----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Importancia legal de la institucion de heredero.                     | 9 La institucion á dia cierto es válida.                                                                 |
| 2. ¿Que se entiende por heredero, y quienes pueden serlo?                  | 10. El heredero que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial teniendo coherederos, la pierde. |
| 3. La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo. | 11. Las herencias se adquieren por testamento ó abintestato.                                             |
| 4. En su institucion debe explicarse el testador claramente.               | 12. Los herederos son universales ó particulares.                                                        |
| 5. Pero no es precisa la institucion nominal si se refiere á codicilo.     | 13. Subdividense en forzosos ó legitimos, necesarios y voluntarios. ¿Cuales se dicen forzosos?           |
| 6. El testador puede instituir heredero simple y condicionalmente.         | 14. ¿Quienes se llamam necesarios?                                                                       |
| 7. Hay condiciones que invalidan la institucion.                           | 15. ¿Cuales se dicen voluntarios ó extraños?                                                             |
| 8. Nueva division de las condiciones.                                      | 16. Quienes son herederos sustitutos?                                                                    |

1. **E**s la institucion de heredero parte tan principal de todo testamento, que cuando se omitia ó se invalidaba aquella, era este totalmente nulo por derecho comun, y lo mismo sucedia cuando el instituido no aceptaba la herencia. Por las leyes de España no sucede asi, pues en tales casos valen y subsisten las mandas y demas disposiciones testamentarias, sin otra diferencia que darse al testamento el nombre de codicilo ó de última voluntad (1). Debe sin embargo el escribano advertir al testador, que no omita el nombramiento de heredero, para evitar á los que hayan de serlo el perjuicio de gastar en las diligencias para legitimar sus personas, á fin de pedir la herencia *abintestato*.

1 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

2. Llámase heredero el que despues de la muerte de alguno ha de suceder en sus bienes, ya en virtud de testamento, ya abintestato, apoderándose y disponiendo de ellos á su arbitrio como verdadero dueño (1); pero no deberá llamarse tal, mientras no acepte la herencia, aun cuando conste su institucion. Puede ser heredero cualquiera individuo ó corporacion que no esten comprendidos en las excepciones de la ley. Asi pueden serlo el Rey, la Reina, el fisco, la ciudad, villa, comunidad, el capaz, el loco, mudo, sordo, ciego, clérigo, monge, lego, y todo hombre ó muger libre ó siervo que no está por derecho privado de heredar (2).

3. Debe el testador hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo (3), pues si la hace en este no valdrá directamente, sino como fideicomiso: es decir, que se declarará por última voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero abintestato, quien deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservando la parte que en su caso deba deducirse (\*). Ademas, si se nombra al heredero simplemente en el testamento, no debe imponérsele despues condicion ni sustituto en el codicilo ni en otra cosa, y aunque se haga no valdrá sino en la forma que se dirá en el párrafo 5; bien que el escribano no incurrirá en pena alguna por autorizarle.

4. En la institucion de heredero debe el testador explicarse en términos claros, designándole por su nombre y apellido, de modo que no pueda dudarse quién es: pero no con palabras que denoten algun defecto infamatorio; porque en tal caso sería nula la institucion (4), como tambien si lo hiciese por medio de señas y ademanes, ó dejase el nombramiento á voluntad de alguno (5), pues debe manifestar la suya por sí mismo, so pena de que se tenga la institucion por captatoria, y se declare nula. Llámase captatoria la institucion que tiene por objeto obligar á otro á que use de liberalidad con el testador, como si testare diciendo: *instituyo por heredero á Pedro en la parte que Pablo me instituya á mí*. Sin embargo será válida la institucion cuando preguntado por el escribano ú otra persona no sospechosa, si

1 Ley 1. tit. 3. Part. 6.

2 Ley 2. tit. 3. Part. 6.

3 Ley 7. tit. 3. Part. 6.

\* Para que valga la institucion de heredero hecha en codicilo, es indispensable segun la citada ley 7, que en este ruego ó mande el testador á los que hayan de

heredarle, que entreguen sus bienes al instituido en el codicilo. De otra manera sería nula la institucion, y no valdria ni aun indirectamente ó por fideicomiso.

4 Leyes 6, 10 y 11. tit. 3. Part. 6.

5 Ley 11. tit. 3. Part. 6.

*instituye por su heredero á fulano*, responde de viva voz, que sí, aun cuando no pronuncie su nombre (1) (\*).

5. Pero no es preciso que lo instituya por su nombre y apellido en el testamento, con tal que diga en él que nombra por su heredero al sugeto que designará en el codicilo (2), pues esta manca de instituir no encierra nulidad alguna. Lo mismo se dirá si en el testamento se refiere á alguna memoria testamentaria, en la cual conste el nombre del instituido, porque tales memorias se consideran como parte del mismo testamento, siempre que no se dude que son del testador (3). Por lo cual si en el testamento dice, v. gr. que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravamen, y en los bienes y forma que se expresará en el codicilo ó memoria testamentaria, que quiere se estime por parte de su testamento, valdrá la designacion de bienes y el gravamen y condicion que contenga el codicilo ó memoria, porque no es en ellos donde grava á su heredero, sino en el testamento á que se refiere, el cual despues aclara segun ofreció (4). Pero si yerra el nombre del heredero, y creyendo instituir á uno nombra á otro, es nula la institucion (5), sobre cuyo punto puede leerse á Gregorio Lopez en la ley 13. tit. 3. Part. 6., donde se suponen algunos casos en que opina por la validez de semejante nombramiento. Lo mismo se ha de decir, si instituye á alguno en el concepto de ser hijo suyo legitimo, legitimado ó adoptivo, ó de ser pariente, no siéndolo en realidad, pues por el error ó equivocacion falta la voluntad y consentimiento del mismo testador (6); mas los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos mientras no conste haber padecido tambien igual equivocacion en ellos (7).

6. El testador puede instituir heredero no solo simple y absolutamente, sino bajo de alguna condicion. Llámase condicion la clausula que suspende el efecto de lo que quiere hacerse ó se promete hasta que se verifique algun acontecimiento futuro. El efecto natural de toda condicion es que verificada esta, valga lo

1 Ley citada. Gom. ley 3 de Toro, num. 199. Castell. lib. 1 de contr. cap. 29.

\* El que quiera enterarse á fondo de los casos en que el testador dispone válida ó inválidamente de sus bienes, contestando sí ó no, por hallarse muy agravado, lea á Florez de Mena, lib. 1. Var. quæst. 1. num. 45 hasta el 51.

2 Leyes 7 y 8. tit. 3. Part. 6.

3 Matienz. ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

4 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16. num. 13.

5 Ley 12. tit. 3. Part. 6.

6 Ley 12. tit. 3. Part. 6.

7 Gom. ley 24 de Toro, num. 1. vers.

10. y Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec.

dispuesto ó prometido, como si fuese hecho pura y absolutamente; y si no se verifica, es inválido, quedando todo en suspenso hasta su cumplimiento (1). Siendo frequentísimo su uso en testamentos y contratos, y muy varias sus especies y efectos, es conveniente hablar de ellas en este lugar. Dividense en *posibles é imposibles*. Posibles son aquellas cuyo cumplimiento no presenta imposibilidad alguna; y al contrario las imposibles. Estas se subdividen en imposibles por naturaleza ó por derecho, y en imposibles de hecho. De la primera clase son aquellas que la naturaleza misma resiste, como si dijésemos: *nombro heredero á Juan si toca el cielo con la mano*: y tambien las que estan expresadas en términos imposibles de entender. Por derecho lo son las contrarias á la ley, á la honestidad, piedad y buenas costumbres; como si uno dijese: *instituyo á Pedro mi heredero, con condicion de que le quemé la casa á Fulano, ó deje morir de hambre á su propio padre* (2). Las condiciones imposibles, ya sea por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos, y así el heredero ó legatario á quienes se imponen, entran desde luego en el goce de su herencia ó manda, como si hubiesen sido nombrados absolutamente (3). Mas no sucede así en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible, son enteramente nulos por derecho romano, y no menos en España, aun cuando no conste de ley expresa, pues es doctrina de los mejores intérpretes (4). La razon de la diferencia consiste en que se supone que los que de este modo contratan, hablan de burlas, suposicion que no puede hacerse en la formacion de un testamento, en cuyos momentos está tan próxima la muerte.

7. Sin embargo hay algunas que vician é invalidan la institucion, y son las imposibles de hecho; v. gr. *instituyo á Pedro por mi heredero, si diere á Juan un monte de oro*. Lo mismo sucede con aquellas en tales términos dudosas que se oponen á los fines de la institucion, como por ejemplo: *instituyo á Juan por mi heredero, si Pedro fuese mi heredero*; porque ninguno de los dos puede empezar á serlo antes que el otro (5) (\*). Estas se llaman *perplejas*.

1 Ley 1. tit. 4. Part. 4. ley 26. de cond. just. ley 8. de per. et com. rei vend. §. 3. Inst. de inat. stipul.

2 Ley 3. tit. 4. Part. 6.

3 Ibid.

4 Gr. g. Lop. glos. de la ley 17. tit. 11. Pa. t. 5. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. num. 60.

T. I.

5 Ley 5. tit. 4. Part. 6.

\* El reformador de Febrero desapruéba esta division, y no halla justo el efecto legal de las condiciones imposibles de hecho y de derecho en orden á los testamentos y contratos. Tiene sobrada razon; pero al cabo estas disposiciones legales no estan derogadas.

8. Las condiciones posibles se subdividen en varias clases, como *casuales, potestativas, necesarias* y otras; pero sus efectos son iguales: es decir, todas deben cumplirse en los mismos términos que disponga el testador. La institucion es válida, y el heredero entra en la herencia desde el momento que la condicion se verifica. En las necesarias, como *si mañana sale el sol*, el instituido percibe la herencia desde luego, porque de necesidad se ha de verificar la condicion. Si la condicion es tal, que no pende su cumplimiento de la voluntad sola del instituido, sino que ademas se requiere la agena, entrará en la herencia cuando justifique que por su parte ha hecho suficientes diligencias para cumplirla. En las instituciones condicionales se admite fianza cuando consiste en el instituido el cumplimiento de la condicion, y dada que sea, percibe la herencia desde luego (1).

9. Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, como: *nombro á Pedro mi heredero desde ó hasta el dia de San Juan de tal año*, es válido el nombramiento, mas no la designacion del plazo (2), á menos que el testador sea caballero ó soldado que está en el Real servicio. Lo mismo sucede si aunque el dia sea *incierto* se ha de verificar forzosamente, como á *la muerte de fulano*. En este caso, sea quien fuere el testador, la institucion vale, y el heredero entrará en la herencia como si no existiese tal cláusula (3).

10. El que entra en la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el hecho mismo el derecho á ella. Mas si se entrometió sin derecho alguno, debe restituir cantidad doble de la que hubiere tomado, en pena de la intrusion, sobre lo cual procederá breve y sumariamente la justicia sin forma de proceso, ejecutando la pena con resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, despues de poner en pacífica posesion de sus bienes á los legitimos herederos (4).

11. De dos maneras pueden los hombres llegar á adquirir los bienes de los difuntos: *por testamento y abintestato*. Los herederos por testamento son los que el testador nombra por tales (ya sean ó no sus parientes) para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos. Los herederos abintestato son los mas cercanos parientes del difunto que no dejó testamento otorgado, ó lo hizo tal que fue declarado nulo, ó invalidado legalmente.

1 Leyes 7 y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. Part. 6.

2 Ley 15. tit. 3. Part. 6.

3 Ley 15. tit. 3. Part. 6.

4 Ley 3. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.

12. Dividense los herederos *por testamento en universales y particulares*. Los universales son los que suceden al testador no solo en sus bienes sino tambien en sus obligaciones. Los particulares son los que le suceden en alguna finca determinada, ó en alguna accion ó efecto particular de cualquiera especie. Este no queda responsable á las cargas y obligaciones del testador, las cuales son de cargo del heredero universal, como quien por derecho representa en todo su persona.

13. Subdividense los herederos en *forzosos ó legitimos, necesarios y voluntarios* (1). Los forzosos son los parientes del testador por linea recta, para cuya inteligencia es de advertir, que el parentesco natural ó de consanguinidad tiene tres lineas, dos rectas y una transversal. La primera linea recta es la que tomando principio del testador baja derechamente por generaciones, como es la de sus hijos, nietos, biznietos y demas hasta lo infinito, y estos se llaman *descendientes*. La segunda linea recta es la que sube de generacion en generacion directamente desde el testador á sus padres, abuelos, bisabuelos y demas, los cuales se llaman *ascendientes*. La linea transversal es de los colaterales, como hermanos, primos, tios, sobrinos &c. Son pues los *descendientes* y los *ascendientes* legitimos del difunto herederos forzosos en su caso, y se dicen legitimos porque nacen con las condiciones que exigen las leyes civiles y canónicas (2). Llámense *forzosos*, porque hay obligacion en el testador de instituirlos, cuando falta motivo legal para su desheredacion, y si no lo hiciera, podrian anular el testamento en esta parte alegando la pretericion.

14. De los herederos necesarios hay poco que saber, porque no existen ya en nuestra legislacion, y solo se mencionan por mera noticia. Llamábanse necesarios en el derecho romano y de las Partidas los siervos del testador que este instituía por herederos, y se les daba este nombre porque estaban obligados á admitir, aunque no quisiesen, la herencia de su señor, y á pagar las mandas y deudas que dejase, no solo del importe de aquella sino de todos sus bienes habidos antes ó despues de su fallecimiento, en recompensa de la libertad que adquirian en virtud de la institucion (3).

15. Herederos voluntarios ó extraños son todos los que no estan comprendidos en la linea recta descendente ni ascenden-

1 Ley 21. tit. 3. Part. 6.

2 Leyes 1 y 2. tit. 13. Part. 4. y 21.

tit. 3. Part. 6.

3 Ley 21. tit. 3. Part. 6.

te del testador, porque aun cuando sean parientes suyos no tienen derecho á sus bienes, ni por ser olvidados ó preteridos en él les corresponde accion ni querella, á no ser en un caso muy singular.

16. Hay tambien herederos sustitutos, que son aquellos á quienes se transfere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian, ó fallecen antes de entrar en ella, ó en edad ó estado de no poder testar. De unos y otros se tratará en capítulo separado (\*).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

\* Cómo hayan de conducirse los herederos en la aceptación de la herencia y formación de inventario, y en qué penas

incurren faltando á la debida legalidad en esta materia, se explicará en el tratado de inventarios y particiones.

### CAPITULO TERCERO.

*De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.*

1. Diferencia entre las dos líneas de herederos forzosos.
2. En la línea de los descendientes legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador.
3. Esto se verifica aunque se casen *in articulo mortis*.
4. Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya mediado otro matrimonio.
5. Comprendense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres.
6. Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos.
7. Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, antes de la conversion de los mismos.
8. Igualmente son legítimos los póstumos.
9. Circunstancias que han de concurrir en los hijos legítimos para ser herederos forzosos de sus padres.
10. La institucion de estos ha de ser directa y no fideicomisaria.
11. Debe igualmente estar concebida sin condicion ni gravamen.
12. Lo dicho hasta aqui se entiende tambien respecto de los nietos, biznietos y demas. ¿Que es heredar *in capita e in stirpem*?
13. ¿Que parte debe dejar el testador á sus descendientes legítimos, y de qué otra parte puede disponer?
14. ¿Que cosa es la *legítima*, y cuando se llama diminuta ó corta?
15. Los hijos no tienen derecho á su *legítima* sino despues de muerto su padre.
16. Pero si el padre quiere puede dársela en vida.
17. El padre puede revocar siempre que quiera la distribucion que hubiere hecho de las *legítimas* de sus hijos.
18. Distincion de casos cuando el padre quiere que sea irrevocable la distribucion en vida de la *legítima* de sus hijos.
19. Doctrina diversa cuando estos se hallan bajo la patria potestad.
20. El juramento que hacen los hijos de no reclamar mayor porcion de su *legítima*, los imposibilita de hacerlo.
21. Pero si no hay juramento podrá repetir el aumento que le corresponda.

1. Aunque se dijo en el capítulo anterior, que eran herederos forzosos los individuos comprendidos en las líneas rectas

te del testador, porque aun cuando sean parientes suyos no tienen derecho á sus bienes, ni por ser olvidados ó preteridos en él les corresponde accion ni querella, á no ser en un caso muy singular.

16. Hay tambien herederos sustitutos, que son aquellos á quienes se transfere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian, ó fallecen antes de entrar en ella, ó en edad ó estado de no poder testar. De unos y otros se tratará en capítulo separado (\*).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

\* Cómo hayan de conducirse los herederos en la aceptación de la herencia y formación de inventario, y en qué penas

incurren faltando á la debida legalidad en esta materia, se explicará en el tratado de inventarios y particiones.

### CAPITULO TERCERO.

*De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.*

1. Diferencia entre las dos líneas de herederos forzosos.
2. En la línea de los descendientes legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador.
3. Esto se verifica aunque se casen *in articulo mortis*.
4. Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya mediado otro matrimonio.
5. Comprendense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres.
6. Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos.
7. Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, antes de la conversion de los mismos.
8. Igualmente son legítimos los póstumos.
9. Circunstancias que han de concurrir en los hijos legítimos para ser herederos forzosos de sus padres.
10. La institucion de estos ha de ser directa y no fideicomisaria.
11. Debe igualmente estar concebida sin condicion ni gravamen.
12. Lo dicho hasta aqui se entiende tambien respecto de los nietos, biznietos y demas. ¿Que es heredar *in capita e in stirpem*?
13. ¿Que parte debe dejar el testador á sus descendientes legítimos, y de qué otra parte puede disponer?
14. ¿Que cosa es la *legítima*, y cuando se llama diminuta ó corta?
15. Los hijos no tienen derecho á su *legítima* sino despues de muerto su padre.
16. Pero si el padre quiere puede dársela en vida.
17. El padre puede revocar siempre que quiera la distribucion que hubiere hecho de las *legítimas* de sus hijos.
18. Distincion de casos cuando el padre quiere que sea irrevocable la distribucion en vida de la *legítima* de sus hijos.
19. Doctrina diversa cuando estos se hallan bajo la patria potestad.
20. El juramento que hacen los hijos de no reclamar mayor porcion de su *legítima*, los imposibilita de hacerlo.
21. Pero si no hay juramento podrá repetir el aumento que le corresponda.

1. Aunque se dijo en el capítulo anterior, que eran herederos forzosos los individuos comprendidos en las líneas rectas

del testador, hay entre unos y otros notable diferencia. La línea de los descendientes legítimos es la preferida, y siempre que haya alguno dentro de ella excluye á los que se hallen en las otras líneas.

2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras, y se llaman así porque nacen según ley y disposicion de nuestra Santa Madre Iglesia. Pueden ser de tres clases: unos nacidos y procreados durante el matrimonio verdadero de sus padres, para el cual no tuvieron impedimento canónico. Otros, que naciendo igualmente de padres bien y legalmente casados, resultó después entre estos algun impedimento canónico, que ignoraban ambos, ó al menos uno de ellos. Y otros, que habiendo nacido de padres solteros y libres de impedimento canónico para contraer, se casaron después, porque el subsiguiente matrimonio legitima los hijos; y si la madre era sierva, recobra por este medio su libertad (1) (\*).

3. Se verifica lo expuesto, aunque se casen al tiempo de su muerte, y por esto no haya esperanza de que puedan procrear (2). Mas no cuando el impedimento es cierto y perpetuo, v. gr. en el castrado que está imposibilitado de tener sucesion, pues ni puede casarse, ni aun cuando lo verifique vale el matrimonio (3). Lo mismo sucede si el que está próximo á morir, decrépito, ó de tal modo ha perdido el uso de sus sentidos que no puede prestar su consentimiento para contraer matrimonio, en cuyo caso ni este vale ni los hijos se legitiman (4) (\*\*).

4. También se legitiman por el matrimonio subsecuente, y entran á heredar con los hijos legítimos, los que después de nacidos de muger soltera ó viuda se casó su padre con otra muger, si muerta esta contrajo matrimonio con la madre de los referidos; y es la razon porque para la legitimacion de los hijos no toman en cuenta las leyes el tiempo medio, sino los extre-

1. Leyes 1. tit. 43. Part. 4. 2 y 4. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real.

\* Entiéndase que los hijos legitimados que la ley considera legítimos, y concurren como herederos forzosos de sus padres y abuelos en primera línea excluyen á la de los ascendientes, son únicamente los que se legitimaron por el matrimonio posterior de sus padres; mas no los legitimados por rescripto del Principe, pues estos no concurren á la herencia con los legítimos, según terminantemente lo previene la ley 12 de Toro, que es la 7. tit. 20. lib.

10. Nov. Rec., añadiendo que en orden á honores y preeminencias no se diferencian de los primeros.

2. Cast. en la ley 21 de Toro, num. 25. y Cifuentes, num. 15. Gom. ley 12 de Toro, num. 56.

3. Gom. ibid. vers. *Sed advertendum.*

4. Gom. num. 58 vers. *Secundo.*

\*\* Se exceptúa el caso en que se justifica haberse contraído el matrimonio en fraude del sustituto ó fideicomisario llamados á la sucesion, pues aunque aquel es válido, no da derecho á la herencia.

mos, que son estar en aptitud sus padres para casarse sin dispensa cuando los procrearon, y verificarse después en cualquier tiempo su matrimonio (1).

5. Repútanse igualmente como legítimos los hijos del clérigo de menores, habidos en su concubina, si posteriormente se casó con ella, perdiendo el beneficio (2), y se amplía y há lugar aun en el caso de que concurren en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, pues prevalece el favor del matrimonio (3), porque como basta que en uno de los dos tiempos, que son la generacion del hijo ó su nacimiento, esten sus padres libres de impedimento canónico para contraer, según la ley 11 de Toro; aunque cuando fue engendrado interviniere el incesto y adulterio de sus padres, si cuando nació habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, y estaba obtenida la dispensacion, y casados los dos, se removieron ambos impedimentos; y así nació en tiempo hábil para ser reputado por hijo legítimo y de legítimo matrimonio. Y si obtenida la dispensacion no se hubiesen casado, se legitimará por el subsecuente, porque cuando nació ya eran libres sus padres, y mediante la dispensa anterior se hallaban ya tan aptos para contraerle como si jamás hubiera habido impedimento alguno.

6. Esta doctrina comprende también á los nietos: por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en muger soltera ó viuda, y este otro hijo legítimo, y después de muerto el hijo natural, se casa el abuelo con la referida muger, se legitimará el nieto para con su abuelo, y como legítimo le sucedera del mismo modo que si el matrimonio se hubiese verificado en vida de su padre (4).

7. También son legítimos los que nacen de infieles, que después se convierten á nuestra santa religion, aunque esten en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no estan sujetos á las leyes canónicas hasta que se reducen al gremio de la iglesia (5).

8. Son también hijos legítimos los póstumos, esto es, los que nacen después del fallecimiento de sus padres (6), por cuya razon dice el derecho que el que deja á su muger en cinta, no

1. Gom. dicha ley 12. num. 60.

2. Covarr. in *Epitome de sponsal.* part.

2. cap. 8. Greg. Lep. ley 1. tit. 13. Part. 4.

3. glos. 9.

3. Vasquío de *sucesion.* part. 1. lib.

3. §. 21. Morquech. de *div.* lib. 4. cap. 6.

num. 24.

4. Gom. z. en la ley 12 de Toro, num.

62. vers. *Sed his non obstantibus.*

5. Cap. *Gaudemus.* 15. *Qui filii sint legiti-*

*gimi.* 6. Ley 20. tit. 1. Part. 6.

muere sin hijos, y siendo sus madres libres y no siervas, ó aun cuando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán y les competirán todos los privilegios que á los nacidos. Lo mismo sucederá si cuando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos estan manumitidas, porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en quanto á los honores civiles, que sigue la de su padre, si nace despues que los obtuvo y no antes (1). Para que se tengan por legitimos es preciso que los para su madre á lo mas á los diez meses despues de la muerte de su marido, y que á este tiempo viva en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el oncenno mes, no se reputarán por legitimos, pero si naciendo dentro de los siete (2) ó de los nueve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdaderos de once meses, lo que pocas veces sucede: véase acerca de este punto á Lara de *vita homin.* cap. 10 (\*).

9. Para poder heredar los descendientes legitimos á sus ascendientes, y llamarse naturalmente nacidos y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, como se indicó en el cap. 1. tit. 1. lib. 1., y vivir despues veinte y cuatro horas naturales a lo menos, ser bautizados antes de morir, aunque solo fuese por medio del agua de socorro; y por último han de haber venido al mundo con figura racional, en términos que no quedase duda de que pertenecian á la especie humana. Si no se verifican estas tres circunstancias no podrán heredar á sus ascendientes, aun cuando expresamente los instituyan por sus herederos.

10. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos legitimos es la directa y no la oblicua ó por fideicomiso. Llámase directa cuando en su virtud puede admitirse ó pedirse la herencia sin ministerio de otra persona, y oblicua siempre que es precisa la intervencion de tercero.

11. Dicha institucion ha de ser integra y sin condicion ni gravamen, por lo cual no admite coherederos extraños. Por tanto si alguno de estos fuere instituido, será su nombramiento ineficaz y nulo (3). Unicamente respecto del póstumo se verifica haber una condicion tácita, que es la de que se haya de realizar su nacimiento. Luego que esto sucede se le dan todos los

1 Ley 1. tit. 1. lib. 6. Rec.

2 Ley 4. tit. 23. Part. 4. Lara de *vita homin.* cap. 10. Memoch. lib. 7. præsumpt. 52. Rojas de *incomp.* part. 2. cap. 4.

\* Véase lo que sobre este punto se dijo

en el cap. 1. tit. 1. lib. 1.

3 Leyes 7. tit. 1. Part. 6. y 1. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real. Leyes 17 al fin, tit. 1. 4 y 7. tit. 11. y 11. tit. 4. Part. 6.

remedios posesorios de tenuta y restitucion *in integrum*, que le competen (1), para lo cual basta que no tengan impedimento legal al tiempo de morir el que los instituye, aun cuando antes le tuvieran.

12. Lo dicho hasta aqui no solo se entiende de los hijos legitimos, sino tambien de los nietos, biznietos y demas descendientes directos del testador, todos los cuales son sus herederos forzosos en su caso, excluyendo los de mas próximo grado á los mas remotos, y pueden anular el testamento de su ascendiente, si no los instituye, ó si los olvida en él, que es lo que se llama pretericion. Asi en caso de tener hijos vivos no podrá instituir por herederos á sus nietos, hijos de estos, sino que los hijos distribuirán entre si la herencia á partes iguales (salvas las mejoras de que se hablará despues). Esto es lo que se llama heredar *in capita* ó *por cabezas*. Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiera correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre si á partes iguales: de modo que entre todos juntos en representacion de su padre muerto heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar *in stirpem* ó *por stirpes*.

13. Explicado el orden y forma en que el testador debe instituir á sus descendientes legitimos, resta decir qué parte de herencia debe dejarles; pues aunque las leyes reconocen en ellos un derecho á la totalidad del caudal de sus ascendientes, sin embargo han permitido siempre á los padres el que puedan disponer en favor de extraños ó de su alma en alguna parte de sus bienes. La ley 17. tit. 1. Part. 6., que en este particular daba á los ascendientes bastante amplitud, fue moderada por otras del Fuero Real, que solo les concedian la facultad de disponer libremente de un quinto de su caudal en vida, y de otro en muerte (2). Pero despues la ley 28 de Toro redujo la facultad de aquellos á disponer en vida ó muerte de solo el quinto (3), prohibiendo que la suma empleada en ambas ocasiones exceda de la cuota referida (\*).

1 Lara de *vita homin.* cap. 2.

2 Leyes 9. tit. 5. y 7. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real.

3 Ley 8. tit. 20. lib. 10 Nov. Rec.

\* En el obispado de Ciudad-Rodrigo es costumbre inconcusa que los ascendientes puedan legar la cuarta parte de sus bienes, aun cuando tengan hijos legitimos. Y T. I.

no faltan autores que concedan la misma facultad fuera de dicho obispado á los padres que no dejan mas hijos, que un póstumo, fundándose en la ley 3. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real; pero no es asi, porque estas leyes no tienen lugar sino donde estan en constante observancia, como lo manda la 11 de Toro, y la citada no lo es.

14. De lo dicho se infiere que los bienes todos de sus ascendientes, á excepcion del enunciado quinto, forman la *legítima* de sus descendientes, y se llama así porque está designada por la ley, no pudiendo defraudarles el testador de la parte mas minima de ella. Pero puede aumentar en vida ó en muerte la porcion de alguna ó alguno de ellos, con menoscabo de los demas, en la tercera parte de su caudal, y esto es lo que se llama mejorarlos en el tercio. Cuando la legítima consiste en la totalidad de la herencia distribuida por igual entre los descendientes se llama *plena ó completa*: cuando algunos de estos la reciben con el menoscabo del tercio, por haber el ascendiente mejorado en él á otro ú otros, se llama *legítima corta ó diminuta*. Así se ve que aunque el tercio se considera legítima por cuanto toca necesariamente á los herederos forzosos, no tiene en realidad concepto de tal sino respecto del mejorado. Como el padre es libre en dejar el quinto de sus bienes á un extraño, con mayor razon puede disponer de él en favor de alguno ó algunos de sus hijos, aun cuando lo haya mejorado en el tercio, y esto es lo que se llama mejorarle en tercio y quinto. De todo lo cual se habla extensamente en el capitulo de las mejoras.

15. No se debe á los hijos su legítima sino despues de la muerte de su padre, y así no está obligado á dársela en vida, ni aun cuando esten presos y la necesiten para pago de alguna multa ó condena que se les haya impuesto (1). Sin embargo creen algunos que hay casos en que tienen los padres obligacion de satisfacer ciertos gastos ó penas impuestas á sus hijos, fundándose en razones que no son despreciables (2).

16. Pero si el padre quiere es dueño de entregar á sus hijos en vida la legítima que les correspondería en caso de muerte, aun cuando estos lo resistan y no la quieran (3), porque aquel plazo se estableció en favor de los padres, y por tanto lo pueden renunciar. Sin embargo no deberán hacerlo cuando se expongan á que redunde en perjuicio de ellos, como si fuesen menores ó pródigos, pues estan obligados á evitarles cuanto pueda serles nocivo (4).

17. Puede por consiguiente hacer en vida la distribucion, y

tá en parte alguna. Al contrario, por las leyes 3. tit. 23. Part. 4. y 20. tit. 1. Part. 6. el póstumo en cuanto concierne á su utilidad se considera como nacido.

1 Menchac. in *Authentic. novissim.*

*Cod. de inoffic. test.*

2 El adiconador de Febrero en nota al num. 10. §. 1. cap. 1. lib. 2. part. 2.

3 Menchac. de *sucession. creat.* §. 7.

4 Velasc. de *parút.* cap. 21. num. 6.

tambien revocarla despues de hecha y de entregados los bienes en ella contenidos, á menos que no exprese su voluntad de que sea irrevocable. Si lo expresa será considerado el acto como una donacion *inter vivos*; pero de lo contrario no tendrá otro concepto que el de última voluntad anticipada, y es sabido que las últimas voluntades son revocables hasta la muerte (1).

18. Si dice que quiere sea estable é irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectúa la particion estan bajo de la patria potestad ó no. Si no existen por hallarse casados ó emancipados por su padre ó por la ley ó rescritto del Principe, valdrá y no se podrá revocar, porque por la tradicion que les hace de los bienes, se les transfiere irrevocablemente el dominio de ellos (2).

19. Pero si existen, se podrá revocar, porque no se les transfirió su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder (3). Previniendo que si por esta particion no consiguió algun hijo la legítima íntegra que le correspondia atendidos los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, no le dañará, antes bien podrá repetir el residuo así de ellos como de los posteriormente adquiridos ó aumentados (4).

20. Valen en tanto grado la asignacion de bienes hecha por el padre entre sus hijos mayores y la tradicion que de sus legítimas les hizo en vida con cláusula y juramento de que no han de pretender mas de los paternos, sin embargo de que se aumenten despues, renunciándolos expresamente, que ya se multipliquen ó disminuyan, ni el hijo tendrá repetición contra los referidos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo, ni aunque la intenten deben ser oídos, porque el juramento confirma y vigoriza el pacto (5).

21. Pero si no interviene pacto jurado de no pretender suplemento de legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque esten discordes los autores acerca de si los hijos podrán ó no pedirlo, la mas segura opinion es que pueden, y que creciendo las facultades de sus padres debe crecer

1 Ayor. part. 3. quest. 10. Morquech. de *divis. honor.* lib. 4. cap. 3. num. 5 y 6.

2 Gov. en la 17 de Toro, num. 21. vers. *Sed his non obstantibus.*

3 Ley 3. tit. 4. Part. 5. Velasc. de *partit.* cap. 21. dicho num. 13 y 14.

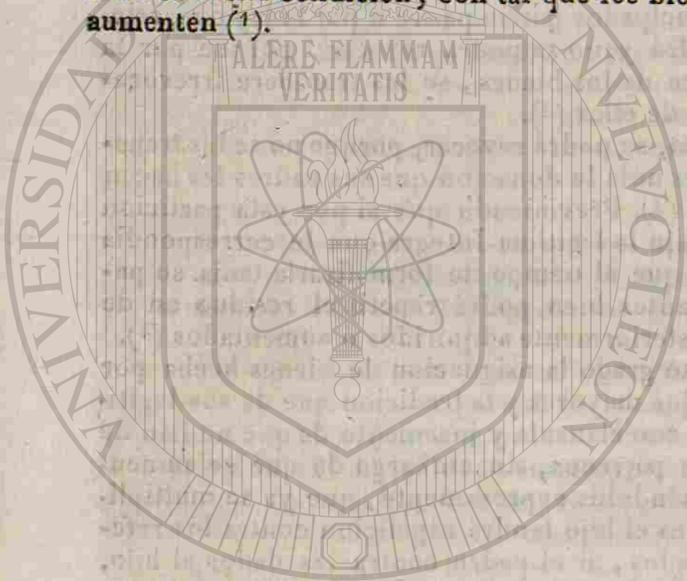
4 Boer. decis. 62. num. 8. Tell. en la

ley 23 de Toro, num. 13. Velasc. dicho cap. 21. num. 17.

5 Palacios Rub. in *Rubr.* §. 16. num. 16. Menchac. de *sucession. creat.* §. 18.

num. 80. Molin. de *primogen.* lib. 2. cap. 13. num. 5.

tambien su legitima, no obstante que al tiempo que se hizo la particion hubiesen recibido integra la que con atencion á los bienes paternos les correspondian entonces, porque se debe regular segun los que tienen al tiempo de su muerte unidos con ellos, y no segun otros. Nada sirve alegar que siendo esto asi, tendrá el hijo dos legitimas, una al tiempo de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la tácita condicion, con tal que los bienes paternos no se aumenten <sup>(1)</sup>.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BUCARAMANGA

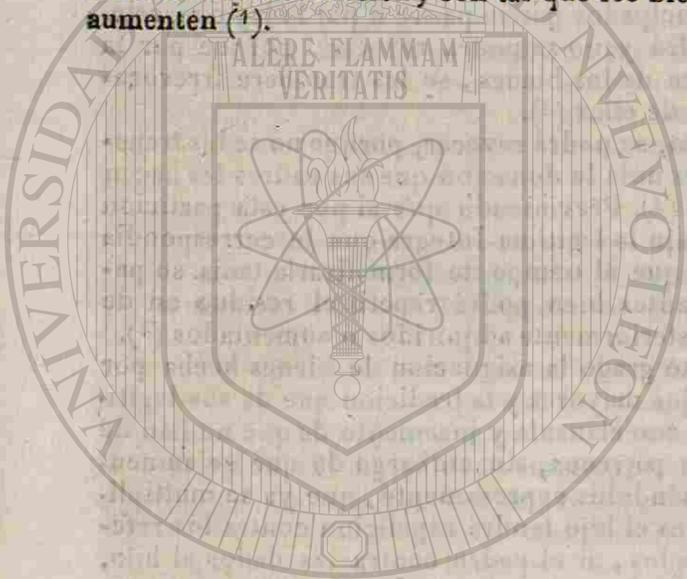
<sup>1</sup> Velasc. *de partit.* cap. 21. desde el num. 19. Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 5.

## CAPITULO CUARTO.

### *De las mejoras.*

- §. 1. ¿Que son mejoras y de cuantas especies? ¿quien puede hacerlas?
2. El mejorante puede designar la finca ó alhaja de la mejora.
3. El que mejora en términos genéricos se entiende que mejora en tercio y quinto.
4. Los padres no pueden mejorar á sus hijas por razon de dote.
5. Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legitimos.
6. La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote, ni por otro contrato sin licencia del marido.
7. En qué caso puede el abuelo mejorar á su nieta por razon de dote ó casamiento.
8. La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos.
9. El pacto de mejorar ó de no mejorar es válido.
10. Si el que hace la promesa de mejorar, no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño.
11. Pero si el pacto ó promesa fueron espontáneos, deberá cumplirse.
12. Si el interesado en el pacto de mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion.
13. Al hijo, en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre.
14. Esta doctrina no se opone á la ley que permite al abuelo mejorar á sus nietos.
15. Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes.
16. La promesa de no mejorar á un hijo se extiende á los nietos hijos de este.
17. La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas.
18. Excepcion de esta regla.
19. La facultad de mejorar se extiende á los abuelos respecto de sus nietos.
20. El ascendiente no puede mejorar á su hijo único ni imponer sobre su herencia ningun gravamen.
21. El gravamen impuesto cuando el hijo no era único, cesa cuando llega á serlo.
22. Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion.
23. Otro caso en que es válida la mejora del hijo único.
24. Las madres y abuelas pueden mejorar á sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres.
25. Si muerto el marido no confirma la vinda la mejora

tambien su legitima, no obstante que al tiempo que se hizo la particion hubiesen recibido integra la que con atencion á los bienes paternos les correspondian entonces, porque se debe regular segun los que tienen al tiempo de su muerte unidos con ellos, y no segun otros. Nada sirve alegar que siendo esto asi, tendrá el hijo dos legitimas, una al tiempo de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la tácita condicion, con tal que los bienes paternos no se aumenten <sup>(1)</sup>.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUARAMANGA

DIRECCIÓN GENERAL DE BUENAS PRÁCTICAS

<sup>1</sup> Velasc. *de partit.* cap. 21. desde el num. 19. Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 5.

## CAPITULO CUARTO.

### *De las mejoras.*

- §. 1. ¿Que son mejoras y de cuantas especies? ¿quien puede hacerlas?
2. El mejorante puede designar la finca ó alhaja de la mejora.
3. El que mejora en términos genéricos se entiende que mejora en tercio y quinto.
4. Los padres no pueden mejorar á sus hijas por razon de dote.
5. Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legitimos.
6. La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote, ni por otro contrato sin licencia del marido.
7. En qué caso puede el abuelo mejorar á su nieta por razon de dote ó casamiento.
8. La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos.
9. El pacto de mejorar ó de no mejorar es válido.
10. Si el que hace la promesa de mejorar, no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño.
11. Pero si el pacto ó promesa fueron espontáneos, deberá cumplirse.
12. Si el interesado en el pacto de mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion.
13. Al hijo, en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre.
14. Esta doctrina no se opone á la ley que permite al abuelo mejorar á sus nietos.
15. Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes.
16. La promesa de no mejorar á un hijo se extiende á los nietos hijos de este.
17. La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas.
18. Excepcion de esta regla.
19. La facultad de mejorar se extiende á los abuelos respecto de sus nietos.
20. El ascendiente no puede mejorar á su hijo único ni imponer sobre su herencia ningun gravamen.
21. El gravamen impuesto cuando el hijo no era único, cesa cuando llega á serlo.
22. Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion.
23. Otro caso en que es válida la mejora del hijo único.
24. Las madres y abuelas pueden mejorar á sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres.
25. Si muerto el marido no confirma la vinda la mejora

- hecha en vida de aquel sin su licencia, es nula.
26. La consignacion determinada de la mejora la ha de hacer por si mismo el mejorante.
27. Debe sin embargo hacerla de modo que no cause á los demas coherederos grave perjuicio en su legitima.
28. Al mejorado debe entregarse la mejora en los mismos bienes que el mejorante designó.
29. Cuando la finca no tiene cómoda division serán libres los no mejorados en satisfacer la mejora en dinero ó de otro modo.
30. Pero entre herederos extraños elegirá el mejorado los bienes que tenga por conveniente.
31. ¿De que gravamen es susceptible el tercio?
32. El gravamen impuesto en la mejora de un hijo cesa cuando el padre hace simplemente la misma mejora en otro hijo.
33. La entrega de cantidades hecha por el padre á un hijo emancipado para edificar en terreno de este, se reputa mejora tácita.
34. Lo mismo sucede cuando le redimen de cautiverio, y en otros casos.
35. Se entiende que hay mejora respecto de los hijos nombrados por el padre en la institucion de heredero, cuando no nombra á otro ú otros hijos.
36. La finca poseida por el padre con gravamen de restitucion no se toma en cuenta para las mejoras.
37. El mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora.
38. Muerto uno de los mejorados acrece á los otros su parte en la mejora.
39. Otro caso en que acrece al mejorado la parte de otro difunto.
40. Otro caso diferente en que hay derecho de acrecer.
41. Aceptada la mejora y entregada la escritura, vuelve á la propiedad del padre la parte del mejorado que muere.
42. La donacion por testamento ó entre vivos en qué casos se presumirá mejora, y en qué casos no.
43. Las mejoras son válidas, aun cuando se rescinda el testamento por pretericion ó desheredacion.
44. Son válidas dos mejoras en el quinto en favor de dos herederos forzosos.
45. Hasta qué punto está obligado el mejorado á sufrir el gravamen del pago de deudas impuesto por el mejorante.
46. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante.

1. **L**ámase mejora la porcion de sus bienes que deja el ascendiente á alguno de sus herederos descendientes, ademas de

los que le corresponden á partes iguales con todos los otros. La mejora puede ser expresa ó tácita. Expresa, cuando se emplea la palabra *mejoro* ú otra equivalente: tácita, cuando se hace simple donacion por mera liberalidad; en cuyo caso se considera mejora, y no se debe rebajar de la legitima del agraciado (1). Dividese tambien la mejora en *simple* y *condicional*. Es simple la que se hace absolutamente, y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden ser del *tercio* solo, del *tercio* y *quinto*, ó de cualquiera cantidad menor que los dos. Las diferencias legales entre unas y otras se irán explicando por su orden en el discurso de este capitulo. El que tiene potestad de testar, puede disponer de sus bienes en la cantidad y forma que se le antoje, si testa entre extraños; pero no es libre de hacer lo que guste teniendo herederos legitimos, pues solo le está permitido en los términos siguientes. El padre, madre, abuelos y demas ascendientes directos pueden mejorar por una sola vez en vida ó muerte á alguno ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legitimos (aunque vivan los padres de estos) en el tercio y remanente del quinto de sus bienes libres, ya lo hagan por testamento ú otra última disposicion, ya por contrato entre vivos. Podrán igualmente vincularlos imponiendo sobre el remanente del quinto el gravamen que quisieren, pero no sobre el tercio, el cual, como se reputa por verdadera legitima, no puede sufrir mas gravamen que el de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso. No menos estan autorizados á arreglar el orden de sucesion al referido vínculo, anteponiendo ó posponiendo las personas que gusten en cada grado, con tal que observen en el modo y forma las reglas y condiciones que las leyes determinan (2). En orden á la cantidad vinculable concedian estas amplia libertad á los testadores; pero como por la Real cédula de 14 de mayo de 1789 no puede fundarse ningun mayorazgo, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y quinto, á no ser con las circunstancias que en ella se expresan, es ya indispensable observarlas. Una de las principales es que llegue ó exceda la renta de la nueva vinculacion de la cantidad de tres mil ducados, por lo cual quedan derogadas en esta parte las disposiciones precedentes (3). La mejora del tercio entre descendientes legitimos se entiende no solo en orden á la propie-

1 Tello en la ley 26 de Toro, num. 1. Matienz. en la 10. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1.  
2 Leyes 2 y 11. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Roj. de Alm. de incompat. disp. 2.

quest. 3. num. 8.  
3 Ley 12. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec. Véase sobre esto el tratado de mayorazgos, cap. 2.

dad de los bienes que la constituyen, sino al usufructo de los mismos, ya porque el tercio es verdadera legitima, como queda dicho, y ya tambien porque las leyes no hacen distincion alguna. Por tanto si el ascendiente mejora en el tercio y quinto de su caudal á alguno ó algunos de sus descendientes legitimos, dejando á otro ú otros el usufructo por tiempo fijo ó indeterminado, será nula esta segunda concesion por lo relativo al tercio, y solo tendrá efecto en el quinto, sobre el cual determinará el testador lo que se le antojare, ya sea entre parientes ó extraños; ya gravándole como gustare, y ya vinculándole, siempre que sus rentas lleguen á la cantidad de la ley citada y se observe cuanto dispone, pues tiene para ello total y absoluta licencia.

2. Tambien puede el testador prefijar por sí mismo la finca ó fincas en que ha de consistir la mejora del tercio y quinto y el dinero con que debe satisfacerse; pero si esta consignacion no alcanza para el cupo de la mejora, se atenderá al modo y términos en que se haya explicado el testador. Si dice v. gr. *mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes,* para parte de pago le consigno tales fincas, nombrándolas, deberá suplirse lo que falte de los demas de su herencia, porque la mejora consiste en este caso en la totalidad del tercio y quinto, y no en las alhajas consignadas, que solo deben entrar como parte (1). Lo cual se entiende así, aunque el testador omita la palabra *todos*, y diga solo de *mis bienes*, porque la indefinida equivale á la universal. Pero si el testador dijo: *mejoro á mi hijo Pedro en tal y tal finca por razon del tercio y quinto*, en este caso no debe suplirse del resto de sus bienes la cantidad que fuere para el completo, porque es claro que no quiso el testador mejorarle mas que en el valor de dichas alhajas (2). Mas si estas excedieren de la suma que corresponde al tercio y quinto, quedará revocada la mejora en el exceso, el cual se aplicará al mejorado como parte de la cuota que debe percibir en igualdad con los demas coherederos. Y si todavía fuere mayor el exceso que la porcion que le cabe de la herencia, devolverá el sobrante en especie ó en dinero si la finca no tuviere cómoda division (3). Entre herederos extraños no hay semejante obligacion, debiéndose observar siempre la voluntad del testador en todas sus disposiciones.

3. Mejorando genéricamente el padre á un hijo en contrato ó

1 Cifuentes en la ley 17 de Toro.

2 Gomez ley 17 de Toro, num. 14.

2 Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

última voluntad, sin expresar si es en el tercio ó en el quinto, diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, lejos de viciarse esta mejora por la incertidumbre que trae consigo, es válida, y se entiende mejorado el hijo en tercio y quinto, que es cuanto la ley le permite. La razon es porque está manifiesta su voluntad de favorecerle en todo aquello que está en su mano, y segun un axioma de derecho los favores en caso de duda deben entenderse con amplitud. 1-28-96. 2-22-96. 2-21-97. 7-2-97.

4. Aunque los padres pudiendo estan obligados por derecho á dotar á sus hijas legitimas existentes en su dominio, ya sean ó no ricas (1); no obstante, en ninguna cosa pueden mejorarlas, ni prometérsela con titulo de mejora por razon de dote ni por la de casamiento (2): ni aun cuando les prometan el tercio ó quinto se entienden mejoradas en ellos, ni en algunos de ellos tácita ni expresamente por contrato entre vivos, como lo preceptúa la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. en su 2.ª parte; porque por virtud de este pacto y promesa se priva al padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de la mejora que podia dejar á sus hermanos, y se habia de dividir entre ellos, ó tocar á uno solo (3); y esto es defraudar indirectamente la ley prohibitiva, y ser mejorada tácitamente la hija. Lo cual se entiende ya esté casada ó soltera esta, y se la entreguen antes de casarse ó despues de casada por via de aumento (4): pues la que se constituye durante el matrimonio se llama propiamente dote, sin embargo de que no haya intervenido promesa. Se entiende igualmente ya sea la dote para contraer matrimonio, ó para entrar en religion ó profesar si es novicia, aunque ningun hermano varon tenga, y las demas hermanas esten casadas excepto ella, y aun cuando al tiempo de dotarla sea única, si despues procrea su padre mas hijos, pues se revocará en el exceso de su legitima, de modo que quede igualada con ellos. Y asimismo se entiende no obstante que el padre haga la donacion á la hija con la calidad y obligacion de restituir el exceso al hijo que nazca: pues sin embargo de esta condicion y gravamen no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la ley que lo prohibe y anula los pactos contrarios (5). Por lo que si la dote que las da su pa-

1 Ley 8. tit. 11. Part. 4.

2 Gutierr. de juram. conf. part. 1. cap. 59. Mat. ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec.

3 Acev. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. Rec. num. 24. Gutierr. de juram. conf. part. 1.

T. 1.

cap. 59.

4 Baez. de non melior. filiab. cap. 5. num. 11 al 23.

5 Baez. ibi, cap. 14. num. 6 al 21.

dre excede de la legitima que las puede corresponder cuando muere, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes unido con el de su dote, deben restituir el exceso á sus hermanos, por no transferirselas su dominio, y no se les imputará en el tercio ni quinto, ni en parte de ambos ni de alguno: lo uno porque siempre que la ley resiste y anula algun contrato, se impide la traslacion del dominio, y ninguna obligacion natural ni civil nace de él (1); y lo otro porque para dotar, y que la dote sea congrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su calidad y condicion, y á la de la dotada y su marido, á los hijos con que el donante se halla y á la costumbre del pueblo (2). Pero bien puede mejorarlas haciéndolas alguna donacion simple por mera liberalidad; y cesando todo fraude valdrá, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio, á causa de ser excesivas, mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario seria correctiva de las que permiten dichas donaciones (3).

5. Careciendo un padre de hijos legítimos, y teniéndolos naturales, parece que no podría mejorar á una hija natural por via de dote ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legitima, y porque la ley citada, no solo se estableció á favor de los hijos á fin de que no fuesen perjudicados en sus legítimas, sino al de sus padres, para evitar que estos por dotar inmoderadamente á sus hijas se empobreciesen; cuya razon milita para con las naturales igualmente que para con las legítimas, y asi debería gobernar y observarse la misma disposicion; pues aunque cada uno es dueño de sus bienes, y puede hacer de ellos lo que quiera, conviene á la república que no sea pródigo ni abuse de ellos imprudentemente. Pero á pesar de eso lo cierto es que puede mejorar por via de dote á su hija natural en la forma que quisiere. Lo primero, porque la ley prohibitiva habla de las legítimas y no de las naturales, por lo que no se amplía ni debe ampliar á estas su prohibicion. Lo segundo, porque manda que el padre no pueda dar tercio ni quinto á su hija legitima por via de dote ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita ni expresamente por contrato en sanidad, y estas palabras no cuadran ni convienen á otros hijos que á los legítimos, á quienes su pa-

1 Ley *Frater à fratre*, ff. de *condit. inst. l. 1.* Baez. ibi, cap. 36. num. 4. Acevedo en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. num. 21 y 22

2 Ley *Filiae*. 41. ff. de *leg. Decio con-*

sil. 277. vers. *Tamen his.*

3 Gutierrez. de *juram. confirm.* cap. 30. num. 15.

dre puede mejorar, y se debe la herencia y legitima; por lo que, y por no deberse estas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni (ya haya ó no legítimos) tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos, puede dar á aquellos ó dejarles por via de alimentos; es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que con las legítimas. Y lo tercero, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes, no pueden revocarla los naturales, como legítimos: y si carecen de potestad para impugnar y revocar la donacion inmensa, tampoco la tendrá para revocar la mejora que no lo es; por cuyas razones el padre que no tiene hijos legítimos, puede mejorar en contrato por via de dote ó casamiento á sus hijas naturales (1).

6. Como la madre (siendo católica) no está obligada á dotar á sus hijas, parece que podría mejorarlas por via de dote ó casamiento; pero tampoco lo puede hacer, porque la ley enunciada emplea las palabras: *Ninguno puede dar ni prometer &c.* por lo cual es claro que está comprendida del mismo modo que el padre (2). Pero hay respecto de ella una prohibicion que no tiene este, y es que la madre tampoco puede mejorar á las hijas naturales por razon de dote ni casamiento, aun cuando no tenga hijos legítimos, porque á falta de estos obtienen los naturales privilegios de legitimidad, y son herederos forzosos de su madre *ex testamento y ab intestato*. Pero si tiene hijo ó hija legitima, solo podrá disponer del quinto en favor de los naturales, del mismo modo que si fueran extraños. Los hijos legitimados son tambien preferidos á los naturales como se dirá en su lugar.

7. Discuerdan los autores sobre si la ley prohibitiva de mejorar por via de dote ó casamiento á las hijas, comprende al abuelo respecto de sus nietas. La opinion mas fundada es que si la nieta es hija de hija, no podrá su abuelo mejorarla, por la regla general de que estando uno privado de suceder, lo estan tambien sus descendientes, y ciertamente no hay razon para que la tal hija sea de mejor condicion que su madre (3). Pero si la nieta es hija de hijo, podrá mejorarla, porque sucede en los derechos de su padre, el cual como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras (4).

8. Aunque queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio, quinto ni en otra cosa alguna por sus

1 Baez. de *non meliorand. filiar.* cap. 13. num. 2 al 9.

2 Baez. *ibid.* cap. 11. num. 11 al 25.

3 Baez. *ibi*, cap. 7. num. 36.

4 Tello en la ley 17 de Toro, num. 75.

padres tácita ni expresamente por prohibirlo la ley inserta, se circunscribe y limita esto al tiempo y caso de que habla, que es por contrato en sanidad; pero no por testamento ó por otra última voluntad, pues en esta no solo pueden mejorarlas sino hacerlas legados como á sus hijos sin diferencia, porque la legal prohibicion no se amplía á las últimas disposiciones (1): y pueden tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve íntegra en cuanto quepa en el tercio, quinto y legitima; porque por su confirmacion convaldece (2). Y la razon porque no se prohíbe que en última disposicion sean mejoradas es porque si las mejora en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño no solo al mejorante, porque queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino á los demas hijos, porque son defraudados en sus legítimas; pero en testamento ó otra última voluntad es al contrario, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora en él hecha, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte; por lo que cesando la razon de la prohibicion, debe cesar la ley prohibitiva (3): y una cosa es contraer, y otra testar (4). Pero es de advertir que la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento ó otra última voluntad se entiende con tal que en contrato no se haya estipulado ó precedido promesa de hacerla; pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en el testamento constituye la mejora, no valdrá, porque se conceptúa hecha en fraude de la ley, y en consecuencia de la obligacion primera. Y lo propio milita aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba tratado ya su matrimonio, y por razon de este la mejora ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá (5).

9. Como de la convencion y pactos justos de los contrayentes reciben la ley los contratos, y á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (6); por esto prometiendo absolutamente por contrato en sanidad el padre, madre ó otro ascendiente legítimo mejorar á algun hijo ó descendiente suyo por via

1 Baez. tit. cit. cap. 20. num. 6 al 11. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2. num. 4. y glos. 3. num. 2.

2 Morq. de divis. lib. 4. cap. 13. num. 43.

3 Matienz. ibi. Baez. ibi. num. 3 y 14.

4 Ley Verba contraxerunt, ff. de ver-

bor. signific.

5 Ayor. de partit. part. 2. quest. 2. Baez. ibi. num. 15. Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 59. dicho num. 16, y otros.

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

de casamiento ó por otra causa onerosa, ó no mejorar á ninguno en tercio ni quinto, y otorgándose sobre esto escritura pública (1) (pues no basta la privada en cuanto al pacto de no mejorar, y si á la promesa de mejorar) (2), debe observarse el pacto, segun lo ordena la ley 22 de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Lo cual se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero ó con el hijo solamente, pues debe el ascendiente cumplir la promesa (3).

10. Si el padre promete por via de casamiento ó por contrato oneroso no mejorar á hijo alguno, y acepta su hija y yerno la promesa, si procediese contra esta parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, pues en las obligaciones de hacer ó no hacer sucede en su lugar el interes; y no será obligado á cumplir el pacto, ni incumbe á la hija el que lo cumpla ó no; por lo que reintegrándola de lo que la tocara, á no haber contravenido á él, no puede pretender otra cosa, ni aunque la pretenda se le debe oír, porque los pactos se establecieron para que cada uno consiga lo que le interesa (4).

11. Pero si el contrato y promesa de no mejorar fue absoluto, sin haber precedido causa alguna para hacerlo mas que la mera voluntad del padre dirigida á solo el fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, y le heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere será nulo é ineficaz (5). Mas no obstante véase lo explicado en el párrafo 4.º acerca de las hijas, pues será lo que se observe.

12. Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demas lo remitiere y consintiere que su padre ó madre mejoren al que quieran, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, pueden mejorar á otro hijo, porque este pacto fue meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del cual ningun derecho adquirieron los otros. Al contrario si falleció en vida de su padre dejando hijos ó descendientes, pues entonces á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos en-

1 El modo de probar el contexto de la escritura en caso que esta y su protocolo se pierdan se dijo en el capítulo sobre los instrumentos de que debe y puede dar copia el escribano.

2 Matienz. en la ley 2. tit. 16. lib. 5.

3 Reg. glos. 2. Ayor. part. 2. quest. 14. num. 43 y

44. Matienz. en la ley 6. glos. 2. num. fin. tit. 6. lib. 5.

4 Ayor. dicha part. 2. quest. 15.

5 Com. en la ley 22 de Toro, num. 27. Ayor. quest. 15. vers. Si vero prom. Mar. en dicha ley 6. tit. 6. lib. 5. glos. 1. num.

4. etc. ibi Acev. num. 9.

tran en el lugar de su padre muerto, y como que juntos le ocupan, deben suceder en todo el derecho que le compete (1).

13. Cuando el padre ó la madre prometieron mejorar á uno de sus hijos, y este no remitió el pacto y derecho en su virtud adquirido, y murió en vida del padre ó madre, con quienes lo hizo, sin dejar descendientes, pueden mejorar á cualquiera de los otros hijos; pero no si dejó hijos ú otros descendientes legítimos, pues entonces estarán obligados á mejorar á todos sus nietos hijos de este hijo difunto, y no á uno de ellos solamente, porque todos juntos entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceder en el derecho que le competía; y así se ha de dividir igualmente entre todos la mejora, y no llevarla uno solo (2).

14. Lo cual procede sin embargo de que la ley 18 de Toro permite al abuelo que pueda mejorar á cualquiera de sus nietos y descendientes, ya esté vivo ó no su padre, pues la disposición de esta ley se entiende cuando no precedió el pacto de no mejorar; pero habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni después de muerto este, porque como queda expuesto, todos los nietos entran á ocupar su lugar, y suceden en todo el derecho, en que á vivir sucedería, y cada uno en su respectiva parte solamente (3).

15. Aunque el padre ó la madre prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio y quinto de sus bienes, pueden disponer por su alma, ó á favor de causas pias ó en lo que quisieren, del quinto de ellos, porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos sus hijos; y así no pueden dejar este á uno, ó á mas; sino que lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él, que á los demás bienes; pero el quinto no lo es, por lo que como hacienda suya tiene facultad de usar de ella á su arbitrio, y de lo contrario quedarían intestables (4).

16. Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ó madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente de este hijo, porque cuando consta de la voluntad del testador,

1 Gom. ibi, num. 24. vers. *Sed his non obstant.* Ibi, Palac. Rub. y Tell. Acerv. en dicha ley 6. tit. 6.

2 Gom. ibi, num. 24. Tello, num. 49. 20. Matienz. en dicha ley 6. glos. 7.

3 Palac. Rub. ibi, col. 6. Cast. en dicha ley 22. num. 30. Gom. dicho num. 24. vers. *Nec obstat.*

4 Gom. ibi, num. 26. Angul. en la ley 6. glos. 6. num. 2. Acerv. ibi, num. 6 al fin.

se comprenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demás descendientes, aunque sea en materia odiosa por militar la misma razón: y en el presente caso consta de su voluntad, pues teniendo mas afecto al hijo, que al nieto y á otro descendiente, por la menor distancia de grado, una vez que prometen no mejorarle, es visto no querer mejorar tampoco al nieto, porque versa la propia y aun superior razón (1). Si los ascendientes se obligan á no mejorar á ningun descendiente, y luego lo mejoran, la mejora es nula: por igual razón, si habiendo prometido mejorar, no cumplen la promesa en su testamento, se entenderá válida (2). Si dicha mejora se pactó que fuese simple y absoluta, no podrá después ser gravada de modo alguno (3).

17. Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribió solamente á él, y no se amplió á los demás; por lo que no debe obrar fuera de su intención, pues la causa limitada produce efecto limitado: es así que el testador se limitó y prohibió específica y determinadamente no mejorar á cierto hijo: luego por no haberse extendido á otros hijos y descendientes su prohibición, podrá mejorarlos (4).

18. Pero si la razón ó causa final de la promesa de no mejorar á aquel hijo, mira y tiene su tendencia á favor de todos los demás (v. gr. porque sucedan igualmente), y en la promesa se expresa, á ninguno de ellos pedrá mejorar, porque en este caso la causa general produce efecto general.

19. La facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos se entiende aun cuando sean procreados en diversos matrimonios: extendiéndose igualmente á los abuelos, los cuales pueden mejorar á sus nietos y demás descendientes legítimos, no solo en el quinto sino hasta en el tercio de sus bienes, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, esten vivos. Así lo dispone la ley 18 de Toro, que es la 2. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. (\*). Y no solo se amplía esta facultad á mejorar un hijo, nieto ó descendiente, sino á dos ó mas, con tal que quede alguno que no

1 Mat. en dicha ley 6. glos. 1. num. 4. Acerv. en ella, num. 9. Cifuentes en la ley 22 de Toro. Gom. en ella, num. 27.

2 Ley 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 6. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

4 Angul. en dicha ley 6. glos. 2. num.

1. Matienz. en ella, glos. 1. num. 3. Gom.

en la 22. num. 29.

\* Este caso es el único que conviene

con la definición dada de las mejoras, y es excepción de la regla general. En efecto, en la mejora de los nietos, viviendo sus padres, se desmiente el principio de que para ser mejorado en el tercio es menester ser heredero, y de que el tercio es parte de la legítima, de que nunca se puede defraudar á los forzosos.

esté mejorado, pues la mejora supone predilección. Así podrá el abuelo mejorar al nieto que sea hijo de su hijo único, porque siempre hay dos personas entre las cuales se puede optar (1). Cuando el abuelo mejora á alguno de sus nietos, cuyo padre fuere disipador, puede privar á este del manejo de los bienes que forman la mejora, siempre que haga constar aquel defecto; pero no del usufructo de los mismos, el cual pertenece en todo caso al padre del nieto mejorado (2).

20. Pero si el ascendiente no tiene mas que un hijo ú otro descendiente legítimo no puede mejorar á este ni á nadie en el tercio de sus bienes, ni imponerle ningun gravamen, á menos que para ello interwenga facultad Real, ó que siendo mayor de veinte y cinco años consienta en ello con juramento de no reclamar. La razon es porque el único descendiente en el grado mas próximo ha de suceder forzosamente en todos los bienes de su ascendiente, á excepcion del quinto, suponiendo las leyes que por lo menos ha de haber dos con derecho individual de ser mejorados, cuando permiten la mejora del tercio (3).

21. Esta doctrina tiene lugar aunque en el pacto de tal se haya impuesto el gravamen de vinculacion ó restitution si no naciere mas que un hijo; ó sea hecha la mejora por contrato en cantidad irrevocable; ó el mejorado lo haya sido en última disposicion, habiendo muchos descendientes, pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare único, cesará el gravamen, y todos los bienes de sus ascendientes (excepto el quinto) serán legítima suya; porque esta se debe regular segun el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora por faltar sugeto en quien se verifique y por no consumir ni surtir su efecto hasta entonces; por eso el gravamen se entiende no impuesto (4).

22. Si un padre mejora á su hijo único con la condicion de *si otro hijo ó hijos le naciesen* será válida tambien la mejora y gravamen, porque el acto que puede ser hecho puramente, se puede hacer con condicion (5); por lo que si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres convalecen la mejora y gravamen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion que

1 Covarr. lib. 1. Var. cap. 19. num. 4. Tello, ley 18 de Toro, num. 3.

2 Salgad. *labyrinth. cred.* part. 4. cap. 15. Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 16.

3 Ley 11. tit. 4. Part. 6. Baez. *de non melior. filiab.* cap. 9. num. 6.

4 Angul. en dicha ley 11. glos. 10. num. 6 y 7 al fin. Castil. lib. 3. *Controv.* cap. 13. num. 51 y sig.

5 Molin. dicho lib. 2. cap. 3. num. 7. y cap. 11. cit. 9.

siendo puramente hecha no tiene vigor, se entiende ordenada con la tácita condicion con que vale el acto (1); y este cuando no puede valer puramente, se resuelve en condicion. Y lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga la condicion referida, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo; y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece esta y queda firme (2); pues el padre pudo revocarla, y respecto no haberlo hecho, quiso que subsistiese, y manifestó que tuvo mas aficion á aquel hijo que á los otros.

23. Tambien es válida la mejora del hijo único cuando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufructo, y este percibe sus frutos, los cuales equivalen al gravamen (3). Y lo propio milita si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravamen del mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto, pues entonces ó deberá consentir el gravamen del tercio ó perderá el quinto (4).

24. Las madres y abuelas, aunque no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo estando viudas: y tambien cuando estan casadas, si sus bienes son libres de tal suerte, que su marido no tiene el usufructo de ellos, pues teniéndolo, aunque será válida la mejora por lo tocante á su perfeccion y firmeza, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion ó haciéndola por contrato ó causa onerosa con tercero; pero no en cuanto á privar á su marido de su usufructo, pues este debe quedarle para superar las cargas matrimoniales (5); porque cuando alguno dona ó lega algo; se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro (6).

25. Pero si el marido asiente á la mejora despues, ó si muerto este la confirma la viuda, será válida. Si esta no la confirma quedará ineficaz, por la razon general de que el tiempo no legi-

1 Morquech. lib. y cap. cit. num. 9. Baez. dicho cap. 9. num. 60.

2 Baez. dicho cap. 9. num. 14 al 18. Covarr. lib. 2. Var. cap. 19. num. 2 al 4.

3 Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 4. Morquech. ibi, num. 12.

4 Molin. ubi sup. num. 8. Baez. dicho cap. 9. num. 21.

T. I.

5 Ley 25. tit. 11. Part. 4. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 1.

6 *Si domus.* 7. § *Si fundus*, y *Non quocumque.* 82. §. 1. ff. *de leg.* 1. Gom. ley 18 de Toro, num. 3. Cast. en ella, num. 2. Matienz. en dicha ley 2. tit. 6. y glos. 1. num. 2 y 3.

timá lo que desde un principio es nulo. Tampoco servirá que la muger al tiempo de hacer la mejora renuncie la ley 55 de Toro, que es la que le obliga á pedir licencia á su marido, por cuanto las renunciaciones han de ser de lo favorable, y no de lo adverso.

26. Aunque puede el mejorante consignar lo mejora en fincas determinadas, como se dijo en el párrafo 2.º, esta consignación la ha de hacer por sí mismo, y no servirá que la encargue á otros, pues lo prohíbe la ley 19 de Toro, que es la 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.; y la razón es porque la facultad y declaración de ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente, por lo que no se puede ceder ni cometer á otro (1).

27. Esta asignación parece debe hacerse de suerte que los demás hijos no sean gravados en sus legítimas, ni por ella se les defrauden estas (2), como sucedería en caso de ser hecha la asignación en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, con presunción de dolo por defraudar á los no mejorados; pero en este caso se debe reducir á albedrío de buen varón, y entenderse hecha la asignación, no precisamente en todo lo referido y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno, y que quede también para ellos, por no ser justo que después de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos después de no serlo, quedándose con sola su legítima diminuta, lleven lo peor é infructífero. Si el testador manda que pueda el mejorado tomar de propia autoridad los bienes de su mejora, lo podrá hacer. Si prohíbe que la tome hasta que los testamentarios cumplan sus disposiciones, también será obedecida su voluntad, en cuanto no sea contra derecho.

28. Si el testador ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó de uno de estos solo, se ha de entregar al mejorado ó legatario (ya sea legítimo ó extraño) en los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo cual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse cómodamente, v. gr. cuando naturalmente no admiten división, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los cuales el individuo no puede subsistir, á la manera del siervo, el caballo &c. ó cuando no se pueden hacer la división sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, pues en estos casos se le puede dar en dinero, para

1 Gom. en la ley 19 de Toro, num. 2. 5 al fin. de testam. Mat. ley 3. dicho tit. 6.  
2 Covarr. in cap. Raynaldus. §. 2. num. lib. 5. glos. num. 2.

evitar que con la división sea dura y nociva la separación. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dejare. Así lo ordena la ley 20 de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec., la cual reforma el derecho comun en cuanto disponia que tuviese el heredero facultad de pagar los legados en dinero. (1).

29. Pero es de advertir que cuando la hacienda no tiene cómoda división por alguna de las razones expuestas en el párrafo antecedente, no están obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ello la ley, antes bien lo deja á su arbitrio y voluntad, respecto no dice que *deben*, sino que *puedan*; y así la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, como cuando no se la señala, sin que el mejorado tenga acción á pedir que se le dé indispensablemente en dinero (2).

30. Pero cuando la mejora recae en herederos extraños á falta de legítimos, el mejorado debe llevar indistintamente su mejora en los bienes que dejó el testador, y el heredero no tiene derecho á elegir, porque si teniendo descendientes, y dejando el quinto á extraños debe haberlo este en los propios bienes del testador, como dice la ley; con superior razón siendo todos extraños lo deberá llevar, pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el cuarto, tercero ú otra cuota ó parte de bienes. A mas de que cuando hay algunos casos de ley nueva, la disposición de esta en uno se entiende y amplía á los demás (3).

31. Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede ser gravada ni aun con condición por sus padres (4), si estos dejaren á algunos mas porción que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condiciones posibles y honestas (5). Y respecto no ser legítima rigurosa de todos el tercio, si sus padres lo dejaren á alguno ó algunos, pueden imponer en él para siempre ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato ó en última voluntad, sin distinguir de cuarta ni quinta generación, el gravamen de restitución, incompatibilidad y fideicomiso, y no otro alguno en propiedad ni usufructo, con los vinculos, sumisiones y sustituciones que les parezca, con tal que sea con arreglo las disposiciones legales, y principalmente á la Real cédula de 14 de mayo de 1789 de que se habló en el párrafo 1.º de este capítulo. Pero en el quinto no

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. num. 21. vers. *Advertend. tamen est.*  
2 Gom. en la 20 de Toro, num. fin. 4 Ley 17. al fin. tit. 1. ley. 11. tit. 4. y  
vers. *Sed advert.* leyes 4 y 7. tit. 11. Part. 6.  
3 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. num. 21. 5 Dicha ley 1.º tit. 4. Part. 6.

solo pueden poner el gravamen referido, sino otro cualquiera posible y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados á observar el orden y llamamientos expresados, porque es suyo privativo; ninguna ley les precisa á ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho á que se lo deje (1).

32. Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravamen de restituirlo á otro hijo ó descendiente en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente las mismas mejoras en favor de otro hijo, quedará removido el gravamen impuesto al primero, porque en el hecho mismo de no haberlo expresado se entiende haber sido su voluntad removerlo (2).

33. Será mejora tácita de un hijo emancipado el que su padre le entregue cierta cantidad de dinero para que plante viña ú olivar en suelo suyo, ó fabrique edificio; y tambien cuando compra alguna cosa en nombre del hijo y se la entrega (3).

34. Lo mismo procede si su madre lo redime del cautiverio (4): ó si no teniendo ni administrando bienes suyos, le da alimentos; pues se presume que lo practica movida de piedad, y con ánimo de hacerle donacion (5), cuya presuncion es por razon de la sangre y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los cuales se considera grande equidad y estudio de los padres para que sus hijos no perezcan, y asi no se les deben imputar en su legitima estas y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en la que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante. De lo cual se trata mas latamente en el punto de las colaciones.

35. Se entiende que hay mejora, cuando el padre testando entre hijos, nombra á uno ó mas por sus universales herederos, preteriendo absolutamente ó injustamente exheredando á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que por sus legitimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos, no solo percibirán su legitima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, cuyos efectos se explican en

1 Avendaño en la ley 27 de Toro. An-  
gul. en dicha ley 1.º, glos. 3 y 16.

2 Cast. en la ley 27 de Toro, num. 11.  
Vers. *Sed quæro*.

3 Masc. conelus. 551. num. 52 y 53.

vol. 2. *de probat.*

4 Decio consil. 628. num. 8. Alciat.  
regul. 1. *presumpt.* 32. num. 2. *Menech*  
*de arbitr.* cas. 88 num. 29.

5 Ley penult. tit. 12. Part. 5.

su capítulo correspondiente, y la solemnidad de testigos que presine la ley, y no de otra suerte; y los preteridos, ya sean los que á la sazón vienen, ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados específica ni genéricamente, ó los injustamente exheredados ó perjudicados en su legitima, percibirán únicamente esta diminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravársela y desfalcársela (1); pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que por derecho puede valer, que segun el nuestro es el expuesto: sobre lo cual he visto caso práctico asi resuelto; pero nombrándolos, aunque no sea sino genéricamente, no procederá lo explicado.

36. Si el padre ó la madre estando poseyendo alguna finca con el gravamen de no enagenarla y con obligacion de restituirlo á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitucion ni mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabria en la mejora, sino que por igual se repartirá entre todos. La razon es porque la mejora se entiende en los bienes propios del mejorante, y la finca no lo era: ademas la omision de su restitucion individual hace que se presuma que quiso se distribuyese entre todos, pues el gravado á restituir indistintamente á alguno de su familia, puede hacer la restitucion á dos ó mas individuos de ella (2).

37. El mejorado en tercio ó quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo primero de prorata las deudas del difunto, y quedando obligado en los mismos términos á las que pueden aparecer en lo sucesivo (3); pero en la deduccion de la mejora se ha de atender al valor de los bienes á la muerte del testador, y no al que tenian en el tiempo en que fue mejorado (4).

38. Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de llevarla, se acrece á los demas mejorados; por lo que dividirán entre sí la mejora íntegra, como si solos lo hubieran sido, porque fueron conjuntos en la cosa y palabras; pues lo mismo se observa en los legados (5).

39. Lo propio milita cuando son conjuntos solamente en la

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 85.

2 Avor. part. 2. *quest.* 27.

3 Ley. 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

4 Leyes 3 y 7. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

cosa, v. gr. si dice el testador: *mejoro á mi hijo Pedro en tercio y quinto de mis bienes; ó le lego tal heredad*, y luego dice tambien: *mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes; ó le lego la misma heredad*: ó cuando lo son en las palabras: v. gr. si dice: *mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por partes iguales*: pues en todos estos casos si el uno fallece ó repudia su parte, ó interviene otro motivo por el cual no deba llevarla, se acrece al otro (1).

40. Y si los mejoró por contrato en sanidad, se ha de distinguir: ó fue revocable ó irrevocable la mejora; si fue revocable, sin entregarles la posesion de los bienes de su importe ni escritura en que se hizo, há lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es á manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual, y no antes, se confirma (2); pues aunque por derecho comun no há lugar el de acrecer en los contratos lucrativos (3), porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las últimas voluntades lata (4), y según el mismo derecho y el de las Partidas (5), solo ciertas personas podian estipular por otro; pero hoy como por la ley recopilada (6) estan corregidos en esta parte ambos derechos, y según ella puede uno prometer por otro (7), debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene (8), y principalmente concurriendo, como en este caso concurren el afecto y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho (9). Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una, há lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y así la llevará íntegra, como si todo se la hubiera legado, pues esto proviene de la voluntad del testador, el cual se presume que así lo hubiera hecho y mandado (10).

1 Leyes cit. Morq. de div. lib. 3. cap. 10. num. 1. al 3.

2 Palac. Rub. en la ley 44 de Toro. num. 2. Greg. Lop. en la 43. tit. 5. Part. 5. glos. 5.

3 Ley. Si mihi et tertio. ff. de verbor. obligat. Ley Aquam. ff. quomadm. servitutes a nict. Ley Si duo patroni. ff. de jure jurand.

4 Ley In testam. ff. de regul. jur. Ley Quilquid astringendo. ff. de verbor. obligat.

5 Ley 7. tit. 11. Part. 5. Ley Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verbor. obligat. y §. Si

quis alium. Institut. de inutit. stipulat.

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

7 Rodrig. Suarez en la ley Quoniam in prioribus, quest. 8. col. 4. Cod. de inoffic. testam. Covarr. lib. 1. Var. cap. 14. num.

13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. Part. 5. glos. 1 y 2. en la 48. tit. 5. Part. dicha, glos. 4.

8 Gutierr. in Repert. leg. unie. Cod. quando non petentium partis, num. 86.

Ayllon ad Gom. lib. 1. Var. cap. 10. num. 8.

9 Men. lib. 4. presumpt. 149 al fin.

10 Palac. Rub. in cap. Per vestras. §. 24.

num. 8. Men. presumpt. 149 al fin, lib. 4.

41. Pero si el padre ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por caya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legitimo y único heredero según la ley 6 de Toro), aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador se introdujo: y como por la tradicion de la escritura y su aceptacion se transfirió con iguldad en los hijos mejorados la posesion y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigue su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufructo (1): por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley.

42. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella, sino excediere del tercio y quinto, pues si excediere se le descontara en parte de su herencia, como queda dicho (2). Lo mismo sucederá si la donacion fue *inter vivos*, siempre que no se hable de ella en el testamento, pues si en él expresan los testadores en su respectivo caso, que lo que donaron se traiga á colacion y particion á cuenta de su legitima, se entenderá que no quisieron mejorarle.

43. Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ú omision, ó bien por desheredacion, del mismo modo que se ha dicho acerca de otras disposiciones que tienen siempre valor como últimas voluntades (3).

44. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura *inter vivos* á alguno de los legitimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, y no dispone del tercio, serán válidas ambas mejoras, sin embargo de que la ley 28 de Toro prohíbe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (4). La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que debe tenerla para disponer de los dos

1 Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. Part.

6. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. num. 6.

2 Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

4 Gom. en la ley 17 de Toro, num.

22.

quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legitima respectiva recibe aumento y no gravamen<sup>(1)</sup>.

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravamen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legitima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá este obligación de pagar los gastos de funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

<sup>1</sup> Mat. en la ley. 12. tit. 6. lib. 5. Rec.

## CAPITULO QUINTO.

### De la revocacion de las mejoras.

- §. 1. Los padres pueden por su sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento, hasta su muerte.
2. La revocacion se hace por medio de palabras, ó por hechos, cual es la enagenacion.
3. Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se desapropia de la finca ó alhaja en que consiste, á menos que sea por urgencia ó causa onerosa.
4. Si el mejorante compra una finca con el dinero en que hizo mejora, y luego la vende, se presume revocada esta.
5. Si el padre lega ó dona á un hijo finca en que esté mejorado otro en tercio y quinto, se revoca la mejora en el importe de la finca.
6. Mejorado un hijo con el fin de que se case, y muere la novia, se entiende revocada la mejora.
7. Excepcion de la doctrina precedente.
8. Si mejorado un hijo, se enemista despues con su padre, cesa la mejora.
9. Si un padre mejora á su hijo único, y le nacen despues otros, parece revocarse la mejora.
10. Razones que hacen mas probable la opinion contraria.
11. Casos en que la mejora es irrevocable.
12. Siempre se tiene por revocable la mejora del quinto.
13. ¿Será ó no revocable la mejora de que se está en posesion, respecto de los bienes futuros que adquiera el mejorante?
14. Sobre el mismo asunto.
15. La mejora se convierte en donacion irrevocable, cuando entregada la cosa en que consiste, no se hace mencion de mejora ni del instrumento en que fue hecha.
16. Si un hijo es mejorado en testamento y otro en codicilo se sostendrán á partes iguales ambas disposiciones.
17. Lo mismo sucede si las dos mejoras se hicieron en un mismo instrumento.
18. Si el padre mejora á un hijo en créditos, y luego los cobra y con su importe compra una finca, se entiende la mejora sustituida en ella.
19. Si es mejorado el hijo en testamento, y en codicilo se le lega una finca diciendo que se contente con ella, cesa la mejora.
20. Si la finca de la mejora sirve despues de hipoteca, no se revoca la mejora, á menos que el empeño sea tan cuantioso que equivalga á venta.
21. Si un padre vende la finca

quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legitima respectiva recibe aumento y no gravamen<sup>(1)</sup>.

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravamen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legitima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá este obligación de pagar los gastos de funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

<sup>1</sup> Mat. en la ley. 12. tit. 6. lib. 5. Rec.

## CAPITULO QUINTO.

### De la revocacion de las mejoras.

- §. 1. Los padres pueden por su sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento, hasta su muerte.
2. La revocacion se hace por medio de palabras, ó por hechos, cual es la enagenacion.
3. Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se desapropia de la finca ó alhaja en que consiste, á menos que sea por urgencia ó causa onerosa.
4. Si el mejorante compra una finca con el dinero en que hizo mejora, y luego la vende, se presume revocada esta.
5. Si el padre lega ó dona á un hijo finca en que esté mejorado otro en tercio y quinto, se revoca la mejora en el importe de la finca.
6. Mejorado un hijo con el fin de que se case, y muere la novia, se entiende revocada la mejora.
7. Excepcion de la doctrina precedente.
8. Si mejorado un hijo, se enemista despues con su padre, cesa la mejora.
9. Si un padre mejora á su hijo único, y le nacen despues otros, parece revocarse la mejora.
10. Razones que hacen mas probable la opinion contraria.
11. Casos en que la mejora es irrevocable.
12. Siempre se tiene por revocable la mejora del quinto.
13. ¿Será ó no revocable la mejora de que se está en posesion, respecto de los bienes futuros que adquiera el mejorante?
14. Sobre el mismo asunto.
15. La mejora se convierte en donacion irrevocable, cuando entregada la cosa en que consiste, no se hace mencion de mejora ni del instrumento en que fue hecha.
16. Si un hijo es mejorado en testamento y otro en codicilo se sostendrán á partes iguales ambas disposiciones.
17. Lo mismo sucede si las dos mejoras se hicieron en un mismo instrumento.
18. Si el padre mejora á un hijo en créditos, y luego los cobra y con su importe compra una finca, se entiende la mejora sustituida en ella.
19. Si es mejorado el hijo en testamento, y en codicilo se le lega una finca diciendo que se contente con ella, cesa la mejora.
20. Si la finca de la mejora sirve despues de hipoteca, no se revoca la mejora, á menos que el empeño sea tan cuantioso que equivalga á venta.
21. Si un padre vende la finca

en que ha mejorado á un hijo, y mas adelante la vuelve á comprar, convaldece la mejora.

22. Si un padre vendela finca de la mejora y con su importe compra otra, se subroga la segunda en su lugar,  
23. Se conceptúa cláusula revocatoria de una mejora el

1. **N**o porque los hijos y demas descendientes legítimos sean mejorados por contrato ó por última voluntad se hacen al instante dueños de los bienes de la mejora en términos que esta sea irrevocable. Los mejorantes pueden revocarla del tercio hasta su muerte, bien sea por su libre y espontánea voluntad, bien porque hayan los mejorados incurrido para ello en alguno de los excesos porque la ley les impone dicha pena. Hablaremos por su orden de uno y otro caso. Del primero trata la ley 17 de Toro, que es la 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec., diciendo: *Cuando el padre ó la madre mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo aquella mejora ó no, fasta la hora de la muerte le puede revocar cuando quisiere &c.* Lo cual se entiende, aunque le entreguen la posesion de los bienes en la mejora contenidos, si la hicieron en testamento ó en otra última voluntad, y mucho mas si hacen mencion de esta, porque la entrega, como accesoria á la disposicion en cuya virtud se hace, sigue la naturaleza y vicisitudes (1). Pero téngase entendido que la revocacion de la mejora ha de aparecer muy clara, y que la prueba le toca á quien afirma que existe.

2. La revocacion se puede hacer de dos modos: el primero, por palabras expresas, y entonces no hay duda que es válida por la ley, pues para ello concede facultad al mejorante; y respecto usar de esta, cesa la mejora. El segundo modo es de hecho, que es por la enagenacion, en cuyo caso cesa tambien; porque si por las palabras se revoca, con superior razon por la enagenacion de la cosa donada, por ser mas poderosa la enagenacion

1 Gom. en la ley 17 de Toro, num. final. Matienz. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 4.

que despues exprese el padre querer que sus herederos partan la herencia con igualdad.

24. Casos en que se revocan las mejoras por ingratitud.  
25. Esta accion es personal del mejorante: casos en que compete tambien á sus herederos.

Hieron. Gabriel. conf. 105. num. 4. lib. 1.

que consiste en hecho, que la que consiste en meras palabras (1). Si la mejora se hizo de cuota cierta, v. gr. del tercio en general, y enagena dicha cuota el mejorante, se entiende revocada la mejora; si solo enagena parte de ella, la mejora quedará disminuida en la cantidad enagenada. Para que la enagenacion de la mejora induzca revocacion ha de ser hecha por titulo lucrativo, pues esta supone voluntad libre; pero no si fue por titulo oneroso, porque supone necesidad mientras no se pruebe lo contrario (2).

3. Si la mejora está consignada en finca ó albaja se presume revocada cuando despues la enagena el mejorante voluntariamente (3). Lo cual se entiende aunque la enagenacion sea inutil (4); mas no por la promesa de venderla, ni por arrendarla por tiempo largo (5). Pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, ya sea por urgencia propia ó por otra causa onerosa, no se revocará; pues en duda se presume haberla tenido, á menos que se pruebe lo contrario (6).

4. Si el padre mejora á un hijo suyo en cierta suma que tiene en parte determinada, v. gr. en un cofre, y con ella compra despues una finca y la vende, se contempla revocada la mejora, porque ya no existe el dinero ni lo que con él se compró y subrogó en su lugar. Pero si la finca permanece en su poder al tiempo que muere no se presume revocada, y así llevará el hijo la finca (7), porque no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del patrimonio. Y lo propio milita si la trueca por otra.

5. Si un padre lega ó doua á un hijo cierta cantidad ó finca, y despues mejora á otro en tercio y quinto, se entenderá revocada la mejora en el importe de la suma donada ó legada; previniendo que siempre que por el legado no se revoque la mejora se debe dar al mejorado el importe de la cosa legada, salvas las legitimas de sus hermanos (8).

6. Cuando el padre mejoró á algun hijo en el tercio de sus bienes para en el caso de que se casase con cierta muger si esta fallece antes de verificarse el matrimonio, se conceptúa revoca-

1 Matienz. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. penult. num. 8.

2 Ley 40. tit. 9. Part. 6 al fin. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. num. 56.

3 Leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6.

4 Covarr. de testam. part. 2. num. 21. y part. 3. num. 19.

5 Alex. conf. 136. num. 3. y cons. 188

al fin, lib. 9. Menoch. pres. 167. num. 45 y 93. lib. 5.

6 Ley 40 al fin, tit. 9. Part. 6 Tello en la 17 de Toro, num. 122. Gom. lib. 1.

Var. cap. 12. num. 56.

7 Menoch. cons. 144. num. 34. vol. 2.

8 Matienz. ley 10. tit. 6. lib. 5. Rec. Leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6.

da la mejora, porque la causa impulsiva y final de hacérsela su padre fue el mismo matrimonio, el cual cesando ó no verificándose, cesa la mejora (1).

7. Lo cual se entiende excepto que conste haber sido hecha no solo por causa del matrimonio sino por contemplacion del hijo, pues en este caso no se revoca la mejora por no verificarse el matrimonio (2); y en duda mas se presume hecha por atencion al hijo que al casamiento (al modo que el legado que se conceptúa hecho por afecto al legatario), porque el amor del padre hácia su hijo influye y estimula á creer que por este lo hizo así como el del marido hácia su muger (3).

8. Si despues de haber mejorado el padre á su hijo intervino entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora (4). Lo cual procede aunque luego otorgue codicilo, y en él ninguna mencion haga de ella, pues todavía se juzga revocada (5), y segun la comun y mas verdadera opinion, aun cuando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él (6), excepto que despues se reconcilien, pues por la reconciliacion convalece (7).

9. Si el padre hace á su hijo único mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, y le entrega la mayor parte de estos, y luego le nacen otros hijos, ¿se revocará esta donacion y mejora en todo ó parte por su supernacencia? Parece que sí (8), porque aunque la donacion que se hace con consentimiento de dos no se puede revocar sin el del donatario, una vez perfecta es irrevocable, y si se revoca no obstante por el superveniente nacimiento de los hijos, con superior razon y mas facilidad se debe revocar la mejora que con sola la voluntad del mejorante puede ser revocada como el legado (9).

10. Sin embargo de lo expuesto y de las razones de los autores citados, no es lo que en el presente caso se debe seguir, por lo que no se revocará la donacion ó mejora por la mera su-

1 Decio cons. 485 num. 7. y cons. 601. num. 2. Anchar. cons. 137. num. 2. vers. *in dubio*. Socin. Junior cons. 58. num. 2. cons. 61. num. 4. lib. 3. y cons. 108. num. 5. y 6. vol. 4.

2 Menoch. cons. 156 num. 10. y sig. lib. 2. Cephal. cons. 429. num. 34 y sig. lib. 3. y Ramo cons. 38. num. 6. lib. 2.

3 Decio cons. 601. al fin. Socin. Senior cons. 69. num. 5 lib. 1. Menoch. cons. cit. num. 9. Morquech. lib. 3. cap. 4. num. 29 al 31.

4 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. num. 56.

Menoch. cons. 30. num. 17. lib. 1.

5 Aretin. cons. 93. num. 5. Mantie. *de conject.* lib. y tit. dichos, num. 2.

6 Pal. Rub. *in Rubr. de donat.* § 70. num. 9. y § 78. num. 57. Covarr. *in Rubr. de testam.* part. 2. num. 10. vers. *Ex premissis*. Mantie. ubi sup. num. 9 y 14.

7 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y num. 56 dichos. Menoch. *presumpt.* 170. num. 13. lib. 5.

8 Ley 8. tit. 4. Part. 5.

9 Socin. cons. 93. Alex. cons. 41. num. 6. vol. 1.

pernacencia de mas hijos al mejorante, porque por ellas no son gravados en su legitima necesaria ó rigorosa, y cuando el padre la hizo fue con el conocimiento de que podia procrearlos, y así en cuanto á la sustancia vale desde el principio, aunque el hijo mejorado sea único: bien que entonces no puede llamarse propiamente mejora; pero esto no vicia la sustancia de la donacion, y solo hace que la mejora que al principio vale como donacion, se sostenga y conserve como mejora por voluntad del mejorante, para en el caso de tener mas hijos. Y aunque es constante que por el posterior nacimiento de estos, al donante se revoca la donacion (1), esto es cuando la hizo á extraño y no los tenia; pero siendo hecha á hijos la revocan los hermanos supervenientes en cuanto al aumento de su legitima solamente: quiero decir, que la parte que á estos toque de legitima, llevará de menos el mejorado, porque son mas partícipes interesados en número á la herencia, y cuantos mas á menos les toca.

11. Aunque el mejorante puede revocar la mejora hecha en sanidad lo mismo que en testamento, se exceptúan cuatro casos en que la ley no se lo permite, y la mejora se hace irrevocable. El primero, cuando el mejorante puso por sí mismo en posesion al mejorado de la cosa en que le consignó la mejora, y si es de cuota (v. gr. el tercio), de los efectos que lo componen; ó *fictamente*, que es por cláusula de *constituto* (que cláusula sea esta se explica en el párrafo 13). El segundo, cuando le entrega ante escribano la escritura de mejora. El tercero, cuando el contrato se celebró con un tercero y medió causa onerosa, como casamiento ú otra semejante (2). En estos tres casos es irrevocable la mejora, á menos que el mejorante se reservase por cláusula expresa la facultad de revocarla, ó concurría alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas. El cuarto caso (del cual no habla la citada ley) es cuando el instrumento que se hace se afirma y corrobora confusamente, siempre que no sea contra las buenas costumbres, ni redunde en perjuicio de tercero (3).

12. Discuerdan los autores acerca de si puede haber mejora irrevocable respecto del quinto, pues la ley habla solo del tercio. Los que niegan la irrevocabilidad en este caso, se fundan en que siendo el quinto lo único de que un padre puede disponer con libertad, se quedaria sin bienes, y por consiguiente im-

1 Ley 8. tit. 4. Part. 5.

2 Ley 17 de Toro.

3 Tello, Gomez y Cifuentes, en la ley

citada. Angulo *de melior.* en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. § y sig.

posibilitado de testar, sobre cuyo punto véanse los autores (1).

13. Si el padre y la madre ó algunos de ellos mejoraron á un hijo en el tercio de sus bienes, le entregaron la posesion respectiva de los que tenian y lo completaban, y despues adquirieron otros muchos, en cuyo caso se amplía á ellos esta mejora; se pregunta, ¿si serán revocables respecto de los adquiridos posteriormente, de que no le entregaron, ni por falta de existencia en su poder pudieron entregarle la posesion, y por consiguiente si podrán revocarla? Y se responde que si la mejora fue hecha por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó á ciertos bienes, ni miró mas á los que entonces tenian que á los que despues adquiriesen, ó si le entregaron la escritura de mejora, no la pueden revocar; ni tampoco si le entregaron simple y genéricamente la posesion de esta, de tal suerte que se puede extender á los bienes futuros: v. gr. *constituyéndose poseedores de ella en nombre del hijo*; porque siendo como es propio de la naturaleza de la mejora el que se amplie á estos, surte el mismo efecto la cláusula de *constituto* y se extiende á los adquiridos despues, ya el mejorante diga expresamente: *que se constituye poseedor de la mejora por los presentes y futuros*, ó ya la haya hecho simplemente y solo diga: *que se constituye poseedor en nombre de su hijo*, pues en ambos casos versa la misma regla y razon (2).

14. Y si le entregaron la posesion de la mejora, limitada solamente á los bienes presentes, y despues adquirió otros, en los cuales se juzga mejorado el hijo, parece que en cuanto á estos será revocable por la limitacion expresa de tradicion de posesion á los presentes. Pero no obstante de ningun modo se puede revocar, porque por lo mismo que es perfecta é irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros, y se amplía á estos (3).

15. Si el padre ha mejorado en testamento, donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad á un hijo y despues le entregó los bienes de la mejora, sin hacer conmemoracion ó mencion de ella ni del instrumento en que se hizo, se convierte por la entrega en verdadera donacion en sanidad, y se constituye irrevocable; pero si se hizo conmemoracion de ella y del instru-

1 Gom. ley 17 de Toro, num. 10. Greg. Lop. en la 3. tit. 4. Part. 5. Gutierr. ley 2. tit. 6. lib. 5. Rec., y otros.

2 Gom. en dicha ley 17. num. 11 y 12. Greg. Lop. en la 5. tit. 13. Part. 5. glos. fin. y en la 9. tit. 30. Part. 3. glos. fin. Tiraquel.

de cons. part. 1. ampliat. 32. num. 1. Mat. en la 2. tit. 9. ley 5. glos. 3. num. 19. y en la 1. tit. 6. glos. 4. num. 11.

3 Gom. ibi num. 13. Molin. de prim. lib. 4. cap. 2. num. 21.

mento, se puede revocar; y tambien aunque no la haga si al instante que lo otorgó se los entregó, porque es visto haberse los entregado en virtud y á consecuencia de él, por lo que debe seguir su naturaleza (1).

16. Si un padre mejoró en su testamento á un hijo ó descendiente legitimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado la mejora en el codicilo, y por consiguiente ser excluido de su percibo el primero, y que el segundo solo ha de llevarla, mientras no lo exprese; antes bien concurrirán ambos igualmente á su goce, como si á un propio tiempo y en una cláusula fueran mejorados, al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos términos.

17. Lo mismo procede con mayor razon si en el propio testamento ó en otro acto incontinenti celebrado hiciere el padre mejora ó prelegado á dos hijos con separacion; pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad y revocarlo, no se presume haberlo hecho mientras no lo diga, porque el amor de él para con sus hijos es igual regularmente, y no es creible que sin motivo quisiese retractarse al instante de lo que acababa de practicar (2).

18. Si el padre mejora á un hijo en el tercio, ó en él y en el quinto, y por parte de su importe le consigna los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora, cobra y deposita su importe, ó con él compra alguna finca ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte; antes bien el dinero depositado, ó la finca con él comprada y existente en su poder al tiempo de su muerte, se subroga en lugar de los créditos, y así la llevará el mejorado (3).

19. Mejorando el padre á un hijo en testamento, si despues en codicilo le lega una finca y manda que se contente con esta, se presume revocada la mejora; y así por razon de mejorado no llevará mas que la finca, ya equivalga ó no su valor al de mejora. Pero si en el mismo testamento le hiciere legado de la finca no se juzgará revocada la mejora, pues no se presume

1 Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Rec. num. 28. Gom. ibi num. 24. y lib. 1. Var. cap. 12. num. 4. Matenz. en dicha ley 1. glos. 4. num. 76 y 27. Morq. ley 3. cap. 6. desde el num. 63 al 74. Covarr. in Rubr. de testam. part. 2. num. 21. Molin. dicho cap. 2. num. 19.

2 Alex. cons. 47. num. 18. vol. 1. Corn.

cons. 308. vol. 1. Matenz. de conjec. ultim. volunt. lib. 12. tit. 1. num. 2. Masc. de probat. vol. concl. 128. num. 13 y 14.

3 Masc. concl. 1281. num. 89 y 132. Metoch. cons. 254. num. 3. lib. 3. Alex. cons. 169. num. 4. lib. 6. Morq. de divis. ley 4. cap. 4. num. 36.

que incontinenti mudó de parecer, antes sí que le legó la finca señalándola por parte de ella (1).

20. Y si despues de haberle mejorado ó legado la finca en testamento la hipotecó á cierta cantidad que sobre ella impuso, no se contempla por este empeño revocada la mejora ó legado; y así el heredero debe pagar el empeño y entregar la finca al legatario ó mejorado (2). Lo cual se extiende excepto que esté empeñado en tanta cantidad que no pueda haber esperanza de satisfacerla, pues entonces se contempla revocada, porque se juzga vendida por ella, y así á nada mas está obligado.

21. Si el padre enagena voluntariamente la finca en que habia mejorado á su hijo, y despues de enagenada la compra y existe en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalence la mejora, porque la consanguinidad y amor paterno inducen esta presuncion.

22. Si el padre mejora á alguno de sus hijos y señala la mejora en alhaja cierta, y despues la vende y compra otra, se subroga esta en lugar de aquella. Y si lo mejora en cosas ciertas suyas propias y ademas en una que es agena, con la condicion de: *si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora, y entregada como por parte de esta; y si la vinculó quedará tambien vinculada la tal alhaja (3).

23. Se conceptúa revocada la mejora ó legado hecho por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro cuando expresa que la hace porque se guarde igualdad entre ellos, y así ambos heredarán igualmente. Y si la hace á entrambos por una misma causa, y revoca luego la del uno, expresando que hace luego la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, es visto ser revocada tambien la del otro aunque no lo diga (4).

24. Habiendo hablado de la revocacion de las mejoras por la libre y espontánea voluntad del mejorante, resta tratar ahora de la que procede de haber incurrido el mejorado en alguno de los excesos á que por la ley está impuesta dicha pena. El primer caso es cuando el mejorado deshonra al mejorante de palabra. El segundo por haberle acusado de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de la ma-

1 Paul. cons. 106. vol. 1. Corn. cons. 308. num. 1. vol. 4. Decio cons. 7. num. 21. vol. 2.

2 Ley 40 al medio, tit. 9. Part. 6.

3 Greg. Lop. en la ley 40. tit. 9. Part. 6. glos. unic. vers. *Quid autem*.

4 Mantic. de conject. tit. 5. lib. 12. num. 30 y 39.

por parte de sus bienes ó destierro. La tercera por haber puesto en él sus manos airadas. Y la cuarta por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó imaginado su lesion ó muerte. Por estas causas, como efectos de ingratitud, puede el mejorante revocar la mejora; pero es menester que las declare y pruebe en juicio (\*). Sin embargo el ingrato hará suyos los frutos percibidos, porque la mejora fue válida en su principio, y solo tendrá que restituir los devengados desde la contestacion de la demanda. Véase á Hermosilla en la ley 10. tit. 4. Part. 5. glos. 8. num. 20.

25. La facultad de revocar las mejoras por ingratitud corresponde únicamente al mejorante, por ser personal. Sin embargo hay casos en que puede competir á sus herederos: á saber, cuando aquel se quejó de la ingratitud judicialmente; cuando murió principiado el pleito, ó haciendo gestiones para principiarle; y por último cuando el mejorante ignoró la injuria, ó le faltó tiempo de hacer la acusacion por haberla sabido tarde. El que desee mayor instruccion puede ver á Hermosilla y otros jurisconsultos que tratan expresamente de esta materia.

\* La razon de exigirse pruebas para que valga la revocacion del mejorante, siendo así que este puede hacerla por sola

su voluntad, nace de la injuria que irroga al mejorado con la acusacion de ingratitud.

## CAPITULO SEXTO.

*De la sucesion de los descendientes legitimados, adoptivos é ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales.*

- §. 1. Razon de tratar aqui esta materia.
2. Aunque á los hijos naturales deben dar sus padres colocacion y alimentos, no gozarán concepto legal mientras no sean reconocidos.
3. Los hijos naturales que se legitiman por rescripto del Soberano heredan solo el quinto á voluntad de su padre, si los tiene legitimados.
4. Esto se entiende si en el rescripto no se le da expresamente concepto de legitimo.
5. A falta de legitimados puede el legitimado heredar á su padre, y este instituirle, aunque tenga legitimados ascendientes.
6. Si la legitimacion contiene limitaciones se atenderá á ellas.
7. Aunque teniendo hijos legitimados no suceden al padre por testamento sino en el quinto, los naturales legitimados gozan de la nobleza de este.
8. Los hijos prohijados ó adoptivos son excluidos de la herencia del padre no solo por los legitimados sino por sus ascendientes.
9. Los arrogados, á falta de hijos legitimados, sucederán al prohijante por testamento y abintestato, si en la arrogacion no se expresa lo contrario.
10. A falta de hijos legitimados puede el padre nombrar herederos á los naturales, aunque no esten legitimados, y tenga legitimados ascendientes. Si muere intestado sucederán en la sexta parte, y de su madre son herederos forzosos.
11. Pero si en su testamento los excluye el padre, á nada tienen derecho; mas si lo hace la madre pueden anular su testamento.
12. Si el padre tiene descendientes legitimados puede dejar el quinto á los naturales; pero no sucederán abintestato en cosa alguna ni al padre ni á la madre.
13. Los hijos espurios que han obtenido dispensacion pueden heredar á su padre á falta de legitimados, aunque tenga legitimados ascendientes.
14. Los espurios sin dispensacion heredan por testamento el quinto de los bienes de su padre, si tiene herederos forzosos; y abintestato, nada. Diferencia con respecto á la madre.
15. A falta de legitimados heredarán al padre en el quinto por testamento, y á la ma-

- dre en todo, asi por testamento como abintestato.
16. Por nuestras leyes estan los padres obligados á criar y alimentar á su hijo espurio, y los abuelos por equidad canónica.
  17. Limitaciones de esta obligacion.
  18. La misma obligacion tienen los herederos de los padres del espurio.
  19. Los padres satisfacen esta obligacion dejándole el quinto.
  20. En la herencia de un hijo natural prefiere el hermano legitimo al que no lo es.
  21. Al hijo natural muerto abintestato, que solo tiene consanguíneos por parte materna, le heredarán estos segun la prerogativa de su grado.
  22. Otro caso relativo á estas herencias colaterales.
  23. Si el hijo natural muerto intestado deja dos hermanos maternos, uno natural y otro legitimo, le heredarán á partes iguales.
  24. Otro caso relativo á estas sucesiones.
  25. Los espurios no suceden abintestato á los parientes de su padre, ni al contrario.
  26. Los espurios de dañado ayuntamiento no suceden abintestato á sus hermanos ni demas parientes por linea materna.
  27. Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son reciprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos.
  28. Observaciones acerca de los ilegítimos de todas clases.

1. A falta de hijos legitimados entran en la herencia de sus padres los naturales legitimados, y algunas veces los que no lo estan, anteponiéndose á la línea de los ascendientes. Esta es la razon porque se ha colocado en este capítulo la doctrina sobre la sucesion de los referidos, reuniendo en él cuanto conviene saber no solo en orden á la forma y casos en que pueden tener parte los ilegítimos en la herencia de sus padres y abuelos asi por testamento como abintestato, sino tambien en la de sus parientes colaterales.

2. A los hijos naturales (\*) deben dar educacion y alimentos no solo su padre y madre sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (1). Mas para que gocen del concepto legal de hijos naturales debe su padre reconocerlos por tales formalmente, en caso de haberlos tenido en distintas mugeres, ó en el de no haber tenido públicamente en su casa á la

\* Acerca de los hijos naturales y demas ilegítimos véase el cap. 2. tit. 3. lib. 1. de las legitimaciones. 1 Leyes 1 y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. y 11 al fin. tit. 13. Part. 6.

madre si fue una sola; porque si cohabitó con ella, y reconoció á uno de sus hijos, se suponen reconocidos todos (1), y sin otro requisito estarán aptos para gozar de la hidalguía de su padre, aun quando su madre no la tenga (2). Se advierte que reconocidos una vez no puede el padre volverse atras de lo hecho (3).

3. Quando los hijos naturales se legitiman por privilegio del Soberano, si el padre deja hijos ó descendientes de legitimo matrimonio, nacidos antes ó despues de la legitimacion, no puede heredarle el legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quiere dejárselo, y no de otra suerte. Y lo propio milita aunque ningun hijo tenga procreado ó nacido durante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subsecuente, pues este es verdaderamente legitimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto, que se reputa extraño en competencia de los otros, segun se prueba de la ley 12 de Toro, que es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Y se previene que el documento de esta legitimacion debe ir autorizado por el capellan mayor de su Magestad, ó por uno de los capellanes continuos de su Real capilla que tengan racion y quitacion, en cuya secretaría se toma la razon, y sin este requisito no vale, como se advierte en las que se expiden por la Cámara.

4. Lo cual se entiende, excepto que el Principe diga expresamente en su privilegio, que suceda el legitimado con los hijos legitimos sin diferencia, ya esten nacidos antes de la legitimacion, ó nazcan despues; pues en este caso sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano de cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto puede habilitarle, y disminuir la legitima de los legitimos. Pero si la concesion carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les causará detrimento alguno, porque se presume que el Principe no quiso perjudicarlos, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegítimo, á lo menos para sucederle (4).

5. No habiendo hijos legitimos, puede el natural legitimado por privilegio heredar á su padre, y este instituirle por heredero, aunque tenga padre ú otros ascendientes legitimos ó parientes (5), porque se reputa y en todo y por todo es habido en es-

1 Ley 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 11. Part. 7.

3 Matienz. en la ley 9 de Toro, num. 1.

4 Tello en la 12 de Toro, num. 3 y 4. Matienz. en la 10. cit. glos. 2. num. 2, 3 y 4. Gom. en dicha ley 12. num. 67. vers. Sive

ro sunt.

5 Perez en la 22. tit. 3. lib. 1. Ordenam. col. 163 cerca del fin. Cifuent. en la 12 de Toro, num. 2. Mont. en la 17. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Decio cons. 258. num. 5. Matienz. en dicha ley y glos. num. 1.

te caso como verdaderamente legitimo para suceder por testamento y abintestato, y para los demas efectos de la legitimidad: por lo que si fuese preterido puede decir de nulidad del testamento; y si exheredado sin causa justa quejarse y usar de todos los remedios concedidos á los legitimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que lo otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado (1) (\*).

6. Pero si la legitimacion se coarta y limita á suceder por testamento ó sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere el padre del legitimado, nada obra contra la voluntad de este, por lo que contra ella no le sucederá (2). Y si se hace sin perjuicio de los que deben suceder abintestato, sucederá por testamento el legitimado, no habiendo legitimos; y abintestato no excluirá á otros que al fisco ó viuda del difunto (3). Previniendo que si la legitimacion falta y es de ningun momento, pertenece la herencia á los herederos abintestato, los cuales deberán entregar los legados, y no recaerá en el fisco (4).

7. Aunque teniendo hijos legitimos los padres, no pueden sucederles los legitimados por privilegio, si son naturales, sino en el quinto; no obstante no se diferenciarán de aquellos en la nobleza y demas honores civiles que competen á los legitimos, ni tampoco en suceder por testamento y abintestato á los parientes, como verdaderos legitimos, y asi gozarán de aquellos y heredarán á estos, segun lo dice dicha ley 12 de Toro en su 2.ª parte: *Pero en todas las otras cosas, asi en suceder á los parientes como en honras y preeminencias que han los hijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa dijieran de los hijos nacidos de legitimo matrimonio.* (5).

8. Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes les suceden como los legitimos, en caso que los adoptantes carezcan de ascendientes y de hijos ó descendientes legitimos,

1 Covarr. lib. 4. Var. cap. 21. Duesñ. reg. 350. Gom. en dicha ley 12, num. 66. Matienz. en dicha ley 10. glos. 7. num. fin.

\* Se advierte que aunque no hay ley que expresamente diga ni determine lo que en este párrafo se contiene sobre el goce de dichas prerogativas, verificada la legitimacion ó dispensa, puede de lucirse de las leyes 10 y 11 de Toro. Febrero adicionado.

2 Alex. cons. 30. num. 5. lib. 4. y cons. 489 al fin, lib. 5. Alciat. in Rubr. de liber.

et posthum. col. 4. et ibi Socin. num. 12. y Jason num. 14. Paul. cons. 200. num. 1. al fin, lib. 2. Rip. in leg. Inter cetera, num. 47 y 48 ff. de liber. et posth. Morquech. de divis. lib. 4. cap. 6. num. 50. Matienz. ibid. glos. 1. num. 6.

3 Riminald. cons. 416. num. 45 al 47.

4 Decio cons. 228. num. 4.

5 Avendañ in Diction. verb. Hijos legitimos. Perez en la ley 1. tit. 1. lib. 4. Ordenam. col. 1328. Matienz. en dicha ley 10. tit. 8. glos. pen. num. fin.

pero si tuvieren ascendientes que por derecho, á no haber intervenido la adopcion, les heredarían abintestato, les sucederán y no los adoptados (1). Lo mismo procede con los extraños adoptados, los cuales heredarán solamente abintestato al adoptante en defecto de legítimos, mas no á sus consanguíneos ni contra su testamento (2).

9. Los arrogados ó prohiados por vía de arrogacion sucederán al prohiante por testamento y abintestato si careciere de legítimos, á menos que el Príncipe ordene en su privilegio que sucedan con estos, pues entonces le sucederán (3). Y si el arrogador echa de su poder al arrogado, está obligado á darle ó dejarle la cuarta parte de sus bienes (4); excepto que tenga descendientes legítimos, pues en este caso se limitará al quinto por vía de alimentos, porque en el exceso no puede perjudicar á los legítimos, aun cuando tiene obligacion de alimentar á los que no lo son (5).

10. A los hijos naturales, aunque no esten legitimados, puede el padre instituirlos por herederos á falta de legítimos, ó dejarles la parte que gustare de sus bienes, aun cuando tenga legítimos ascendientes (6). Y si no hiciere mención de ellos en el testamento, es carga de los herederos el consignarles alimentos, cuya regulacion será á juicio de hombres buenos (7). Igual facultad tienen los abuelos en beneficio de sus nietos naturales. Si el padre muere intestado, sucederá el hijo natural, no en la sexta parte de sus bienes, como establece la ley 8. tit. 13. Part. 6., sino en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida ó dejar en muerte á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos, en caso de estar en obligacion de dárselos, segun lo previene la ley 10 de Toro (\*). Mas por lo relativo á la madre es muy diferente la doctrina, pues los hijos naturales son sus herederos forzosos á falta de legítimos *ex testamento y abintestato* (8). Por tanto si careciendo de legítimos no hace mención en su tes-

1 Ley ultim. al fin, tit. 16. Part. 4. et ibi glos. fin. Accey. en la 1. tit. 8. lib. 5. Rec. num. 61.

2 Ley 8. tit. 16. Part. 4. verb. *Ello que dijimos*, et ibi glos. 5. y leyes 9 y fin. et ibi glos. 3. tit. 16. Part. 4.

3 Ley 8. tit. 16. Part. 4. y glos. de la sig. Glos. final de la ult. tit. 15.

4 Ley 8. tit. 16. Part. 4.

5 Leyes 10 y 28 de Toro. Greg. Lop. en dicha ley 8. glos. 2 y 5.

6 Ley 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

7 Ley 8. tit. 13. Part. 6.

\* Febrero dice aquí que los hijos naturales heredan abintestato el quinto de los bienes de su padre á falta de legítimos citando la ley 10 de Toro. En otro lugar dice que solo heredarán la sexta parte con arreglo á la ley de Partida. Esta opinion parece la mas cierta y racional, pues la disposicion de la ley de Toro habla de la sucesion *ex testamento y no abintestato*, por lo cual no es aplicable su doctrina á este caso.

8 Ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

tamento de los hijos naturales, ó los deshereda injustamente, pueden anularle del mismo modo que los primeros. Sin embargo valdrá en este caso la institucion de la madre en todo lo que por derecho puede valer, que es el quinto, porque en lo que haya lugar debe cumplirse la voluntad de la testadora, y es máxima constante que lo util no se vicia por lo inutil.

11. Pero si en última disposicion excluye el padre expresamente á sus hijos naturales de la sucesion á sus bienes ó los exhereda, á nada tienen derecho, ni les compete accion alguna contra su testamento (1). De lo cual se deduce que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, recaerá en los ascendientes legítimos de este, y no pasará á los hijos naturales; y la razon es porque la herencia repudiada no se transmite al que por su incapacidad legal es un extraño en la sucesion (2).

12. Si los padres tienen descendientes legítimos, podrán heredar los hijos naturales *ex testamento* el quinto de sus bienes; pero *abintestato* no sucederán á ninguno de los dos en parte alguna de su herencia (3).

13. Los hijos espurios se legitiman también por rescripto Real, que se llama dispensacion. Los que han obtenido esta gracia pueden heredar á su padre, y este instituirles aun cuando tenga legítimos ascendientes, pues en virtud de ella consiguen todos los derechos del natural legitimado, á excepcion de la nobleza y preeminencias de sus padres, si en el mismo rescripto no se expresa (4).

14. Los hijos espurios que no han alcanzado dispensacion pueden heredar de su padre *ex testamento* el quinto de sus bienes, si tiene herederos forzosos ascendientes ó descendientes, y lo mismo de su madre, si tiene hijos legítimos; pero si han nacido de clérigo ordenado *in sacris*, fraile ó monja profesa, nada permite la ley que les dejen ni el uno ni el otro (5). *Abintestato* no les sucederá en cosa alguna (\*).

1 Glos. in leg. 1. ff. de honor. posses. cont. tabul. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 8. Gom. en la 10 de Toro, num. 11. Covarr. de matrim. part. 2. cap. 5. §. 4. num. final. Castillo dicha ley de Toro, num. 46.

2 Ley Si quis filium, §. Primo. ff. de acquirenda hered. Castill. ibi. num. 47 y 48.

3 Leyes 5 y 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

4 Avendañ. in Diction. verb. Hijos legítimos. Matienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. pen. num. fin.

5 Dicha ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

\* Así es la verdad, y la reconoce Febrero en el párrafo 3. cap. 1. lib. 2. part. 2. diciendo: ninguno de estos hijos espurios sucede por testamento ni abintestato á su padre directa ni oblicuamente, ni tienen derecho á pretender su respectiva herencia ni á quejarse de la pretericion. Pero se le olvidó lo que dejaba dicho en su párrafo 2. cap. 1. part. 1., donde sienta una doctrina enteramente contraria. A los hijos espurios, dice, que no lo son de clérigo in sacris, fraile ó monja profesos, les compete *ex testamento y abintestato el derecho al quinto*

15. Pero si no hubiere hijos legítimos, la anterior disposición aunque es la misma con respecto al padre por lo relativo á la madre es muy diferente, pues en este caso la heredará el hijo espurio *ex testamento y ab intestato* con solas dos excepciones. 1.<sup>a</sup> Si por haberle tenido incurrió en pena de muerte, en cuyo caso podrá dejarle el quinto de sus bienes. 2.<sup>a</sup> Si lo es de clérigo de orden sacro ó fraile profeso, pues entonces nada podrá negarle (1).

16. Los hijos espurios no tenían derecho por las leyes romanas á ser alimentados por sus padres; pero por las nuestras deben estos atender á su sustento (2): obligación que igualmente les impone el derecho canónico (\*). Así no podrá privarse á los primeros de sus alimentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por expresa prohibición de los padres en su testamento; bien que si el pacto es jurado y los espurios renuncian su derecho, únicamente se les deberán en el caso extremo de que, de no hacerlo así, perezcan de necesidad, y entonces pueden reclamar la transacción ó renuncia. La misma obligación tienen los abuelos y bisabuelos por equidad canónica en defecto de los padres, y cuando aunque los tuvieren esten pobres y los primeros ricos. Pero por derecho Real solo tienen obligación á alimentar á sus descendientes espurios los ascendientes por parte de la madre, á falta ó imposibilidad de esta; y la razón es por la mayor seguridad que hay del parentesco en este caso que en el precedente (3).

17. La obligación de los padres á sustentar á sus hijos espu-

*de los bienes de su padre ó madre, que los tienen legítimos, con el cual satisfacen la obligación de alimentarlos que les impusieron naturalmente. Esto no es verdad, ni está apoyado en ningún fundamento, pues si bien hay obligación de darles alimentos, la cual comprende al padre y á otros en su caso, el derecho que á ellos tienen no es como herederos. El padre podrá dejarles el quinto por vía de alimentos: pero si quiere dejarles menos lo podrá hacer, con tal que sufrague al indicado objeto. Si tuvieran los espurios derecho al quinto como herederos, lo podrían reclamar aunque tuviesen con que vivir, y no es cierto. Por otra parte si tienen bastante para sustentarse según su clase con una sexta ú octava parte de la herencia, no tiene el padre ni el heredero obligación á darles mas.*

1 La misma ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. y la anterior.

2 Ley 1 y 2. tit. 19. Part. 4. Matienz. en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1.

\* También en esta doctrina está Febrero en contradicción consigo mismo, pues habiéndola establecido en la part. 7. cap. 1. §. 2. enseña después en la part. 2. lib. 2. cap. 1. §. 3. que no tiene el padre ninguna obligación de dar alimentos á su hijo espurio por nuestras leyes, citando la 5. tit. 0. Part. 4. Además de ser esta opinión opuesta á la equidad, pues el tal hijo ninguna culpa tiene de su condición, la ley citada no exime al padre del deber de sustentar al espurio, sino solo al abuelo. Lejos de hacerlo así, todas las leyes que inculcan la obligación de alimentar y criar los padres á los hijos hablan siempre en general y sin excluir á ninguno de ellos. Véanse la 1 y 2. del mismo título.

3 Matienz. ibid. num. 21 al 27.

rios tiene dos limitaciones: 1.<sup>a</sup> cuando en ellos concurren las causas que para desheredar á los legítimos prescriben las leyes, y mas si su ingratitud para con sus padres los constituye reos de muerte; 2.<sup>a</sup> cuando los hijos tienen con que vivir, ó se pueden mantener con su oficio ó industria sin desdoro de sus personas (1), en cuyo caso cesa la obligación por faltar la indigencia en que está apoyada.

18. No se circunscribe únicamente al padre, y en su caso á los demás ascendientes, la obligación de alimentar á sus hijos espurios, sino que se extiende á los herederos de aquel (2). Lo mismo sucede cuando los alimentos se deben por disposición de alguno, ya sea en contrato ó en última voluntad, pues la carga de alimentar pasa á los herederos de aquel que se obligó (3), aunque lo sea el fisco por tácito fideicomiso ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado ni á cualquier otro que en virtud de algun contrato particular los hubiese adquirido (4).

19. La obligación que tienen los padres de alimentar á sus hijos espurios la satisfacen dejándoles el quinto de sus bienes en los casos en que, según hemos dicho arriba, pueden hacerlo. Del referido quinto una vez que los hijos lo perciban, tienen facultad de disponer á su arbitrio, según lo previene la ley 10. de Toro, que es la 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., excepto en tres casos. El primero, cuando de la tácita ó expresa voluntad del testador se colige que no quiso que pasase el quinto á los herederos de su hijo espurio: el segundo, cuando le hace algun legado de rentas anual por los días de su vida: el tercero, cuando impone al hijo espurio la obligación de restituir á otro después de su muerte los bienes que le deja por vía de alimentos, en cuyo caso no puede disponer del sobrante de los mismos (5). Si el espurio no dispusiere del quinto que le adjudicaron por razón de alimentos, pasará á sus herederos y no volverá á los de su padre (6).

20. Sentada esta doctrina legal sobre el modo de heredar los hijos ilegítimos á sus descendientes y ascendientes resta decir qué reglas han de seguirse en la sucesión de sus consanguíneos. Respecto de los naturales hay formal resolución en la ley final, tit. 13. Part. 6. de cuyo contexto se deduce que muerto abintest-

1 Matienz. ibid. num. 16 y 17.

2 Com. en la ley 9 de Toro, num. 39. Covarr. ibi, num. 14.

3 Com. ibid. al fin.

F. I.

4 Matienz. ibid. num. 19 al 22.

5 Matienz. en dicha ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 4 y 5.

6 Matienz. ibid. num. 6.

49

tato el hijo natural sin sucesion, si deja dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legitimo, preferirá este á aquel, porque en él concurren las dos cualidades de naturaleza y de derecho, y en el natural la de naturaleza solamente. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano; pero el natural por linea paterna no heredará á los legitimos ni á los demas parientes por esta linea intestados. Dejando un hijo natural de parte de madre solamente, y otro natural ó legitimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta, al natural y al legitimo de parte de padre, que no lo es. Y á falta de hijo legitimo y natural de parte de padre ningun otro pariente por linea paterna heredará al natural (1).

21. Si muriere abintestato el hijo natural, dejando solamente parientes por parte materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado: y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legitima, los heredará como si fuera legitimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitadamente consanguíneos por la certidumbre del parto, como lo dice la ley inserta al fin y otras (2), lo que no sucede por parte de su padre.

22. Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dejando cada uno un hijo legitimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro que sobrevive, y será preferido á todos los demas cognados mas remotos, aunque sean legitimos, porque entre ellos hay cognacion próxima, y asi deben suceder segun la inmediacion de parentesco y prerogativa de grado, como se prueba de los finales periodos de la ley inserta.

23. Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural por parte materna, si dejare dos hermanos, uno natural y otro de legitimo matrimonio de la propia madre, no preferirán uno al otro, antes bien concurrirán ambos y le heredarán con igualdad, porque estan en igual grado, pues la ley 9 de Toro habla y se debe entender cuando se trate de suceder á la madre, en cuyo caso el legitimo prefiere al natural; mas no cuando se trata de suceder a los legitimos y naturales entre si: por lo que se ha de estar á la disposicion del derecho comun, como no corregido ni derogado en esta parte, que ordena que no sea preferido el

1 Gomez en la citada ley 9 de Toro, num. 46 y 47. Greg. Lop. en la ley inserta.  
2 Gomez en dicha ley 9 de Toro, num. 48. Covarr. de sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 5. col. penult.

hijo legitimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre: luego tampoco deberá serlo en la de los de su hermano, y asi concurrirán ambos (1).

24. Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legitimos dejando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero, por la doble conjuncion y cualidad, y preferirá al uterino, porque tiene predileccion legal como mas conjunto (2), al modo que para con los hermanos legitimos está dispuesto en derecho.

25. Los espurios de cualquier clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque por la máxima incertidumbre de la filiacion y parentesco por parte paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos (3).

26. Asimismo no sucederán los espurios de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por linea materna, porque si no suceden á su madre ni esta á ellos, tampoco deben suceder á sus parientes por su linea, ni estos heredarlos (4).

27. Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos, y asi se debe guardar igualdad entre ellos: de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, es igual el derecho de los segundos para suceder á los primeros, como ya se dijo en el capitulo citado.

28. Acerca de los hijos ilegítimos de todas clases debo por último hacer dos advertencias: 1.<sup>a</sup> que aunque el padre declare en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados los herederos á entregársela, á menos que lo justifiquen por otros medios legales, porque se presume que lo hace por beneficiarlos perjudicando á sus herederos legitimos (5); 2.<sup>a</sup> que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquiera oficio ó arte indistintamente, á excepcion de los empleos de juez ó escribano, segun la ley 9. tit. 23. lib. 8. Nov. Rec., la cual deroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios á esta declaracion.

1 Gom. dicho num. 48. vers. *Dubium tamen est.* Avendañ. en la ley 9 de Toro, glos. 2. num. fin. Acev. en la 7. tit. 8. lib. 5. num. 4.

2 Matienz. ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 4. num. 10. Greg. Lop. en la fin. tit. 13. Part. 6. glos. 6. Gom. en dicha ley 9. num. 49.

3 Gom. ibid. dicho num. 46.

4 Gom. ibi. num. 50. vers. *Sed teneo.* Cifuentes en dicha ley 9 de Toro, num. 2. Tello en ella, num. 34. vers. *Ex ultimis verbis.* Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 8. Acost. in cap. *Si pater*, vers. *Omnia*, num. 13. de testam. in 6.

5 Ley 3. tit. 14. Part. 3.

## CAPITULO SEPTIMO.

*De la sucesion de los ascendientes legitimos á los bienes de sus descendientes por testamento.*

1. Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, á excepcion del tercio.
2. El orden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato.
3. Comprende del mismo modo á los que esten bajo la patria potestad, que á los emancipados.
4. Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas.
5. De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio.
6. Resolucion de ella.
7. Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufructo.
8. El hijo puede disponer de sus bienes cuando el padre entró y profesó en alguna religion, y en otros casos.
9. El pacto reciproco de heredarse celebrado entre marido y muger no es permitido al hijo en perjuicio de su padre.
10. No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados.
11. Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos ni al enfiteusi.
12. No sucederán los ascendientes que han hecho renuncia jurada, ó han dado licencia de testar de otro modo al descendiente, ó bien han consentido en la pretericion.

1. Como la patria potestad era perpetua y omnimoda por derecho romano, se habla muy poco en él de la sucesion de los ascendientes, quienes mal podian heredar los bienes de que nunca dejaban de ser dueños. Unicamente cesaba la patria potestad por la emancipacion; pero aun en este caso se reservaban siempre los padres los derechos de patrono, uno de los cuales era la herencia muriendo sus hijos sin sucesion y abintestato. Nuestras leyes comprenden la segunda linea recta, que es la de los ascendientes legitimos (\*), entre los herederos forzosos, im-

\* La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia persona, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar, y así nada

poniendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion (1) en todos sus bienes *adventicios y profecticios, castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la iglesia (2), á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio así en vida como en última voluntad (3).

2. Así á falta de descendientes legitimos y legitimados deberán aquellos instituir á sus ascendientes, observando el orden y reglas que se dirá hablando de esta herencia abintestato, pues son las que se observan por testamento.

3. Esta obligacion de los descendientes legitimos comprende del mismo modo á los que estan bajo la potestad de sus descendientes, que á los emancipados; y unos y otros pueden disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de propios ó extraños, imponiendo en ella las condiciones honestas y posibles que juzguen conveniente, en los mismos términos en que el ascendiente en su caso dispone del quinto.

4. Y aunque las leyes 6 y 7. tit. 17. Part. 4. permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos sus bienes castrenses y cuasicastrenses, estan derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean*; las cuales le obligan á disponer de solo el tercio de tales bienes, del propio modo que de los adventicios (4): lo mismo entiendo de los donados por el Rey al descendiente, y de los adquiridos por razon de la iglesia (5). Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra (6).

5. De la referida ley nacen dos dudas. La primera versa sobre si los descendientes podrán consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á extraño. Antonio Gomez en la ley 29 de Toro, num. 4, dice: que si lo dejan á ascendiente, pueden; mas no, dejándolo á extraño: lo uno porque los ascendientes deben haber su legitima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo

importa que el padre sea natural ó español, si su hijo es legitimo, que es lo que se requiere para que pueda heredarle, como lo prueba Tello en la ley 6 de Toro, num. 6.

1 Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 6 de Toro.

4 Avendaño. en dicho ley, glos. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. Part. 4.

5 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 4. num. 18.

6 Ordenanzas de 1768, art. 17. trat. 8. tit. 11.

contrario seria imponerles gravamen; y lo otro porque dicha ley 6. no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictamen, el mio es, que ya lo deje á ascendiente ó á extraño, puede consignarlo. Lo primero, porque la ley no lo prohíbe, y lo que no está prohibido se entiende permitido. Lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto á que se le deja el tercio, no como legítima que se le deba, sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por que razon podrá ejecutarse con el primero, no habiendo ley alguna que lo disponga? Por consiguiente ó á entrambos ó á ninguno ha de poder hacerse la consignacion. Lo tercero, porque cuando versa identidad de razon, debe obrar la misma disposicion legal: es asi que cuando el ascendiente deja el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser su descendiente heredero de prerogativas mas grandes, como deyo sentado: luego no solo con igual sino con superior razon puede consignar el tercio cuando lo deja á extraño, y debe militar por consiguiente la propia disposicion para uno que para otro.

7. La segunda duda es, si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ó solamente en propiedad, y si este ha de quedar ó no reservado al padre mientras viva. Para comprender bien esta cuestion conviene advertir, que el hijo estando bajo la patria potestad no tiene dominio alguno sobre el usufructo de sus bienes, sino solo la propiedad de ellos. Asi lo expresa la ley 5. tit. 17. Part. 4. Infiérese de esto, que aunque pueda disponer de la propiedad del tercio por donacion ó contrato entre vivos, no puede enagenar el usufructo en manera alguna; y no menos que ni aun por testamento puede hacerlo. Los jurisconsultos que opinan de este modo se fundan en la citada ley, que reserva al padre, durante su vida, el usufructo de los bienes del hijo, por lo cual no puede enagenarle sin licencia suya, de cuyo dictamen es Sigüenza (1). Los que opinan en favor de la libertad del hijo para enagenar en su testamento el usufructo, se apoyan en la ley 6 de Toro, de que va hecha mencion, añadiendo que por su muerte sale el hijo de la patria potestad, de donde deducen que no obrando sus efectos ningun testamento sino despues de muerto el testador, no tiene lugar la ley de Partida. Esta opinion es la mas justa y la que está en práctica, pues aun

1 Sigüenz. de clausulas. lib. 2. cap. 4.

cuando no sea cierto que por la muerte se adquiera la exencion de la patria potestad ni ningun otro derecho, la ley 5 de Toro (1), posterior á la de Partida, hace al hijo *sui juris*, ó independiente, para que teniendo la edad de doce ó catorce años (segun fuere hembra ó varon) pueda hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder; y como en ella no se hace distincion alguna entre propiedad y usufructo, parece conforme á razon, que este accesorio siga la condicion de lo principal.

8. Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad y usufructo cuando su padre entró en religion y profesó; ó por ser disipador se le quitó la administracion de los bienes de su hijo; ó si por delito que cometió es *deportado*, que se llama asi al desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas, galeras, carcel perpetua, ó cuando es *banido* ó *encartado*, que es el prófugo por delito, y porque no parece, se le emplaza por edictos, y en rebeldía es condenado, en cuyos casos espira el usufructo, y despues de extinguido no renace (2).

9. Si el hijo casado y su muger hicieron pacto reciproco de que aquel que sobreviviese hubiera de suceder al muerto en todos sus bienes en caso de no dejar descendientes legítimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen que sí varios autores (3); pero no me adhiero á su dictamen: primero, porque siendo un honor el nombre de heredero es justo que los hijos le den á sus padres, y la desheredacion es siempre una especie de injuria; y segundo, porque dicho pacto se graduaria por el que las leyes romanas llaman *de invicem succedendo*, que por derecho está reprobado (\*).

10. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo estos de hijos ú otros descendientes legítimos, sino aunque los tengan, si por causa legal probada los exheredan é instituyen á un extraño por su heredero, pues en este caso los ascendientes como preteridos pueden romper el testamento, quejándose de la pretericion, y pretendiendo se les declare por herederos y excluya al extraño instituido, lo cual conseguirán, y entrarán en la herencia; bien que la tercera parte de ella, que es de lo que dicha ley 6 de Toro les permite testar

1 Ley 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.  
2 Morquech de divis. lib. 4. cap. 4.  
num. 30 al 40.  
3 *Get. de juram. confirm.* part. 1. cap.  
3. num. 27. Cast. in proem. leg. *Tauri*,

num. 4 y 5.

\* Puede haber ciertamente hermandad y comunicacion de bienes entre marido y muger en dos casos; pero su explicacion no es propia de este lugar.

(como queda dicho en los dos primeros párrafos), será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que por derecho há lugar.

11. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, porque estos no se desieren por derecho hereditario, sino de sangre, á menos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion (1). Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene feudo y muere sin hijos (2).

2. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenían á sus bienes (3). Ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia jurada de su padre. Ni cuando este consiente el testamento en que su hijo le omite ó pasa en silencio, y deja á otro por su heredero, ó dispone integramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa (4).

1 Mat. en la ley 1. glos. 3. num. 11. y glos. 5. num. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. Greg. Lop. en la ley 7. verb. *Los que suben*; tit. 26. part. 4. y en la 4. glos. 4. tit. 15. Part. 6.  
2 Ley 7. tit. 26. Part. 4. et ibi glos. cit.

3 Acev. en la ley 1. num. 65 al 69. tit. 8. lib. 5. Rec. Gutierr. in cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6.  
4 Gutierr. y Acev. ubi supr.

## CAPITULO OCTAVO.

*De los herederos extraños por testamento*

- §. 1. Division de esta materia.
2. Son herederos extraños los parientes por linea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador.
3. Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento.
4. El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales á todos los que guste, sean ó no sus consanguíneos.
5. El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos.
6. Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno.
7. Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone haberse los dejado.
8. Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí.
9. ¿Como se entenderán otras varias divisiones que haga el testador?
10. Decision de un caso de institucion ambigua.
11. Decision de otro caso igualmente dudoso.
12. La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del testador.
13. Instituyendo el testador por heredero á uno en la parte que tiene designada en otro documento, si no hubiese tal designacion, es nula la institucion; pero si se refiere á señalamiento futuro, es válida, aunque no la hubiere.
14. Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion, divilirán entre sí la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador.
15. ¿Que deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion?
16. Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unos y de las de otros.
17. Caso resuelto en esta especie de institucion.
18. Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada.
19. Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno.
20. ¿Como se entiende el lenguaje divisorio?
21. ¿Cuando los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente, y por cabe-

(como queda dicho en los dos primeros párrafos), será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que por derecho há lugar.

11. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, porque estos no se desieren por derecho hereditario, sino de sangre, á menos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion (1). Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene feudo y muere sin hijos (2).

2. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenían á sus bienes (3). Ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia jurada de su padre. Ni cuando este consiente el testamento en que su hijo le omite ó pasa en silencio, y deja á otro por su heredero, ó dispone integramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa (4).

1 Mat. en la ley 1. glos. 3. num. 11. y glos. 5. num. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. Greg. Lop. en la ley 7. verb. *Los que suben*; tit. 26. part. 4. y en la 4. glos. 1. tit. 15. Part. 6.  
2 Ley 7. tit. 26. Part. 4. et ibi glos. cit.

3 Acev. en la ley 1. num. 65 al 69. tit. 8. lib. 5. Rec. Gutierr. in cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6.  
4 Gutierr. y Acev. ubi sup.

## CAPITULO OCTAVO.

*De los herederos extraños por testamento*

- §. 1. Division de esta materia.
2. Son herederos extraños los parientes por linea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador.
3. Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento.
4. El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales á todos los que guste, sean ó no sus consanguíneos.
5. El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos.
6. Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno.
7. Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone haberse los dejado.
8. Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí.
9. ¿Como se entenderán otras varias divisiones que haga el testador?
10. Decision de un caso de institucion ambigua.
11. Decision de otro caso igualmente dudoso.
12. La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del testador.
13. Instituyendo el testador por heredero á uno en la parte que tiene designada en otro documento, si no hubiese tal designacion, es nula la institucion; pero si se refiere á señalamiento futuro, es válida, aunque no la hubiere.
14. Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion, divilirán entre sí la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador.
15. ¿Que deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion?
16. Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unos y de las de otros.
17. Caso resuelto en esta especie de institucion.
18. Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada.
19. Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno.
20. ¿Como se entiende el lenguaje divisorio?
21. ¿Cuando los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente, y por cabe-

- zas ó ramas? (*in capita ó in stirpem*).
22. Catorce casos en que se sucede por igual y simultáneamente. Primer caso.
  23. Segundo y tercer caso.
  24. Cuarto, quinto y sexto caso.
  25. Séptimo caso.
  26. Octavo caso.
  27. Noveno caso.
  28. Décimo y undécimo caso.
  29. Duodécimo caso.
  30. Décimotercio y decimocuarto caso.
  31. Excepciones de la doctrina del párrafo 21.
  32. Segunda excepcion de dicha doctrina.
  33. Tercera excepcion.
  34. Cuarta y quinta excepcion.
  35. Sexta excepcion.
  36. Séptima excepcion.
  37. Octava excepcion.
  38. Nona excepcion.
  39. Siendo uno instituido por su nombre, y otros de un modo colectivo, aquel tomará la mitad, y estos repartirán lo restante.
  40. Excepciones de esta doctrina.
  41. Si alguno instituye genéricamente á sus hermanos, quedan excluidos los medios hermanos.
  42. Pero si solo tiene un hermano entero, partirán la herencia todos.
  43. Si instituye á alguno por su nombre, y con él á otros que no han nacido, heredarán á partes iguales.
  44. Si es instituido un hermano y los hijos de otro, partirán todos la herencia con igualdad, como los haya nombrado uno por uno.
  45. Si alguno instituye por herederos á sus hermanos, no por eso se han de entender instituidos los hijos de otro hermano muerto.
  46. De los herederos usufructuarios.
  47. De los herederos fideicomisarios.
  48. Para que sea válida la institucion de los herederos extraños, han de carecer de impedimento legal en tres tiempos.

1. Como no todos los testadores tienen herederos legítimos ó forzosos, por cuyo defecto suelen repartir su hacienda entre sus parientes ú otros totalmente extraños, dividiré la materia de este párrafo en tres puntos: en el primero trataré de los que se llaman herederos extraños, y cuáles puede instituir el testador; en el segundo, de cuántas maneras puede hacer la institucion, y cómo se ha de dividir entre ellos su herencia; y en el tercero, cuando le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo.

2. Llámense herederos extraños los que no son descendientes ni ascendientes del testador: y así se comprenden bajo dicho nombre no solo aquellos que no tienen parentesco alguno con

este, sino tambien los parientes transversales, incluso sus hermanos. No hay duda en que procederá mas justa y cristianamente el testador en beneficiar en su testamento á sus parientes pobres, si los tuviere, con preferencia á otros que no lo sean; pero el derecho le da facultad para disponer de sus bienes en perjuicio suyo (1).

3. Como los extraños ningun otro derecho tienen á los bienes del testador, que el que les da la voluntad del mismo, jamas pueden anular su testamento (2). Solo compete este derecho á los hermanos del testador, en el caso de que instituya por herederos á sujetos de mala vida ó infames, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios, usureros, clérigos publicos y continuamente amancebados, y otros cuya designacion es arbitraria en el juez. Entonces les compete la accion de querrela (\*), y no vale la institucion, siendo probado el defecto del instituido (3), excepto que hayan maquinado contra su vida, ó acusádole de crimen que trajese consigo pena capital ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes, ó poniendo los medios para que los perdiese; pues por cualquiera de estas tres causas verificadas, no solo no pueden intentar la querrela, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato serán repelidos, y nada podrán heredar de él (4).

4. Por lo tocante al segundo digo: que careciendo el testador de herederos forzosos puede instituir á uno ó á muchos extraños, ya sean ó no consanguíneos suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar, é imponerles las posibles y honestas condiciones que guste, las que para entrar en la herencia deben cumplir, ó dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicarán para ello las competentes diligencias (5).

5. Digo asimismo que aunque el derecho romano dividia la herencia en doce onzas ó partes, puede dividirla el testador en

1 Leyes 1. tit. 6 lib. 3. Fuero Real, y 2 y 12 tit. 7. Part. 6.

2 Ley 2. verb. *Et todos los otros*, y ley 12. tit. 7. Part. 6.

\* Esta querrela es la que se llama de *inoficioso testamento*, la qual tiene lugar cuando el preterido ó desheredado pretende ser falsa la causa de desheredacion alegada por el testador, ó bien cuando esta ha sido hecha sin expresarse causa alguna. Probandose la falsedad de la causa en el primer caso, ó el grado de parentesco que

constituye heredero forzoso al preterido sin ella, se rescinde el testamento como *inoficioso*, esto es como hecho contra los officios de piedad que median entre padres é hijos, segun se verá en el titulo de las acciones.

3 Ley 2. verb. *Fueras ende*, tit. 8. Part. 6.

4 Dicha ley 12. verb. *Pero tres razones*, y ley 2. cit. verb. *Pero si este hermano*. Cast. *Controv.* lib. 2. cap. 19.

5 Leyes 7 y 14. tit. 4. Part. 6.

las que quisiere, é instituir á sus herederos de tres maneras: 1.<sup>a</sup> señalando á todos lo que han de percibir de sus bienes; 2.<sup>a</sup> á unos sí, y á otros no; 3.<sup>a</sup> á ninguno (1): y de cada una procedo á tratar ordenadamente, exponiendo varios casos para ilustracion de esta materia.

6. Primero, cuando el testador señaló á todos sus herederos las partes ó porciones que de su herencia han de percibir; en cuyo caso se debe repartir enteramente entre ellos, de modo que nada quede vacante, y todos le representen en el todo (2). Y si habiendo dividido parte de ella, dejó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituidos á proporcion de lo que les señaló en la parte distribuida (3).

7. Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni aunque despues haga otro nombra heredero en él, debe llevarlos todos el particular instituido; sin embargo de serlo solo en cosa determinada, porque se entiende universal; y asimismo cumplir los legados y pagar las deudas que dejare (4); pues de no heredarlos todos, se verificaria que el testador moria en parte testado y en parte intestado, lo cual es absurdo y repugna (5). Pero si en testamento posterior establece nuevo heredero, llevará solamente el anterior la cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, pues si la contiene ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (5).

8. Si el testador divide la herencia, v. gr. en cuatro porciones, instituyendo por iguales partes á tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la cuarta, deben llevar esta con

1. Leyes 16 y 18. tit. 3. Part. 6. Guereir. de division. lib. 5. cap. fin. num. 2, 3 y 4.

2. Gam. lib. 1. Var. cap. 10. num. 14. Not. lib. 2. Comment. jur. civil. tit. 15. ex num. 17.

3. Guereir. de division. lib. 5. cap. fin. num. 38.

4. Ley 14. tit. 3. Part. 6.

5. Esta doctrina de Febrero se apoya en el dere ho romano, segun el cual nadie podia morir parte testado y parte intestado (ley 7. de divis. reg. jur.), de cuyo axioma procedia el derecho de acreer que estableció la ley 4. §. 4. de her. inst., y en lo que la siguió nuesta ley de Part. (14. tit. 3. Part. 6). Pero muchos de nuestros juriscultos son de opinion, que ya no debe observarse por estar corregida por la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. segun la

qual valen los legados, aunque falte la institucion de heredero, verificandose por este medio, que es posible morir en parte testado y en parte intestado, y tambien que no es la institucion de heredero cosa tan necesaria entre nosotros, como lo era entre los romanos, pues faltar lo la institucion era todo nulo. Asi muchos opinan que en el caso que el autor propone, debe el instituido en cosa determinada heredar esta, y no mas, pasando el resto de la herencia á quien tocara abintestado, y debiendo séguirse la misma regla en todos los casos en que por derecho comun y de los Partidas correspondiera el derecho de acrecer. Este y otros puntos de igual importancia y ambigüedad convendria mucho que una nueva ley los aclarase.

5. Ley 14. cit. y ley 24. tit. 1. Part. 6.

igualdad los instituidos en las tres; y si no lo fueron igualmente, llevará cada uno de la vacante la que segun la institucion le corresponda proporcionalmente (1): y lo mismo se debe observar en los legados (2). Pero si el testador instituye cuatro herederos, y á cada uno en cuatro partes de la herencia, se ha de dividir esta en diez y seis, y llevar cada uno las cuatro que dice el testamento (3).

9. Dividiendo el testador su herencia en mas de las doce onzas ó partes en que el derecho la divide, v. gr. instituyendo á uno en ellas, y á otro en seis, llevará las dos terceras partes el instituido en las doce, y el de las seis la otra tercera parte, ya nombre primero á este que á aquel, ó al contrario (4). Y si instituye á uno en las doce, y á otro en mas de las seis, v. gr. en ocho, diez &c., y consta que quiso dividir su herencia en mas de las doce partes, decrecerá para el de las doce, por ser visto haber querido que no percibiese las que dejó al otro, antes sí darlas á este; y así en los casos propuestos se dividirá en veinte ó veinte y dos partes segun sea la institucion, de las cuales llevará las doce, y el otro las ocho ó las diez. Y si á cada uno dejase doce, partirán por mitad toda la herencia, porque por el hecho de no dividirla el derecho en mas de doce onzas ó partes, haber instituido el testador dos herederos, y dejado á cada uno las mismas doce que son su total, es visto haber querido que este decreciese para ambos con igualdad, y por consiguiente que le heredasen por mitad. Sin embargo la norma mas segura será el sujetarse en todo á la disposicion del testador, el cual puede dividir su herencia en cuantas partes quiera, sin sujetarse para esto á la ley de Partida.

10. Nombran lo herederos el testador en esta forma: *instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y á Juan en la otra mitad, y añadiendo luego: y en la misma parte que instituyo á Juan sea heredero Francisco*, no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan y Francisco la otra mitad con igualdad: porque las palabras del testador manifiestan haber querido que estos se reputasen por uno, que como juntos percibiesen y dividiesen entre sí la mitad de su herencia, y que Pedro como único llevase la otra mitad.

11. Diciendo el testador en la institucion de esta suerte:

1. Ley 17. verb. *E an decimus*, tit. 3. Part. 6.

2. Ley 33. tit. 9. Part. 6. Gam. lib. 1.

Var. cap. 2. num. 3. y cap. 12. num. 20.

3. Ley 18. tit. 3. Part. 6.

4. Ley 19. tit. 3. Part. 6.

nombre á Pedro, Diego y Juan por mis herederos, al primero, al segundo, al tercero, y á cualquiera y á cada uno de ellos en todos mis bienes y herencia; es visto que quiso instituirlos con igualdad, y que el nombrado primero no tuviese mas derecho que el segundo ni tercero; y así percibirá cada uno la tercera parte de la herencia (1): por lo que si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y dijeren que fueron instituidos pero que no se acuerdan en cuantas partes, se debe interpretar que lo han sido igualmente (2).

12. Lo mismo procede y se debe practicar cuando alguno fue instituido heredero en alguna cuota ó porción de la herencia, y se duda en cuanto por no estar especificada; pues entonces se han de dividir los bienes del instituyente según la mas verosímil intención de este, que debe investigar prudentemente el juez, regulando su arbitrio por la disposición de las leyes (3).

13. Instituyendo el testador por su heredero á uno en la parte que en su codicilo ó en su primer testamento le tiene señalada, si ningún señalamiento se encuentra en estos, se entiende excluido de su sucesión, y así nada percibirá. Y lo mismo procede si le instituye en la que otro tiene nombrado al mismo testador, y se verifica que no hay tal institución. Pero si este se refiere al tiempo futuro, v. gr. le instituye en la parte que le señalará en su codicilo ó en otra cosa ó instrumento, aunque se verifique que nada le señaló, llevará su herencia, porque se reputa instituido en todas; y si son muchos la dividirán igualmente como instituidos sin partes (4).

14. Si el testador nombra á algunos por herederos de ciertas fincas ó de otra cosa, ya sea en partes iguales ó desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes, se entienden instituidos también estos; y así se han de dividir con igualdad entre ellos; pero en la finca ó cosa señalada llevarán las partes que les asignó. Lo mismo se ha de observar si instituye á dos, al uno en una finca y al otro en otra, ó en cosa determinada, y no dispone del resto de la herencia entre ellos, ni elige otros; bien que cada uno llevará además la cosa en que fue instituido (5).

1 Ley 19. tit. 3. Part. 6. *E si accescie-*  
se. Greg. Lop. en dicha ley 19. glos. 4 y 5.  
2 Decio. cons. 252. num. 3. vers. *Nec*  
*obstat. Mantio. de conject. lib. 4. tit. 9.*  
num. 4. *Crecei. cons. 65. num. 4.*  
3 *Mans. de testam. valid. et invalid.*  
tit. 6. quest. 22. num. 1. *Guerric. de divi-*

*sion. lib. 5. cap. fin. num. 50.*

4 *Ruin. lib. 2. cons. 176. num. 4. vers.*  
*Ad idem facit. Menoch. lib. 4. præsumpt. 18.*  
*Guerric. ibi. num. 54 y 55.*

5 Ley 14. palabras: *Otro sí decimos*, tit.  
13. Part. 6.

15. Pero si instituye á dos por herederos juntamente, v. gr. en una finca, y en otra cosa á otro solo, y no nombra mas herederos ni dispone del resto de sus bienes, se debe distribuir la herencia en dos partes, de las cuales los dos llevarán la una por mitad, y además la finca en la propia forma, y el otro íntegramente la cosa en que fue nombrado, y la otra mitad de la herencia; excepto que el testador mande que todos le hereden igualmente, pues entonces se dividirá esta por terceras partes (1).

16. La segunda manera como puede instituir herederos el testador, y su herencia se ha de dividir entre ellos, es cuando nombra varios, señalando á unos las respectivas partes que han de percibir, y á otros sin señalarles cosa alguna, en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló y en que fueron instituidos, y estos el resto de la herencia, ya importe mas ó menos que lo que toque á los otros (2).

17. De lo expuesto se deduce que si el testador instituye á cuatro por sus herederos, mandando que el uno lleve la mitad de la herencia y el otro la otra mitad, y no señalando á los otros dos cosas ni parte alguna, heredarán aquellos, á quienes instituyó en partes ciertas, la mitad de la herencia y no mas, la que partirán entre sí igualmente; y los otros, á quienes nada señaló, la otra mitad, la que partirán también en igual forma, ya sean instituidos juntos, ó al principio, medio ó fin del testamento (3).

18. Cuando el testador instituye á uno por heredero de todos sus bienes, y después á otro, mandando que este lleve el resto de su herencia; el primero los llevará todos y el segundo nada, porque nada le queda que heredar; y así en cuanto á este será ilusoria y se frustrará la institución; excepto que el primero sea incapaz absolutamente de heredar, y el testador diga que en la parte que no puede haber, instituye al otro, pues entonces llevará todo el segundo, y el incapaz nada (4). Pero si la incapacidad es limitada, puede ser instituido para cuando cese y pueda percibir la herencia.

19. Y la tercera manera como el testador puede instituir herederos, y se ha de dividir su herencia entre ellos, es cuando los instituye sin partes, que es sin señalarles las porciones que

1 Dicha ley 14. verb. *E si por ventu-*  
*ra el testador ficiere.*

2 Ley 17. en las palabras: *E si accescie-*  
*ciere*, tit. 3. Part. 6. *Barr. de successio-*  
*testat. et intest. ley 2. tit. 7. num. 6.*

3 Dicha ley 17. en las palabras: *Otro sí*  
*decimos*, y *Barr. ibi. num. 7.*

4 Dicha ley 19. palabras: *Otro sí deci-*  
*mos*, hasta el fin.

de ella han de llevar. En cuyo caso todos la deben partir igualmente, porque así se conceptúan instituidos; y en duda se presume que lo mismo amó á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos (1); pues la disposicion indeterminada, que se refiere á muchos extremos, los mira simplemente y con igualdad.

20. Dividiendo el testador su herencia en dos ó tres partes, se han de entender dos ó tres de doce, á menos que otra cosa conste de su voluntad. Si hace mencion de alguna cuota, v. gr. tercera, cuarta, quinta, sexta &c., se entiende de la tercera, cuarta, quinta ó sexta de la herencia. Si alguno pide dos partes de la herencia sin declarar mas, se entiende tambien de doce que es su total; y si pide una se entiende pedir su mitad (2).

21. El tercero y último punto de este párrafo (que es bastante oscuro y delicado, porque muchas veces hay que recurrir á conjeturas, y los autores suelen discordar por esta razon) se reduce á si los herederos instituidos por el testamento le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo, y si por cabezas ó por ramas: y para su inteligencia digo: lo primero, que aunque nombre á muchos de grados distintos, v. gr. *si instituye á Pedro su amigo, y al hijo y nieto de este*, deberán sucederle igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo, sin embargo de militar entre ellos diversos grados, y algun orden de naturaleza y caridad; y la razon es que por el hecho de instituirlos de esta suerte se conceptúa que lo mismo amó á unos que á otros (3).

22. Se amplia esto á los catorce casos siguientes. El primero, no solo cuando los instituidos fueron absolutamente extraños, sino aunque hayan sido consanguíneos del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarían por recaer en ellos la sucesion abintestato, pues sin embargo de que lo sean, si llama copulativamente á todos, y no hace distincion de las partes que cada uno ha de heredar, y cuando, le sucederán á un tiempo y con igualdad, sin diferencia (4).

23. El segundo es cuando nombró por sus herederos á su hermano ó hijo de este, ó á él, ó á los de otro hermano muerto pues se dividirá entre todos por iguales partes la herencia: por

1 Ley 17. tit. 3. Part. 6.

2 Greg. Lop. en la 16. tit. 3. Part. 6. glos. 1.

3 Com. lib. 1. Var. cap. 2. num. 4. vers. *Sexto et finaliter*. Cras. in §. *Inst.* quest. 20. num. 10. Harp. ad Clarum in §.

*Testamentum*, quest. 10. num. 3. *Guerreir. de divis.* lib. 5. cap. fin. num. 7.

4 *Mans. de testam. valid. et invalid.* tit. 6. quest. 16. num. 5. *Fachin. Controv.* lib. 12. cap. 41. *Guerreir. ibi*, num. 8.

que cuando la aficion del testador recae indistintamente en todos los instituidos, se contemplan llamados juntamente, y no por orden sucesivo (1). El tercero es cuando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de este, llamándolos por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo (2); porque por el hecho de llamar á estos por sus nombres y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo singular que á ello le impelia.

24. El cuarto es cuando instituyó á su hermano, y con limitada especificacion ó usando de nombre apelativo, á sus hijos, v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estuviere embarazada, ó aunque no se hallase en este caso, se podia esperar por su edad y aptitud para procrear, que pariese mas; ó cuando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder; pues sucederán con su padre igualmente, y no por orden sucesivo (3). El quinto cuando instituyó á su hermano y á los hijos que entonces tenia, y no esperaba procrear mas (4). El sexto cuando dijo: *instituyo á mi hermano con sus hijos*, porque esta preposicion *con* es copulativa (5).

25. El séptimo es cuando hizo la institucion con palabras, que segun las reglas gramaticales no se pueden entender sucesiva sino simultáneamente, v. gr. *instituyo á mi hermano Pedro y á sus hijos por mis herederos*: pues heredarán todos á un mismo tiempo, y no por orden sucesivo, porque la palabra *herederos* no conviene al hermano solo sino tambien á sus hijos (6).

26. El octavo cuando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de este, pues aunque el tio y hermano preceden al primo en la edad y orden de la naturaleza y generacion, y abintestato lo excluyen de heredar, no obstante, en este caso serán admitidos igualmente á la herencia, y no por orden sucesivo segun la prerogativa de grado (7).

27. El noveno cuando el testador instituyó á muchos sin nombrarlos por sus nombres, sino bajo del colectivo de muchas personas de un mismo grado: pues deben ser admitidos todos juntamente, y heredar por iguales partes, v. gr. *instituyo á los hi-*

1 *Guerreir. ibi*, num. 9 y 10. *Menoch. lib. 4. præsumpt. 70. num. 16.*

2 *Guerreir. ibi*, num. 11.

3 *Guerreir. ibi*, num. 12.

4 *Guerreir. ibi*, num. 13.

T. I.

5 *Guerreir. ibi*, num. 20. vers. *Secus erit.*

6 *Menoch. dicha præsumpt. 70. y lib.*

4. num. 34. *Guerreir. ibi*, num. 23.

7 *Cras. di. ho. num. 3. Mens. dicha*

quest. 16. num. 6. *Guerreir. ibi*, num. 23.

jos ó hermanos, porque entre estos no hay ni se presume tenerles mayor afecto, y asi como conjuntos se estiman por uno (1).

28. El décimo cuando instituyó á muchos por herederos con modo colectivo, y á otro solo con el distributivo, v. gr. *instituyo á Francisco y á cualesquiera hijos suyos por mis herederos*, pues es lo mismo que si á cada uno de estos nombrara y llamara singularmente á la herencia; por lo que se dividirá igualmente entre todos (2): lo cual procede aunque los hijos instituidos con su padre esten emancipados (3). El undécimo cuando hizo la institucion llamando á uno y á sus hijos, y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia (4).

29. El duodécimo cuando instituyó á muchos con nombre colectivo, y entre ellos á un tercero que estaba contenido bajo del mismo nombre, v. gr. *instituyo á los hijos de Francisco y á Antonio por mis herederos*. En tal caso si este es uno de los hijos de Francisco, sucederá en igual parte que los demas sus hermanos (5); porque cuando se conoce el afecto é inclinacion á los instituidos, y se dirige hácia ellos, se entiende llamados para heredar al propio tiempo y no por orden sucesivo (6).

30. El décimotercio es la sustitucion hecha á los sustitutos por sus propios nombres expresos: pues como en este caso se presumen instituidos igualmente, se ha de dividir del mismo modo entre ellos la herencia (7). Y el décimocuarto en los legados y fideicomisos, en los cuales los instituidos ó nombrados en partes no señaladas son admitidos con igualdad (8).

31. Lo dicho en el párrafo 21 se limita lo primero, cuando el testador instituyó v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que procrease otros; pues le heredarán por orden sucesivo, porque se conceptúan llamados asi á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que entonces estaban nacidos, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos (9).

32. Lo segundo, cuando llamó á su hermano y á sus hijos,

1 Mans. supr. num. 7. Guerreir. num. 24.

2 Menoch. præsumpt. 8. num. 7. y 16. Guerreir. ibi, num. 28, 29 y 30.

3 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 36 al fin, lib. 4.

4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 18.

5 Menoch. ubi supr. num. 21 y 22.

6 Menoch. dicha præsumpt. 20. num. 16. lib. 4.

7 Menoch. dicha præsumpt. 18. num.

6. Fusar. de substitut. quæst. 477. num. 1 y 2. Guerreir. dicho lib. 5. y cap. fin. num. 25.

8 Guerreir. ibi, num. 26.

9 Guerreir. ibi, num. 14.

y al tiempo que formalizó el testamento ningunos tenia nacidos, pues se contemplan llamados tambien por orden sucesivo, porque como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni por consiguiente que quisiese igualarlos á este, para que á un propio tiempo heredasen con él (1).

33. Lo tercero, cuando instituyó á su hermano y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él (2), ó á sus hijos ó descendientes; porque bajo del nombre de descendientes se comprenden no solo los hijos, sino los nietos, biznietos y demas posteridad suya hasta su extincion (3); ó á sus hermanos y los suyos, porque este nombre suyos comprende lo mismo que el de hijos: y asi en estos tres casos heredarán todos por orden sucesivo (4).

34. Lo cuarto se limita, cuando nombró á su hermano y á sus herederos, porque viviendo este no puede tener heredero en el efecto, y en el nombre genérico de *herederos* no solo se comprenden el primero sino los de este y demas que siguen (5). Lo quinto, cuando instituyó á su hermano ó á sus hijos, pues estos heredarán despues que su padre, porque la ó es disyuntiva, y asi impide que hereden juntamente con él (6).

35. Lo sexto, cuando instituyó á su hermano y á sus hijos con palabras, que atendidas las reglas de gramática, no pueden entenderse sino sucesivamente, v. gr. *instituyo por mi universal heredero á Pedro mi hermano y á sus hijos*, pues estos deben heredar por orden sucesivo, que es despues de muerto su padre, porque la palabra *heredero* no conviene sino al hermano, que es uno, ni se extiende á los hijos, que son muchos, sino por el orden expuesto (7).

36. Lo séptimo, cuando son instituidos muchos *colectiva ó copulativamente*, si de las palabras con que el testador hace la institucion se colige haber querido que no acudiesen todos á un propio tiempo sino por orden sucesivo, v. gr. *instituyo á Pedro y á su hijo y heredero*, y entonces ningun hijo tiene: pues en este caso es visto que el hijo y heredero que llegue á tener ha de heredar por orden sucesivo (8).

37. Lo octavo, cuando son nombrados por herederos mu-

1 Guerreir. ibi, num. 15.

2 Guerreir. ibi, num. 16.

3 Covarr. in cap. Raynutius. §. 2. num.

6. de testam. Guerreir. ibi, num. 17.

4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num.

26. Guerreir. ibi, num. 18.

5 Guerreir. ibi, num. 19.

6 Guerreir. ibi, num. 20.

7 Decio cons. 215. num. 2. vers. *Prima respondit*. Guerreir. ibi, num. 21.

8 Cras. in §. *Institutio*, quæst. 20. num.

5. Guerreir. ibi, num. 27.

chos, entre los cuales no solo media el orden de afecto, caridad y sucesion, sino que concurre la necesidad de ser instituidos, v. gr. si hijo y nietos lo son por la mera particula copulativa; pues siéndolo por alguna palabra mas conyuntiva, v. gr. *juntamente*, sucederán igualmente y no por orden sucesivo (1).

38. Y lo nono y último se limita la referida conclusion cuando son instituidas varias personas, entre las cuales media el orden de caridad, y por alternativa son llamadas á la sucesion (2); ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre, y sus descendientes por una diction ó palabra colectiva de muchos grados, v. gr. *instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes* (3); ó cuando se hace la institucion por su nombre colectivo, que comprende diversas personas y grados, v. gr. si el testador instituye á la familia y á los agnados, hijos y descendientes, en cuyos casos serán admitidas por orden sucesivo segun la prerogativa del grado (4).

39. En cuanto á si sucederán por cabezas ó por ramas digo que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas con modo colectivo ó bajo la coleccion de muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos con igualdad, antes bien el instituido por si solo y por su propio nombre llevará la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre si igualmente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos: ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos*. Y la razon es porque todos los conjuntos se reputan por una persona y no ocupan mas que un lugar, y el disyunto por si solo otro, y por lo mismo debe llevar tanto como los demas (5). Y lo mismo procede cuando es hermano del testador el instituido solo, que abintestato debe heredarle, y los instituidos colectivamente son hijos de este hermano; bien que acerca de este hay variedad de opiniones (6).

40. Se limita lo expuesto cuando el testador añade á la institucion alguna diction ó palabra, por la cual se conoce que qui-

1 Mantie. de conject. lib. 4. tit. 9. num. 19. Mans. quest. 16. num. 19 y 25. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. num. 4. Cinc. part. 7. Var. cap. 8. num. 97. Guerreir. ibi, num. 32 y 33.

2 Mans. ibi, num. 28. Guerreir. ibi, num. 31.

3 Cras. dicha quest. 20. num. 14. Mans.

dicha quest. 16. num. 29. Guerreir. ibi, num. 35.

4 Guerreir. ibi, num. 36. Mantie. ibi, Mans. ibi, num. 30.

5 Guerreir. ibi, num. 28 y 29. Cras. dicha quest. 20. num. 15. Mans. ibi, num.

11. Menoch. ibi, num. 15.

6 Boer. decis. 185. num. 16 al fin, lib. 1.

so heredasen todos uniformemente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*, en cuyo caso heredarán todos con igualdad. Lo cual se entiende, excepto que sean instituidos en diversas oraciones, v. gr. *instituyo por mi heredero á Pedro, y á los hijos de Juan instituyo tambien por mis herederos en iguales partes, ó igualmente por stirpes*. En estos casos, sin embargo de la palabra que al parecer los hace conjuntos, llevará Pedro la mitad de la herencia, y los otros la otra mitad, porque la diction *por iguales partes* recae sobre los hijos de Juan, y los une entre si, y no á Pedro con ellos (1).

41. Si el testador instituye genéricamente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado (2); y la razon es: 1.º porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, segun lo cual son preferidos los hermanos enteros (3); 2.º porque la causa del que murió testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato (4); y 3.º porque mayor aficion se presume para con los hermanos por ambas líneas, que para los medios hermanos (5).

42. Esto se entiende en caso que el difunto tenga varios hermanos enteros, pues si solo tuviere uno de esta clase, por el hecho de llamar ó instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptúan tambien llamados é instituidos los medios hermanos. Y lo propio milita y procede cuando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia (6).

43. Si instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana (ó de otra muger que nombra), y nacen dos ó mas, deben heredar todos igualmente, porque no se puede imputar culpa al testador en no haber nombrado á cada uno por su nombre, respecto no estar nacidos, y por derecho se presume que á estarlo los nombrara. Lo cual es al contrario cuando lo estan y no los nombra sino con modo colectivo; pues se presume que quiso fuesen tenidos por uno, y que por consiguiente heredasen solo todos juntos.

1 Not. ibi, num. 16. Cras. dicha quest. 20. num. 16. Mans. dicha quest. 16. num. 12. Guerreir. ibi, num. 29.

2 Paul. de Castro in leg. fin. Cod. de verb. significat. Gom. en la 8 de Toro.

3 Ley 5. tit. 13. Part. 6.

4 Menoch. cons. 87. num. 40.

5 Menoch. presumpt. 75. num. 19 y 20. lib. 4.

6 Menoch. ubi supr. al fin.

44. Y si instituye por sus herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto, no con modo colectivo ó copulativo sino nombrándolos por sus propios nombres, sucederán cada uno de por sí con su tio, y así la herencia se dividirá entre el tio y sobrinos con igualdad; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que cuando muchos son nombrados colectiva ó copulativamente en alguna disposicion, se admiten virilmente ó con igualdad (1).

45. Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, ó haciéndoles algun legado, parece que son llamados tambien al legado ó herencia los hijos de otro hermano suyo muerto, porque representativamente se tienen por hermanos, y suceden en su derecho y lugar. Pero lo contrario es lo cierto; y así no serán admitidos los sobrinos. Lo primero, porque no hizo mencion de ellos. Lo segundo, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propinqua afición y proximidad de grado que la remota, y atender mas á su mente que á las palabras con que se explica. Lo tercero, porque en el nombre apelativo de hermanos vienen y se comprenden solamente los existentes en segundo grado, y no los ulteriores (2).

46. Entre los herederos extraños se comprenden los usufructuarios, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por tiempo determinado, ó por el de su vida, pasado el cual se incorpora el usufructo con la propiedad, y pertenece al heredero de la misma, que por esto se llama propietario.

47. Compréndense igualmente los fideicomisarios ó fiduciarios, que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona ó personas que designa. Tambien hay quien instituye heredero con fideicomiso, dejando en realidad heredera á su alma sin expresarlo así en el testamento, recomendando al fideicomisario bajo sigilo natural el modo y forma de la distribucion de la herencia, prohibiendo á cualesquiera jueces ú otras personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando por último que en caso de que alguno lo intente ó se entremeta en el negocio, no se entienda ser fideicomisario, sino que se tenga y repule por absoluto heredero.

1 Gom. ibi, num. 16.      quest. 10. num. 31. Acev. en la ley 4. tit. 8.  
2 Gom. ibi, num. 17. Covarr. *Fract.* lib. 5. Rec. num. 6.  
cap. 38. num. 4. Velasc. *de jure emphiteut.*

48. Para que sea válida la institucion de los herederos extraños han de estar libres de impedimento legal en tres tiempos: 1.º cuando son instituidos; 2.º cuando muere el testador; 3.º cuando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos le tuvieren, no heredarán, y en su lugar será heredero aquel á quien por derecho corresponda (1). Cuando el heredero extraño es inhabil para el manejo de sus bienes, es libre el testador de encargarse la administracion de ellos á quien le parezca con postergacion del padre de su heredero, si no mereciese su confianza.

1 Ley 22. tit. 3. Part. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en cif.

## CAPITULO NONO.

## De los herederos abintestato.

- §. 1. Por cuatro causas hay herencia abintestato.
2. Medio de evitar el perjuicio de quedar intestado por la tercera causa.
  3. Duda resuelta sobre la validez de una institucion comprendida en la tercera causa.
  4. Por cualquiera de dichas causas que alguno fallezca intestado, deben heredarle sus parientes naturales.
  5. Sucederán en primer lugar los hijos legítimos del difunto.
  6. No solo los nacidos en vida del dicho sino tambien los póstumos.
  7. Entre los hijos legítimos se comprenden los legitimados por el matrimonio subsecuente.
  8. Esto se entiende aunque sus padres hayan contraido el matrimonio en la vejez, y haya habido otro matrimonio intermedio.
  9. A falta de hijos legítimos heredarán los nietos, y despues sus biznietos y descendientes hasta lo infinito. Qué es heredar *in capita* y heredar *in stirpem*.
  10. Para heredar los nietos han de haber sido concebidos en vida del abuelo.
  11. Sobre la sucesion de los ilegítimos.
  12. Al que muere abintestato, sin descendientes le heredarán sus padres.
  13. A falta de padres le heredarán los abuelos por cualquiera línea.
  14. Si alguno al morir no tiene padres sino abuelos, heredarán estos á partes iguales.
  15. Concurriendo los cuatro abuelos, heredarán por ramas.
  16. Los hermanos del difunto no concurren con los abuelos á la herencia.
  17. Aunque por cada línea concurre un ascendiente, no llevará cada uno los bienes de su línea.
  18. Caso dudoso de herencia entre ascendientes.
  19. A falta de descendientes y ascendientes heredarán *abintestato* los parientes por línea transversal. En esta sucesion hay que atender: primero, á la proximidad del grado.
  20. Segundo, que los grados se han de contar por el cómputo civil.
  21. Tercero, que no hay primer grado en esta línea.
  22. Cuarto, que en esta sucesion solo tienen lugar los parientes dentro del cuarto grado.
  23. Quinto, que entre los parientes de un mismo grado son preferidos los que

- tienen doble parentesco.
24. Los hijos de un hermano entero del difunto prefieren á los hijos de un medio hermano.
  25. De primos carnales en adelante ya no se atiende á si hubo hermandad media ó entera.
  26. Caso en comprobacion de esta doctrina.
  27. Sexto, que el derecho de representacion en la línea transversal tiene lugar únicamente hasta el tercer grado.
  28. Séptimo y último, que los hermanos tienen por derecho varios nombres que distinguen su procedencia.
  29. Los hermanos varones ó hembras suceden con igualdad á sus hermanos muertos abintestato.
  30. Modo de heredar entre hermanos vivos y los hijos de otro hermano muerto.
  31. Modo de heredar los sobrinos carnales del difunto.
  32. Duda sobre si siendo desiguales estos heredarán *in capita* ó *in stirpem*.
  33. Deben heredar *in capita*, y por qué.
  34. Otro caso de sucesion entre sobrinos del difunto y los hijos de otro hermano del mismo que repudió la herencia.
  35. ¿ Como será la sucesion del que muere dejando un tío y algunos sobrinos hijos de un hermano difunto?
  36. ¿ Como será la sucesion del que muere dejando un tío, hermano de su padre ó madre, y algunos primos, hijos de otro tío muerto?
  37. ¿ Como será la sucesion del que muere dejando sobrinos carnales y tíos hermanos de su abuelo?
  38. ¿ Como será la sucesion del que deja hermanos y medios hermanos?
  39. A falta de hermanos enteros y sus hijos heredan los medios hermanos.
  40. Pero si hay hijos del hermano entero excluyen al medio hermano.
  41. Si solo quedan medios hermanos por ambas líneas, heredarán segun su línea respectiva.
  42. ¿ Como será la sucesion entre sobrinos carnales, hijos de medios hermanos, en concurrencia con alguno de sus medios tíos?
  43. De los bienes troncales.
  44. Condiciones precisas para que haya lugar esta sucesion.
  45. ¿ Que bienes deben volver al tronco?
  46. Mediante la ley del Fuero Real vuelven hasta los del padre del difunto.
  47. Entre los bienes troncales se cuentan los censos.
  48. Pero este Fuero no se amplía á los bienes de fuera del territorio en que se observa.
  49. El heredero troncal debe pagar á medias con el heredero regular las deudas del difunto.
  50. En las herencias abintestato

en que constare haber herederos que pueden entrar en posesion, no ha de haber intervencion de juez.  
51. Si los herederos son meno-

res, podrá el juez nombrarles tutor.

52. Cuando las mugeres quedan pobres tienen derecho á la cuarta marital.

1. **H**erencia abintestato es aquella en que se sucede por la ley, y no por disposicion del difunto. Esto se verifica en cuatro ocasiones: 1.<sup>a</sup> cuando el que tiene facultad legal de hacer testamento no lo hace; 2.<sup>a</sup> cuando lo otorga faltando á las solemnidades requeridas por derecho; 3.<sup>a</sup> cuando despues de haber hecho legalmente el testamento, nace al testador algun hijo, del cual no hizo mencion en particular ni en general, en cuyo caso valen los legados; 4.<sup>a</sup> cuando hecho legalmente el testamento, omitió el testador la institucion de heredero, ó el que instituyó no quiso aceptar la herencia; bien que subsistirán en ambos casos las mandas y demas disposiciones testamentarias.

2. Para evitar el perjuicio que resulta de la pretericion u omision del hijo sobreviniente ( que es el tercero de los modos indicados ) se ordenará la institucion en esta forma: *instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y Juana mis dos hijos legitimos, y á los demas descendientes de legitimo matrimonio que por su orden y grado deban heredarme con arreglo á derecho.* De esta manera asegurará el testador su institucion, aunque se case muchas veces y no vuelva á otorgar nuevo testamento, pues comprende á cuantos hijos pueda tener en adelante. Véase en este punto el capitulo 23 de la cláusula codicilar.

3. Dúdase si será válida la institucion que solo comprenda genéricamente á los hijos que no existen, como si se dijere: *instituyo por mis herederos á los hijos que tuviere en mi matrimonio.* Mi opinion es que semejante institucion es nula, y que el que muere sin reformarla fallecerá intestado, porque el heredero debe existir al tiempo que es instituido.

4. En todos los casos en que alguno fallece *ab intestato* entran á heredarle sus parientes, porque la ley presume que el difunto los hubiera instituido si hubiese otorgado testamento: y por esta razon se suelen llamar los transversales *legitimos* herederos en un sentido lato; pero nunca *forzosos*. Este parentesco debe ser natural; pues el espiritual, que es el que proviene del bautismo y de la confirmacion, y el legal, que nace de la adopcion, no sirven para este efecto.

5. Sentados estos principios, si alguno fallece abintestato le heredarán por el orden siguiente: el hijo ó hijos legitimos que tuviere á partes iguales, sin distincion de agnados ni cognados, que son varones ó hembras, esten ó no bajo la patria potestad (1).

6. No solo los hijos vivos y nacidos deben heredar á sus padres abintestato, sino tambien los *póstumos*, que son los que al tiempo que aquellos fallécen, existen en el vientre de sus madres: y asi para el referido efecto se les conceptúa como nacidos en vida del padre de todos (2); y en lo que les es favorable gozan de las prerogativas de aquellos, segun senté en el capitulo de la sucesion de los descendientes legitimos, párrafo 8 de este libro. Pero para ello han de concurrir las circunstancias que se expresaron en el párrafo citado.

7. La sucesion de los hijos á sus ascendientes legitimos se entiende no solo de los que han sido concebidos y nacidos despues de casados sus padres, sino de los que nacieron antes y fueron legitimados por el subsecuente matrimonio, por ser tal la virtud y eficacia de este, que en el todo los iguala á los referidos sin excepcion (3).

8. Lo cual procede aunque sus padres se casen despues, siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear; ó antes de casarse con sus madres intermedie otro matrimonio con alguna, ya muerta; ó sean hijos de clérigo de menores beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dejando el beneficio; ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los procreó, con tal que al tiempo de su nacimiento esten libres uno y otro para poderse casar sin dispensacion, no obstante que al de su concepcion no lo estuviesen; pues en todos estos casos se legitimarán los hijos naturales por el subsecuente matrimonio, y sucederán por testamento y abintestato á sus legitimos ascendientes (4): porque el matrimonio posterior se retrotrae por ficcion y disposicion legal al tiempo de su nacimiento.

9. A falta de hijos heredarán sus nietos, y á falta de estos sus biznietos hasta lo infinito, todos en los mismos términos que se ha dicho respecto de los primeros. Si el difunto deja hijos y nietos, estos no heredan sino cuando ha muerto su pa-

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6, y 6 de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 20. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 1. verb. *Otrosí son legitim.* tit.

13 Part. 4.

4 Morquech. de divis. lib. 4. cap. 6. num. 17 al 24.

dre, y en este caso heredarán todos juntos la cantidad que hubiera heredado su padre si viviera; y la distribuirán entre sí á partes iguales; de modo que tales nietos tendrán juntos igual porción de la herencia de su abuelo, que cualquiera de sus tios, que es, como ya se dijo, heredar por stirpes. Si el difunto muere teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en representación de sus padres respectivos (1).

10. Lo cual se entiende cuando nacieron, ó á lo menos fueron concebidos, en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como sucede á los póstumos; pues no siendo, no le sucederán ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque ningún parentesco tienen con él.

11. Habiéndose reunido en el capítulo 6 de este título toda la doctrina legal acerca de la sucesion de los hijos ilegítimos por testamento y abintestato á los bienes de sus padres, abuelos y parientes, puede consultarse su doctrina, que no se pone aquí por evitar repeticiones.

12. Por tanto siguiendo el orden de sucesion legitima digo: que despues de los hijos que tienen esta calidad, y de los legitimados, entrará á suceder el sustituto pupilar expreso, pues si el padre sustituye pupilarmente en sus bienes á su hijo impúbere y este muere en edad de no poder testar, llevará su herencia el sustituto, y no su madre ni otro ascendiente, á quienes abintestato tocaba heredarle (2). La razon es porque la ley de Toro concede solamente á los ascendientes la herencia de sus descendientes cuando éstos mueren con testamento y abintestato: y respecto no fallecer de ninguna de estas maneras el pupilo; con testamento, por no haberlo hecho, ni abintestato, por carecer de capacidad y potestad para hacerlo; ni tampoco testar el padre por su hijo sino en nombre propio como bienes suyos privativos, al modo que si este hubiera muerto antes é instituídole por su único heredero por no tener madre; es visto haber dejado en su vigor las leyes que le conceden la facultad de sustituirlo, y excluir de la herencia por medio de la sustitucion pupilar á su madre y demas ascendientes maternos. A mas de que la ley nueva habla generalmente, no deroga ni corrige los casos especiales de la antigua (3); y aun cuando fuera correctoria, no

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6. 6 de Toro, y 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. *Non obstant.* y num. 8. et ibi Ayllon, num. 9 y 10.  
2 Leyes 6. tit. 5. y 3 al fin. tit. 9. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. num. 7. vers.  
3 Parlad. diñ. 50. §. 2. num. 7.

se extenderia por identidad ó mayoría de razon, excepto que la en que se fundan estuviese expresa en ella, y militase en el caso á que se intentase extender (4); y respecto no comprender el presente la 6 de Toro, no se deberán dar á la madre las dos partes de la herencia y la otra al sustituto, como quieren los que dicen que el padre testa por el hijo, y que si este pudiera testar lo practicaria asi, pues es suponer y fingir una voluntad y capacidad que no hay. Por cuyas razones y por otras que dan los autores, mientras no se deroguen las leyes que permiten la exclusion de la madre, ó se declare y amplie la sexta sitada (lo cual seria muy util para cortar disputas y decisiones arbitrarias), parece se debe observar en el todo la sustitucion pupilar como uno de los efectos de la patria potestad; y solo siendo pobre la madre, concibo tendrá derecho á que el sustituto la alimente por equidad y humanidad mientras subsista viuda, si la herencia lo permitiere, en caso que su marido no la haya dejado congrua sustentacion, ó á la cuarta marital que en este caso la concede el derecho (\*).

13. A falta de todos los dichos heredarán abintestato los padres del descendiente difunto á partes iguales: pero no sus abuelos (2); porque entre ascendientes no se sucede por representacion sino por la mayor proximidad de parentesco, y no concurrirán los hermanos del difunto con los padres en esta herencia, segun lo previene una ley de Toro reformando otra de Partida (3). Asi cuando el difunto deja padre solo ó madre sola, heredará todos sus bienes, y los abuelos nada.

14. Si alguno muere abintestato sin dejar descendientes ni padres, pero si abuelos por cualquiera línea, heredarán estos con igualdad; y si no hubiere mas que un abuelo por una línea, y hay dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de la herencia

1 Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. glos. 1. num. 11.

\* El reformador del Febrero impugna esta opinion, teniéndola por descabellada, siendo la suya que no debe heredar el sustituto pupilar en competencia con la madre del testador. El editor del Febrero adicionado la reprueba tambien, pero sin hacer total exclusion del sustituto. Está bien, dice, que el padre señale en su testamento por medio de la sustitucion un heredero á su hijo. Sin embargo, ¿puede compararse un extraño, ni aun un consanguíneo con la madre que le trajo en su seno, le crió y alimentó? Luego es casi

evidente que no puede el sustituto excluir de la sucesion. Siendo por otra parte principio legal, que no se vicia lo util por lo inutil, y que hay actos que deben interpretarse, valdrá la sustitucion en quanto á la tercera parte de la herencia de que podia disponer el hijo á su arbitrio, la cual deberá llevar el sustituto; pero las otras dos serán de la madre como heredera forzosa. Esta opinion nos parece la mas justa y racional, mientras no haya una ley que aclare en este punto las que estan vigentes.

2 Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.  
3 Ley 4. tit. 13. Part. 6.

como estos dos juntos, de modo que el primero llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los dos segundos la otra mitad; pero nada los hermanos del muerto, porque nunca concurre la línea transversal con la recta (1). Si deja un abuelo por una línea y un bisabuelo por la misma ó por otra, toda la herencia será del abuelo, con exclusion absoluta del bisabuelo, como se dijo de los padres con respecto á los abuelos.

15. Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por ramas, y por consiguiente los de la una llevarán la mitad que dividirán entre sí, y los de la otra la otra mitad. Y lo mismo se entiende para los ulteriores ascendientes.

16. Aunque el difunto deje hermanos ó sobrinos, hijos de estos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia ni habrán parte en ella, porque estan en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Lo cual en esta parte corrige la de Partida inserta y otras que lo permitian.

17. Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, y ambos en igual grado, parece se deberá hacer distincion y separacion de bienes, quiero decir, que el ascendiente por parte paterna llevará los que por esta línea poseía el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el materno los de esta. Pero no será así; pues ambos partirán indistintamente todos los que por entrambas y por otra cualquiera razon gozaba el difunto, sin diferencia de que sean adquiridos por una ú otra, ó castrenses, cuasicastrenses ó de otra clase (2), y la razon es porque despues que los bienes estan unidos é incorporados en el patrimonio de alguno se confunden y pierden el nombre; por lo que no se admite distincion ni separacion de ellos sino en los casos expresos en derecho.

18. Queda sentado que cuando concurren dos ó mas ascendientes de igual grado partirán la herencia de su descendiente intestado por iguales partes. Pero se duda, ¿si en caso de tener el padre ó abuelo el usufructo de sus bienes, serán ó no preferidos á los demas? Para lo cual es de presuponer que aunque por derecho antiquísimo nada de cuanto adventicio adquirian los hijos existentes en el dominio paterno era para ellos, pues

1 Leyes 4 tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.

2 Cast. ley 6 de Toro, glos. 1. Gom en ella, num. 10. vers. *Sed his non obstantibus*. Greg. Lop. ley 4. tit. 13. Part. 6. glos.

2. Mat. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. num. 7. y glos. 5. num. 1. Cuman. cons. 21. Corn. cons. 94. lib. 1. cons. 7. lib. 3. y cons. 167. lib. 4.

todo correspondia en plena propiedad y usufructo á su padre mientras los tenia en su poder (1), pero por estatutos posteriores se dejó á aquellós la propiedad de sus bienes adventicios, y á este se concedió su usufructo durante la patria potestad (2). Supuesto lo referido digo: que si concurren dos o mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe ser preferido en él, y llevarlo por toda su vida; y la razon es porque al modo que por muerte de cualquiera extraño propietario no se extingue ni acaba el usufructo, tampoco por la del hijo se extingue el que su padre ó abuelo tienen adquirido en sus bienes (3). Bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las cuales el hijo casado y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviera emancipado, y hace suyos los frutos de sus bienes sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos se puede verificar lo expuesto (4).

19. De las tres líneas propuestas en el capítulo 2 de este título, que tienen derecho á suceder abintestato, es la última la de transversales ó colaterales, en cuya sucesion hay que advertir: lo primero, que los parientes transversales deben suceder á su transversal difunto que murió intestado, segun la prerogativa y proximidad de grado con él: por lo que el que al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelación en heredar los bienes libres que dejó; y si hay muchos en un mismo grado, y con la propia calidad, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion, pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, como por derecho comun antiguo la habia, en lo cual está derogado: y así la hembra próxima excluye al varon remoto (5).

20. Lo segundo, que los grados de parentesco respecto de la sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio, se han de computar segun la forma y modo inducido por derecho civil, y no por el canónico (6); y así para conocer cuál es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiera suceder, y ascendiendo

1 Pinel in leg. 1. Cod. de bon. matern.

2 Ley 5. tit. 17. Part. 4.

3 Mat. ley 9. tit. 1. glos. c. t. y en la 1. tit. 8. glos. 3. num. 18. Gom. en la 6. de Toro, num. 11.

4 Gom. ley 6 de Toro, num. 11 y 12. y en la 48. Avendañ. ley 6 de Toro, glos. 6. num. 2. Matienz. ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 3. num. 1. al 12.

5 Covarr. in Epitom. success. num. 4. Mat. ley 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 4 y 5. Gom. en la 8 de Toro, num. 2 y 3.

6 Antunez. Portugal de donation. reg. part. 3. cap. 19. num. 44. Covarr. de sponsal. part. 2. §. 6. num. 8. Guerra. de divis. lib. 4. cap. 7. num. 7. Escobar num. 3. comput. 21. al

hasta el padre ó ascendiente común, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata: sobre lo cual véase el tratado de mayorazgos, donde se habla de este punto con mayor extension.

21. Lo tercero, que sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para sucederse, y se suceden igualmente (1); pero no estan en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta linea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde este para la sucesion y saber en cuál se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado (2).

22. Lo cuarto, que entre los ascendientes y descendientes legitimos há lugar la sucesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito; pero no sucede asi entre los colaterales, pues lejos de ampliarse se coartaba y limitaba por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado: de modo que desde este en adelante, sin embargo de que se encontrasen parientes, no tenían derecho á heredar los bienes del que murió intestado, antes bien recaían en el fisco (3); y hoy en estando fuera del cuarto grado civil, recaen los bienes en él, y asi solo tienen derecho los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado á heredar sus bienes (4) (\*).

23. Lo quinto, que aunque en esta linea son admitidos igualmente los parientes que estan en un mismo grado, como queda sentado, no obstante, si en alguno de ellos concurre ó interviene doble conjuncion ó cualidad mayor que en los demas, será preferido, sin embargo de que todos se hallen en el propio grado, v. gr. cuando el difunto deja hermanos enteros y medios; pues los enteros entrarán á suceder y llevarán toda su herencia, y los medios nada (5).

24. Lo mismo procede si el difunto deja sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio; pues los del entero, representando á su padre le heredarán y preferirán á sus primos hijos de su medio tio (6); é igualmente preferirán á este,

1 Ley 5. tit. 13. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. num. fin.

2 Ley 3. tit. 6. Part. 4. Mat. ubi proxime. Greg. Lop. en la misma.

3 Ley 6. tit. 13. Part. 6. cerca del fin. Covarr. ubi supr. num. 21. Mat. ibi, num.

2. Gom. en dicha ley 8. de Toro, num. 5.

4 Leyes 1. tit. 11. lib. 2. y 6. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

\* Véase lo que sobre este punto dice

el Dr. Don. Juan Sala en su obra: *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 2. tit. 8. num. 11.

5 Ley. 5. tit. 13. Part. 6.

6. Greg. Lop. en dicha ley 5. Covarr. in *Epitom. success.* num. 7. Gom. Arias en

la ley 8 de Toro, num. 14 y 19. Tello en

ella, num. 4 y 5. Gom. num. 7. vers. *Imo quod magis est.* Matienz. en la 5. tit. 8. lib.

5. glos. 1. num. 7.

no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre, que si viviera lo excluiria (1).

25. Pero es de advertir y tener presente que esta mayor cualidad de conjuncion se extiende únicamente á los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los cuales representando las personas de su padre ó madre preferirán á su tio, ya sea uterino ó consanguíneo, sin embargo de ser su grado mas distante, y no se amplia á otros parientes ulteriores; por lo que si alguno muere abintestato sin dejar ascendientes, descendientes, hermanos ni hijos de este, y si solamente un tio hermano entero de su padre, otro tio hermano uterino de este; ó por el contrario, uno entero y otro consanguíneo, no será preferido el entero, antes bien ambos serán admitidos igualmente á la sucesion por estar en igual grado, y no considerarse ni estimarse la cualidad y prerogativa de doble conjuncion fuera de los hermanos y sus hijos (2).

26. Lo propio milita por la misma razon si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos descendan de hermano entero. O si el difunto deja muchos primos, hijos de varios hermanos de su padre, que estan en cuarto grado; pues no obstante que algunos sean conjuntos procedentes de hermano entero y los otros de medio hermano, serán admitidos todos con igualdad, y se atenderá solamente á que existen en un mismo grado de parentesco; lo que no sucederá si son hijos de sus propios hermanos. E igualmente con superior razon procede lo expuesto en cada uno de los grados ulteriores ó mas distantes (3).

27. Lo sexto, que la representacion es un derecho, en virtud del cual los descendientes son llamados á la sucesion de sus ascendientes hasta lo infinito para entrar á ocupar su lugar, y percibir lo que el ascendiente inmediato percibiria del suyo si viviera; pero los transversales lo son únicamente hasta el tercer grado de su transversal (4); por lo que en la linea de los ascendientes no se admite ni há lugar: y para que la haya en los

1 Ley 5. tit. 13. Part. 6. en las palabras *Es sobre todo decimos.*

2 Dicha ley 5 al fin. Greg. Lop. en ella, glos. 1. Tello en la 8 de Toro, num. 4.

Gom. en esta, num. 6. y Avendañ. glos. 2. num. 2. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1.

num. 8. Covarr. in *Epitom. success.* num. 9.

3 Paul. de Castro in *Authent.* 1. *Post*

T. I.

*fratres*, num. 4. Corn. ibi, col. 1. Gom. dicho num. 8. vers. *Et ideo*. Covarr. y

Matienz. ibi. Morquech. de *divis.* lib. 4. cap. 7. num. 2 et 4.

4 *Robles de represent.* lib. 1. cap. 3.

num. 2. Sous. in *leg. Femina ff. de regul. jur.* num. 197 al 295. Guerreit. de *divis.*

lib. 4. cap. 6. num. 1.

transversales hasta el referido grado, que son primos carnales, debe concurrir precisa é indispensablemente con ellos algun tio de igual cualdad de conjuncion, y no de otra suerte: y aun en este caso en ellos empieza y concluye sin pasar mas adelante (1). Lo cual se entiende á falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere se observará.

28. Y lo séptimo y último, que los hermanos tienen diversos nombres en derecho: unos se llaman *hermanos enteros* por ser hijos de un mismo padre y madre: otros *consanguíneos ó paternos*, y son los de un padre y de diversas madres: otros *uterinos ó maternos*, y son los de una propia madre, porque estuvieron en su vientre y los engendraron distintos padres: y otros *medios hermanos*, ya sea por consanguinidad ó uterinidad; quiero decir, por haber sido engendrados por diferentes padres en una madre, ó paridos por diversas madres y engendrados por un solo padre.

29. En los lugares de estos reinos en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raíz á la raíz, si el difunto tiene hermanos enteros y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán con igualdad sus hermanos, ya sean todos varones ó hembras, ó de ambas clases: pues no se atiende á la cualdad de la agnacion ó cognacion, ni prefiere la una á la otra (2), como queda sentado.

30. Si deja un hermano entero uno ó mas hermanos y sobrinos carnales, hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por sí cada uno de los hermanos; y los sobrinos representando á sus padres muertos, por líneas: quiero decir, que se hará la cuenta de cuantos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion que tocara á sus respectivos padres y estos llevarian si vivieran, pues los representan, entran en su lugar y lo ocupan (3).

31. Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros muertos, heredarán cada uno de por sí, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion ni cognacion, como se prueba de la ley 5. tit. 13. Part. 6.

1 Ley 5 al princip. tit. 13. Part. 6. y 4. Ley 5. cit. y ley 8 de Toro, que es la ley 241 de Estilo.

2 Ley 5. tit. 13. Part. 6.

3 Tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

32. La disposicion de esta ley y la de la 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real parece debe entenderse cuando los sobrinos, hijos de cada hermano, son iguales en número, y no cuando son desiguales, v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas &c.; pues como que lo representan los de cada uno, heredan por líneas, que es solamente la parte que, si viviera, llevaria cada hermano del difunto. Sobre lo cual hay diversidad de dictámenes, por no distinguir las dos leyes citadas, ni la octava de Toro, que dice: *Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpem y no in capita.*

33. Pero el que debe seguirse es: que ya sean muchos ó pocos, é iguales ó desiguales en número, deben suceder á su tio en cabeza propia: lo primero, porque indistintamente lo ordenan las leyes citadas, y cuando no distinguen no debemos distinguir; lo segundo, porque la 8 de Toro no habla de este caso, sino de cuando concurren los sobrinos con los tios, y asi no es correctoria de ella; y lo tercero, porque todos los sobrinos estan en igual grado; y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es cuando está vivo algun hermano de este, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion y que no sean excluidos, y asi solo en este caso le tiene y en él se extingue: mas no cuando son solos, pues entonces no tienen á quien representar porque les falta el fomento para la representacion, por lo que entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado (1); y es lo que como justo se observa.

34. Y si concurrendo hermano del muerto y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia, y tuviere hijos, no se acrecerá esta á sus sobrinos hijos del otro hermano muerto, antes bien la llevarán los hijos del repudiante, y por consiguiente se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos, hijos de sus dos hermanos: y la razon es porque los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado ó lugar, y entran por su propio derecho como parientes mas inmediatos y no por el de sus padres, y asi se conceptúa al repudiante para este caso como si no existiera, y á sus hijos co-

1 Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 3. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 14 y 15. Cast. en la 8. de Toro, glos. 1. Cifuent. Molin. de primog. lib. 3. cap. 7. num. 21 en ella, num. 4. Tello num. 3. Avendaño y 22. glos. 1. Gom. Arias num. 3 y 4. Matienz.

mo á los del otro hermano muerto: y por esta razón y por las expuestas en el párrafo inmediato heredarán todos cada uno por su propia persona (1).

35. Muriendo alguno, y dejando un tío, hermano de su padre ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, parece que todos concurrirán igualmente, porque cada uno está en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden representativamente sino cuando concurren con otro hermano vivo del difunto. Pero no obstante serán preferidos al tío los hijos del hermano del muerto, aunque sean medios hermanos: lo primero, porque la línea de los descendientes aun respecto de los colaterales siempre se reputa mas cercana, y por derivacion natural debe ser preferida á la superior tambien de ellos; y lo segundo, porque el hijo del hermano representa indistintamente al padre del difunto, y para heredar es lo mismo que si este viviera, porque toma sus veces y se subroga en su lugar, ya concurra con otro hermano vivo del difunto, ó con los hijos de otro hermano muerto de este: y en los ascendientes no hay representacion (2).

36. Si deja un tío hermano de su padre ó madre y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre (que son sobrinos carnales del tío vivo) no entrarán estos á la sucesion, y si solo el tío, porque está en grado mas cercano, y los sobrinos en el cuarto (3).

37. Falleciendo un tío hermano de padre, si concurren á heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será excluido el hermano de los abuelos, y heredarán los hijos del hermano del muerto, por la representacion de su padre y por hallarse en grado mas inmediato; lo cual se entiende aunque sean medios hermanos (4).

38. Si deja el difunto varios medios hermanos consanguíneos ó uterinos, que es por la línea paterna ó materna, y otros enteros, ó por ambas líneas, nada llevarán los medios hermanos ni sus hijos, antes bien toda la herencia será para los enteros, los cuales obtendrán la preferencia por la doble conjuncion (5), como he sentado en los números anteriores.

1 Greg. Lop. en dicha ley 6. glos. 2. Covarr. in Epitome success. vers. Decima conclus. Matienz. en dicha ley 3. glos. 1. num. 19.

2 Gom. en la ley 8 de Toro, num. 14. vers. Sed his non obstantib. Matienz. ibi, num. 19. Parlador. lib. 2. Rer. quoti-

dianar. cap. 15.

3 Decio cons. 444. vol. 4. Parlad. ibi.

4 Gom. en dicha ley 8. num. 14. Mat. ibi, num. 19.

5 Ley 5. tit. 13. Part. 6. verb. E sobre todo.

39. Pero faltando estos y sus hijos, si tiene solamente hermano ó hermanos consanguíneos ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente. Lo cual procede aunque el difunto deje tío hermano de su padre ó madre, por cuya línea poseía los bienes, pues los medios hermanos como mas inmediatos parientes de su hermano entero, prefieren al tío que está mas distante; y así sucederán en todos sus bienes de cualquiera calidad y parte adquiridos, sin diferencia de título ni líneas (1).

40. Si deja sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, lo excluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y llevarán toda la herencia: y la razón es porque si su padre viviera lo excluiría por la mayor cualidad de conjuncion doble de parentesco con el difunto; y respecto representar los sobrinos la persona de su padre deben excluir tambien á su medio tío por la propia razón (2).

41. Y si deja solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por la otra, heredarán los de la consanguínea ó paterna los bienes que por ella poseía el difunto, y los de la materna ó uterina los que por esta gozaba: y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio ú otro título los partirán igualmente, como se prueba de la ley 6. tit. 13. Part. 6. Y en cuanto á las deudas pagará cada uno las que contrajo por razón de sus respectivos bienes el difunto; y si no consta por cuales las causó, las satisfarán todos á prorata de los que hereden (3).

42. Del mismo modo sucederán á su difunto tío los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos, representando las personas de sus padres, ya concurren entre sí solos ó con algun medio tío suyo, con la diferencia de que concurrendo entre sí heredarán por cabezas, y si interviene su medio tío por ramas, porque versa la propia razón que cuando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos y demas descendientes de estos no há lugar esta distincion ni separacion de bienes, ni en los tíos hermanos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, cuando concurren á heredar á sus sobrinos; y así todos se dividirán con igualdad entre los que sean y esten en un propio grado, sin diferencia de adquisicion, sea por el título que fuere, porque en derecho no se halla preceptuado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes,

1 Matienz. en dicha ley 5. glos. 1. num. 9.

2 Ley 5 al fin. tit. 13. Part. 6. Gom. en la 8 de Toro, num. 7. vers. Imo quod magis est. Gom. Arias en ella. num. 19. y

Avenidañ. glos. 2. num. 2. Mier. de majorat. part. 2. quest. 7. num. 8. Mat. ibi, num. 7.

3 Greg. Lop. en la ley 6. insert. glos. 2.

por cuya razon no se llaman paternos ni maternos. como entre los hermanos y sus hijos por estar mezclados y confundidos, y no considerarse sino proximidad de grado, ni deberse ampliar ni entender sino de los derechos expresados (1); por lo que los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre ó madre de este, como mas propincuos, ya haya heredado de su padre ó madre, hermanos de su tio, ó de otra parte, los bienes que dejó.

43. Aunque la referida doctrina es la general, hay territorios en los cuales es costumbre que vuelvan al tronco los bienes de los que mueren sin descendientes legítimos, la cual tiene origen en el derecho romano, ó mas bien en la variedad de interpretaciones que los jurisconsultos daban á la ley 3 del Código, de *bonis quæ liberis*. Introdújose en Castilla, estableciéndola ó confirmando la el Rey Don Alonso en el Fuero de Sepúlveda, y dióle mayor fuerza la ley 10. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real, que dice: *el abuelo que fue del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo que fue de la madre herede lo que fue de la madre*. Y aunque la ley 4. tit. 13. Part. 6. derogó las anteriores, mandando que en caso de morir un hijo sin testamento y sin dejar descendientes ni hermanos, *que estonce el padre é la madre deben heredar igualmente todos los bienes de su fijo*, no por eso dejó de observarse la anterior costumbre en algunos pueblos, por no haberse admitido generalmente las leyes de Partida. Queriendo pues los Reyes Católicos respetarla, exceptuaron al establecer la ley 6 de Toro, los pueblos en que aquella estuviere en observancia (2); y así se practica en Sepúlveda, Molina y otros varios.

44. Para la inteligencia de esto es de advertir: lo primero, que es preciso se pruebe claramente el uso y observancia del Fuero (3), porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarlo el que los alega (4); lo segundo, que el precepto de esta ley se entiende abintestato, y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testatador la libertad de testar (5), lo cual se limita en el caso de que la costumbre sea volver los bienes al tronco, y la raiz á la raiz, pues entonces procederá

1. Gom. en la ley 8 de Toro, num. 8. vers. *Item adde prosequendo materiam*. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 13. Part. 4. glos. 1. Matouz en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 12. Covarr. in *Epitom. success.* num. 8.

2. Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

3. Suañ. in Proem. leg. For. art. 6. Burg. de Paz en la ley 1 de Toro, num. 108. Greg. Lop. en la 7. tit. 2. part. 1. glos. 4.

4. Greg. Lop. ibi.

5. Rojas in *Epitom. success.* cap. 30. num. 11. Gom. en la ley 6 de Toro, num. fin. vers. *sed his non obstantibus*.

tanto por testamento como abintestato (1); y lo tercero, que no es suficiente que el fuero comprenda al pueblo en que se quiere usar, pues es preciso que esté robustecido con la costumbre de usarse y guardarse, y en otros términos no vale, ni se debe juzgar por él, como lo ordenan la ley 1 de Toro.

45. Conviene examinar ahora, ¿que bienes raices deben volver al tronco segun este fuero? ¿Han de ser solamente los que el difunto intestado heredó de sus ascendientes superiores, v. gr. bisabuelos, abuelos, ó los que su padre y madre adquirieron; ó tambien los que el mismo difunto hubo de otra parte? Y parece que deberán volver solamente los que le provinieron de sus ascendientes: porque las palabras *volver al tronco*, denotan con propiedad haber provenido de aquel adonde han de regresar.

46. Pero mediante la ley del Fuero Real inserta, se incluirán no solo los que adquirieron los abuelos y demas ascendientes, sino los que compró y heredó su padre. Y lo propio milita, segun Avendaño (2), para con los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice ni de ella se colige.

47. Entre estos bienes troncales se deben numerar los censos perpetuos, porque siguen la naturaleza de bienes raices, y así deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles (3), sin embargo de que Ayora (4) afirma que si: y la razon es porque estos bienes no son raices, ni mas que un dinero puesto á interes con seguridad y prohibicion de pedirlo al que lo da, hasta que el que lo recibe quiera devolverlo, y el que lo da ningun dominio tiene en la finca afecta á su responsabilidad, y si solo hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero, que es la cosa mas movible que hay. Lo cual se entiende, excepto que en el pueblo haya costumbre contraria.

48. No se amplia la disposicion de este fuero á los bienes raices existentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes ninguna mención hace, ni á los bienes muebles aunque esten en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfere al marido su dominio, puede volverlos

1. Avendañ. ley 6. de Toro, glos. 11. num. 8.

2. Dicha ley 6 glos. 11. num. 15 al 23.

3. Avendañ. en dicha ley 6 de Toro, y

glos. 1. num. fin. Sigüenz de *clausul.* lib. 2. cap. 14. §. 37. num. 291. y otros que citan.

4. Part. 3. quizit. 28.

ó su estimacion, sin que muerto el hijo, se obligue precisamente á su devolucion (1).

49. Por conclusion de esta materia digo: que asi el heredero de los bienes troncales como el de los demas pagarán á prorrata las deudas del difunto, no el troncal solo, porque ambos son verdaderamente herederos y no legatarios, este en virtud del fuero municipal, y aquel por la ley de Toro.

50. En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden desde luego entrar en su posesion, no debén intervenir los jueces asi eclesiásticos como seculares, sino que se entregarán íntegras á los herederos, en los términos y casos que previene la ley 13. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., siendo de cargo de estos hacer el entierro, exequias y demas sufragios, segun la costumbre del pais y clase del difunto. Mas si en esto anduviesen omisos, entonces y no antes podrán compelerles á ello sus jueces propios, sin que se entrometan á inventariar ni hacer ninguna otra gestion en los bienes de la herencia (2). Pero si no hubiere parientes conocidos, entenderá del asunto la Superintendencia general de bienes mostrencos y abintestato, por medio de los jueces subdelegados de la misma, y con apelacion al Superintendente general; para lo cual debe denunciarse el hecho al juez, ya sea por algun alguacil del juzgado, ya por otra persona, y aquel proceder al inventario, depósito y custodia de los bienes, llamando á los que tengan ó crean tener derecho á ellos, por medio de edictos, y aplicándolos despues á quien correspondan, segun las leyes citadas (3). El nombramiento de dicha Superintendencia general dejó sin uso la Real cédula de 9 de octubre de 1766, que deba el conocimiento de las herencias abintestato á las justicias ordinarias con apelacion á las chancillerías y audiencias (4).

51. Si los herederos son menores, y no tienen tutor que pida el inventario, ó está ausente, podrán los jueces respectivos nombrarles tutor ó defensor, y mandar inventariar y depositar en persona segura, con asistencia de este, los bienes *abintestato*, con el fin de evitar su extravío, y entregarlos despues á los herederos sin deduccion del quinto ni otra cosa; mas no deberán los jueces asistir al inventario, segun mas extensamente se dice en el juicio de particiones.

1 Leyes 18, 19 y 20. tit. 11. Part. 4. Si-  
guenz. lib. cap. y § 1. cit. num. 81.

2 Ley 14. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

3 Real instruccion de 17 de agosto de  
1786, cap. 7.

4 Nota 1. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

52. Cuando las viudas quedan muy pobres, y sus hijos ricos con la herencia de su padre, tienen derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no exceda de cien libras de oro (1), y esto es lo que se llama la *cuarta marital*. Este derecho no tiene lugar en tres casos, á saber: cuando la viuda vive licenciosamente; cuando se casa segunda vez; y cuando queda usufructuaria (2). En caso de casarse segunda vez, antes ó despues del año de viuda, perderá la propiedad de los bienes que le tocaron por su cuarta marital, y se transmitirá á los herederos del marido; pero el usufructo de dichos bienes lo tendrá por toda su vida (3). Muchos autores dan igual accion al viudo pobre, y aunque parece que hay la misma razon en este caso que en el otro, no he visto que en la práctica se haya adoptado su opinion.

1 Ley 7. tit. 13. Part. 6.

2 Greg. Lop. en dicha ley 7.

T. I.

3 Castill. en la 6 de Toro, Gratian  
*Discept. for.* cap. 129.

## CAPITULO DECIMO.

## De las sustituciones de herederos.

- §. 1. ¿Que es sustitucion, y en cuantas especies se divide?
2. ¿Que es sustitucion vulgar?
3. ¿Que debe hacerse cuando la institucion es desigual?
4. De la sustitucion pupilar.
5. De la sustitucion del póstumo.
6. La sustitucion pupilar es manifiesta ó tácita.
7. Si tiene el testador dos hijos, uno mayor y otro menor de catorce años, muerto el segundo no le heredará el primero por sustitucion pupilar, sino por parentesco.
8. No puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto.
9. Puede el padre sustituir pupilarmente á un hijo desheredado.
10. ¿Que sucede en la sustitucion pupilar de un hijo arrogado?
11. El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes del pupilo.
12. El padre por medio de la sustitucion pupilar puede privar á la madre de la sucesion de sus bienes.
13. ¿Por cuantas causas fallece la sustitucion pupilar?
14. ¿Que es sustitucion ejemplar?
15. ¿Que orden debe guardarse en esta sustitucion?
16. Puede ser sustituido ejemplarmente el que tuviere incapacidad de testar.
17. ¿Por cuantas causas fallece esta sustitucion?
18. ¿Que es sustitucion compendiosa?
19. ¿En que bienes heredará la madre al pupilo, si estando sustituido muere impúbero?
20. Se aclara el punto antecedente.
21. ¿Que es sustitucion brevilocua?
22. ¿Que es sustitucion fideicomisaria?
- 23, 24, 25, 26 y 27. Casos relativos á la doctrina de esta sustitucion.
28. ¿Que han establecido nuestras leyes en este punto?
29. Autores que lo han tratado mas extensamente.
30. El sustituido sucede al heredero en toda la porcion en que fue instituido este.
31. Excepcion de esta regla general.
32. Un grado de sustitucion declara otro grado.
33. Resolucion de varios casos.
34. Otro caso resuelto.
35. La designacion de los sustitutos por su propio nombre ó por el apelativo no induce diferencia.
36. Observacion de la particula *con* en las sustituciones.

37. Caso dudoso de varios herederos y sustitutos.
38. Excepcion de la doctrina antecedente.
39. Otro caso y su resolucion.
40. Sobre si la condicion impuesta al heredero comprende tambien al sustituto.

1. **S**ustitucion se llama el nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar. Es de dos maneras, *directa y oblicua ó indirecta*. Por la primera percibe el sustituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La sustitucion de heredero en general se divide en seis especies, que son: *vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria*. En la primera, segunda, cuarta y quinta entra en la herencia el sustituto en representacion del heredero, por lo cual debe este ser nombrado primeramente y despues aquel. En la tercera y sexta el sustituto representa la persona del testador. Toda sustitucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo.

2. La sustitucion vulgar es *aquella que directamente se puede hacer á todos y por todos* (1): la cual es de dos maneras, *expresa ó tácita*. Expresa, como cuando se dice: *instituyo á Juan por mi heredero, y si este no lo fuere á Antonio*. Si el primero muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasará al segundo, y lo mismo sucederá si al último se hubiese nombrado otro ú otros sustitutos, los cuales deberian suceder en su respectivo caso (2). Tácita, como en el siguiente ejemplo: *nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva sea mi heredero*. Si á la muerte del testador viven todos, llevarán la herencia á partes iguales, y si uno solo estuviere vivo la percibirá íntegramente.

3. Si el testador instituye, v. gr. á tres por sus herederos, al uno en la quinta, al otro en la sexta y al último en la octava parte de su caudal, y alguno de ellos muere ó no admite la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino con proporcion á la cuota que á cada uno hubiese designado el testador (3): y la razon es porque la sustitucion sigue las mismas reglas que la institucion. Esta doctrina general tiene dos excepciones: 1.<sup>a</sup> cuando el testador dispone lo contrario; 2.<sup>a</sup> cuando del gravamen impuesto igualmente á los herederos se colige otra

1 Leyes 1 y 2. tit. 5. Part. 6.      3 Ley 3. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1.  
2 Covarr. de test. Gom. lib. 1. Var. Var. cap. 3.  
cap. 111. num. 14.

cosa (1). De todo lo dicho se infiere que la sustitucion vulgar fallece y caduca luego que entra en la herencia el primer instituido.

4. Sustitucion pupilar es aquella que hace directamente el testador á sus hijos legítimos impúberos, que estan bajo su patria potestad y no han de recaer por su muerte en la de otro. Nadie sino el padre puede hacer esta sustitucion, y para que sea válida se requieren seis condiciones: 1.<sup>a</sup> que el pupilo sea descendiente legítimo del testador; 2.<sup>a</sup> que esté bajo su potestad, y no fuera de ella, á menos que sea póstumo; 3.<sup>a</sup> que sea menor de catorce años si es varon, ó de doce si fuere hembra, pues despues de cumplirlos, ya pueden testar por sí aun cuando subsistan en la patria potestad (2); 4.<sup>a</sup> que sea instituido ó legítimamente desheredado, bien que la sustitucion valdrá, aun cuando haya sido desheredado, ú omitido sin causa; 5.<sup>a</sup> que despues de la muerte del testador se haga *sui juris*; es decir, que no caiga en el dominio ó potestad de otro; 6.<sup>a</sup> que entre efectivamente en la herencia paterna (3), pues si muere antes que su padre, caduca la sustitucion, y este se hace dueño de sus bienes y no el sustituto. Pero advierto que aunque esta sustitucion se haga en una sola cosa ó fundo, se extiende á todos los bienes del pupilo siendo hecha directamente (4), al modo que la institucion directa en una cosa se extiende tambien á la universidad de la herencia (5).

5. Aunque el padre no tiene potestad sobre el póstumo hasta que nace, ni antes de este momento se le debe la legítima, puede no obstante ser instituido pupilarmente porque en realidad existe: tambien puede ser nombrado sustituto del heredero, y es la razon porque en todo lo favorable se le considera nacido (6).

6. La sustitucion pupilar puede ser *manifiesta* ó *tácita*. Es sustitucion manifiesta la siguiente: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si llega á heredarme y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero. Tácita es esta: instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *ins-*

1 Greg. Lop. en dicha ley 3. glos. fin.

2 Leyes 5. tit. 5. Part. 6. y 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 4. num. 2.

4 Gom. ibid. num. 13.

5 Ley 14. tit. 3. Part. 6.

6 Avendañ. resp. 28. num. 2. *Lara de vita hom.* cap. 6. num. 21.

*tituyo por heredero á Pedro mi hijo legítimo, que está en la edad pupilar; y si no fuere mi heredero establezco por tal á Francisco en su lugar.* En cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el sustituto no solo los bienes del testador sino los que por otra cualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la sostitucion pupilar tácita ó manifiesta (1).

7. Pero esto no procede cuando el testador tiene dos hijos, uno mayor de catorce años y el otro menor, y los nombra por sus herederos diciendo: *que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar*; pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sustitucion pupilar tácita sino por la proximidad de parentesco: la razon es porque debe guardarse igualdad entre ellos, y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos sustituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor le herede abintestato como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar cuando algun extraño es instituido por heredero sustituto junto con el hijo menor del testador (2).

8. Por derecho comun y de las Partidas (3) está concedida al abuelo la facultad de sustituir pupilarmente á su nieto legítimo; pero actualmente carece de ella: y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder, y se estima por emancipado segun la ley de Toro (4), y el nieto jamas entró en él, antes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris* (5); por eso carece de facultad para sustituirlo pupilarmente, como que esta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede sustituir pupilarmente al extraño que instituye heredero, pero si vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paterno dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun y de las Partidas, entrará el nieto en la patria potestad de su abuelo, y no en la de su padre, á causa de saltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella; y aunque se véle despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre él de patria potes-

1 Ley 5. tit. 5. Part. 6.

2 Ley 5. tit. 5. Part. 3.

3 Ley 5. tit. 5. Part. 6.

4 Ley 47 de Toro, que es la 3. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 1. tit. 18. Part. 4.

dad. Si este fallece, entra el padre á ejercer sus derechos; pero si muriese tambien, entonces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles (1): todo lo cual tendrá presente el escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo y se precian de hábiles.

9. Llega á tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades á ella anexas, que aunque el padre desherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho presine, puede sustituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres y de otros parientes, y tambien gravar al sustituto en los que adquirieran por cualquier razon, con tal que no sea en los de su madre, pues en estos le está prohibido gravarle con manda que deje á otro, por lo que el sustituto no está obligado á obedecer al sustituyente, ni por consiguiente á entregar la manda al legatario (2). Pero para desheredarlos han de tener á lo menos diez años y medio cumplidos, de suerte que esten próximos á entrar en la pubertad, que empieza desde los doce y catorce años respectivamente, porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos que los hagan dignos de la desheredacion, á causa de faltarles el discernimiento y uso de la razon (3).

10. Si alguno prohijase un hijo de otro, menor de catorce años, en aquella manera que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dejase sustituto en su testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *sustitucion pupilar*, tal sustituto como este no heredará en los bienes del menor, á excepcion de aquella parte que este debia heredar de derecho en los bienes del que le prohijó, que es la cuarta parte de lo que tenga, ó aquello que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en cuanto á los otros bienes que viniesen al menor de su padre natural ó legítimo, ó de otra parte, los heredarán los parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado alguna cosa en razon de ellos en su testamento (4).

11. Queda tan dueño de los bienes del pupilo el sustituto que sucede en ellos por virtud de la sustitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de veinte y cinco años, capaz de testar y sin herederos legítimos, le instituyera por su heredero en testamento perfecto. Esto se entiende no teniendo prohibicion de serlo; pues si la tiene, no gozará la herencia, antes bien

1 Gutier. lib. 2. Pract. quest. 10. num.

3. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. num. 2. et ibi Ayllon.

2 Leyes 6. tit. 5. y 3 al fin. tit. 9. Part. 6.

3 Leyes 6. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1.

Var. cap. 4. num. 3.

4 Ley 9. tit. 5. Part. 6.

pasará á los que deben heredar abintestato al pupilo (1). El sustituto, muriendo este, ha de aceptar no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan por la de su madre, ó le dejen sus parientes ú otro extraño; pero esto solo tiene lugar cuando el sustituto fue establecido por heredero juntamente con el menor. Entonces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial (2). Cuando el testador diere sustituto al menor solo en la manera pupilar, y no lo estableciere por heredero juntamente con él, si este vive y quiere ser heredero en los bienes de su padre y entra en ellos, corresponde que el sustituto sea heredero, así en la herencia del testador como en los otros bienes del menor si muriese antes que sea de edad. Tendrá muy presente el escribano esta doctrina, y extenderá la cláusula de esta suerte: *instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien instituyo para que le suceda no solo en los míos, sino en los demás que durante su pupilar edad adquiriera y recayeren en él, así por parte materna como por sus consanguíneos y por otra cualquiera persona y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

12. Puede el padre del pupilo, segun el derecho comun y el de las Partidas, excluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar; pero ha de ser expresa y no tácita (3). Esto al parecer repugna á la ley 6 de Toro, en la cual ordenando: *que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex testamento y abintestato*, solo se permite al hijo que fallece bajo testamento disponer de la tercera parte de sus bienes. Sin embargo bien meditada la materia, hay bastantes razones para salvar esta contradiccion; que en la realidad no existe, porque son distintas personas de las que hablan unas y otras leyes. La ley comun y la de Partida tratan de si el padre dando sustituto á su hijo menor podrá excluir á la madre de los bienes que debian pertenecerla por su falta; y la de Toro se dirige á decir, en qué cantidad puede disponer de sus bienes el hijo que tiene edad y poder para testar. Aun prescindiendo de las personas, y contrayéndose á las mismas palabras de la ley de Toro, no se halla semejante contradiccion. En el caso, dice, que

1 Ley 7. tit. 5. part. 6.

2 Ley 8. tit. 5. Part. 6.

3 Ley 12. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1.

Var. cap. 4. num. 8.

los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos, es cuando podrán disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes; y como el sustituto pupilar es uno de los que tienen este derecho, se sigue que solo cuando no haya sido el hijo sustituido pupilarmente, ó fallece dentro de la pubertad, entrarán á heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho podrá reconocerse cuál es el espíritu de la ley de Toro, y que cuando el padre da sustituto á su hijo, ha excluido á la muger de este de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte el padre no tiene obligación á dejar heredera á la madre, ni esta, como que no se la debe la legítima por derecho natural, puede decir de inoficioso el testamento por la pretericion. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre testamento por él, no puede privar á la madre de mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permission de la ley 6 citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Sin embargo como hoy se hallan tan limitados los derechos de la patria potestad, y varian mucho los autores en cuanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes; convendria para evitar dudas y pleitos que el Soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el sustituto no quede privado de todo puede añadir á la cláusula de sustitucion lo siguiente: *y en caso que esta sustitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad y usufructo para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con esta adición no se le privará de la tercera parte, como no conteniéndola he visto privarle por faltar la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

13. Fallece y queda ineficaz la sustitucion pupilar por siete causas. La primera, cuando los pupilos llegan á la pubertad. La segunda, cuando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos: ó el derecho de ciudad por ejemplo, siendo desterrados para siempre fuera de su patria: ó el de familia, v. gr. siendo emancipados ó prohibidos, y pasando á poder del prohibidor: ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si este fuere cautivo, no espirará la sustitucion hecha antes de serlo. La tercera, cuando

pierden la ciudad y la familia, mas no la libertad. La cuarta, cuando el testamento en que se hizo la sustitucion, se rompe y anula por alguna causa legal. La quinta, cuando el testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernacencia de algun hijo ó hija, de quienes su padre no hizo mencion especifica ni genérica en dicho testamento. Y la séptima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entonces revive la sustitucion (1); bien que hoy no se verifica esta causa, porque los tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan. Para la perfecta inteligencia de esta materia conviene saber: lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los catorce años, y en las hembras hasta los doce en todos los casos, segun se ha dicho, excepto en quanto á los alimentos; por lo que si se dejan estos á algun menor hasta que llegue á la pubertad, se entiende en el varon hasta los diez y ocho años, y en la hembra hasta los catorce, lo cual se estableció asi por razon de piedad á beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considera en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ó industria (2); lo segundo, que si el sustituto muere antes que el instituido, no trasmite en otro el derecho que tenia á suceder por la sustitucion pupilar, excepto en algunos casos que pueden verse en los autores.

14. Sustitucion ejemplar *tanto quiere decir como otro establecimiento de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huérfano; é puedenla facer los padres é los abuelos á los que descenden de ellos cuando son locos ó desmemoriados, estableciéndoles otros por herederos si muriesen en la locura.* Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ó casados ó emancipados; y tambien la madre á los naturales, cuando se les debe su legítima; pero no á los espurios: y á los legítimos si se conserva viuda, pues pasando á segundo ó tercero matrimonio, es opinable si podrá ó no; acerca de lo cual véase á Gomez lib. 1. Var. cap. 6. num. 9. et ibi Ayllon, num. 10. El padre no puede sustituir ejemplarmente á sus hijos espurios ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *ejemplar* por-

1 Ley 10 tit. 5. Part. 6.

2 Góm. lib. 1. Var. cap. 4. num. 1.

T. 1.

Mench. lib. 1. presumpt. 157. num. 37.

Escobar comput. 4.

55

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

15. Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este orden: 1.º nombrar por sustitutos á los hijos del loco, fatuo ó desmemoriado; pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente: á falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su orden y grado: no teniéndolos, á sus hermanos enteros ó medios, con tal que sean de la línea del ascendiente que los sustituye, y á los hijos que los muertos hayan dejado, pues entran en su lugar y los representan: y en defecto de todos á los extraños, como dice la ley 11. tit. 5. Part. 6. *Pero si este loco á quien dan el sustituto oviere fijo ó nieto ó alguno de los otros que descendiesen por derecha línea de él, débennos sustituir en su lugar, é non otros: é si alguno de estos non oviere, entonce le pueden dar por sustituto á su hermano si lo oviere, é si non oviere hermano, puédenle dar por su sustituto otro extraño* (2). De esta ley se colige que por medio de esta sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco ó fatuo: sobre lo cual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictamen que no puede hacerlo, porque en esta sustitucion no tiene su vigor la patria potestad, como en la pupilar, sino solo la legal determinacion y concesion: que por lo mismo debe observarse la de la 6 de Toro, que es posterior, y ser llamados á la herencia los ascendientes antes que los hermanos del loco y que el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones lea los autores que se citan (3), pues para evitar prolijidad omito explicarlos.

16. Pueden tambien el padre y la madre sustituir ejemplarmente, observando el orden expresado, á sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ó por enfermedad, que no saben leer ni escribir, y que estan incapaces de testar; pero no si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen ap-

1 Leyes 1 y 11. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var. cap. 6. num. 6. et ibi Ayllón, num. 7.*

2 Gom. lib. 1. *Var. cap. 6. num. 7.*

3 Greg. Lop. ley 11. tit. 5. Part. 6. verb. *Otro extraño*. Covarr. *de testam. cap. Raynutius. §. 5. num. penult.* Gom. lib. 1. *Var. cap. 6. num. 7 y 9.*

titud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran (1).

17. Espira y acaba la sustitucion ejemplar por una de tres causas. La primera, cuando el loco, fatuo ó desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á su locura; pues de lo contrario, convalece la sustitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo. La segunda, cuando le nace despues hijo ó hija; y la tercera, cuando el que la hizo la revoca por testamento posterior (2). Adviértase que los descendientes no pueden sustituir ejemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad, como afirman Gomez lib. 1. *Var. cap. 6. num. 10.* y otros.

18. La sustitucion compendiosa es un establecimiento de heredero que es fecho en breves palabras; ó para explicarme con los autores, es una sustitucion directa que comprenda y puede comprender á todos los herederos instituidos en todos tiempos, edades y bienes que el testador les deja: ó una sustitucion que bajo del comperdio de palabras contiene diferentes sustituciones por los varios tiempos en que pueden verificarse (3). El padre puede hacerla á sus hijos impúberos que estan en su poder, y se ordena en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan*. En este caso si el testador es caballero ó soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el sustituto todos los bienes de este por virtud de la sustitucion pupilar que se verifica en esta, y su madre nada. Si fallece sin testamento estando en la pubertad, llevará su madre únicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por cualquier titulo, y las sepulturas que le pertenecieron por línea paterna, y los demas bienes serán para el sustituto; mas si el testador caballero nombra por su heredero alguno que no fuese de los que descenden de él, y lo sustituye, llevará el sustituto la herencia en cualquier tiempo que este muera.

19. Si el testador no es caballero, y el hijo á quien sustituye muere en la edad pupilar, llevará tambien el sustituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada; y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para sus

1 Gom. lib. 1. *Var. cap. 6. num. 3, 4 y 10.*

2 Ley 14 al fin. tit. 5. Part. 6. Gom. cap. 6. num. 11. verb. *Dubium tamen...*

3 Covarr. *de testam. cap. Raynutius. §. 9. num. 2.* Gom. lib. 1. *Var. cap. 7. num. 1.*

parientes mas cercanos. Pero si el testador dice: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo, menor de catorce años, y en cualquier tiempo que muera, sustituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero*; en este caso, muriendo dentro de la pubertad sin sucesion legitima, llevará su madre las sepulturas que le tocasen por la línea paterna y la tercera parte de sus bienes, y el sustituto las otras dos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida que de ello trata (1).

20. Pero en mi concepto no debe seguirse hoy esta doctrina en cuanto á no heredar la madre enteramente á su hijo que muere intestado sin legitima sucesion dentro de la pubertad: porque la ley 6 de Toro manda indistintamente, sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legitimos herederos *por testamento y abintestato* de sus descendientes legitimos. El padre no puede sustituir pupilarmente á su hijo capaz de testar; pues entrando en la pubertad cesa la sustitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, de tal modo que jamas revive (2); y si se observase la disposicion de la ley de Partida, quedaria en esta parte sin efecto la de Toro, que es posterior. Véanse sobre este punto á Gomez y á los autores que cita.

21. La sustitucion brevilocua ó recíproca es una sustitucion directa que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos ó desheredados por defecto de otros. Llámase brevilocua, porque se hace brevemente ó con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos; y la cláusula se ordena de esta suerte: *instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legitimos, menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro*. Y de esta otra: *instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legitimos, que estan en la edad pupilar, y los sustituyo de forma que el uno sea heredero del otro*. En esta sustitucion se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido (3) (\*).

22. Sustitucion fideicomisaria tanto quiere decir como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, dejando la herencia en su mano, para que la dé á otro (4). Esta sustitucion

1 Ley 12. tit. 5. Part. 6.

2 Ley 1. tit. 18. Part. 6.

3 Ley 13. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 8.

\* La ley de Partida, de que está tomada la doctrina sobre esta sustitucion, no

dice que solo el padre pueda hacerla respecto de sus hijos pupilos, y asi la opinion de Febrero no debe prevalecer contra aquella.

4 Ley 11. tit. 5. Part. 6.

es oblicua, porque el verdadero heredero no percibe directa é inmediatamente la herencia del testador, sino por medio de otro instituido con el gravamen de restituirla. Se llama fideicomisaria, porque es puesta en la fe de alguno. Puede hacerla todo aquel que tiene potestad para testar: y es en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro, y le ruego ó quiero ó mando que esta mi herencia que yo le dejo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé é entregue á Juan*.

23. Instituyendo el testador muchos herederos, é imponiendo á uno el gravamen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente, sino con respecto á la institucion (1).

24. Si el fideicomisario muere antes de la adición ó entrega de la herencia, pasa á sus herederos el derecho que le compete, si la sustitucion es pura, mas no si es condicional (2).

25. El heredero gravado condicionalmente ó para cierto dia, tiene obligacion, si el testador no lo prohíbe, de dar cuentas al fideicomisario despues de la entrega; en cuya atencion deberá aquel formar inventario como principal fundamento de ellas, y dar á este una copia por la cual conste qué es lo que ha de entregarse llegando el tiempo, ó verificándose la condicion (3).

26. Gravándose al heredero en la entrega de la herencia cuando él quiera, vale la sustitucion, y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por suponerse que antes no quiere, y porque se acaba la voluntad con la vida (4). Tambien ha de entregarse la herencia en dicho tiempo en el caso de dudarse cuando deba hacerse la entrega (5).

27. Cuando el testador instituye heredero universal á un descendiente legitimo ó natural, sea varon ó hembra, y manda que se entregue la herencia despues de su muerte á un extraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condicion tácita *si no tuviere hijos ó descendientes* (6); pero si el heredero es extraño ó ascendiente, ha de decirse lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos y lo sepa el testador (7).

28. Nuestras leyes han dicho muy poco acerca de esta materia de sustituciones fideicomisarias. Unicamente tenemos la 14. tit. 5. Part. 6. que la define, y establece que el que es rogado de

1 Ley 3. tit. 5. Part. 6.

2 Gom. tit. 1. cap. 5. num. 9.

3 Gom. ibi, num. 10.

4 Gom. ibi, num. 27.

5 Parlad. differ. 17. num. 6.

6 Ley 10. tit. 4. Part. 6.

7 Gom. ibi, num. 32, 35 y 36.

esta manera, debe dar la herencia al otro como el testador mandó, sacando para sí la cuarta parte de toda la herencia, la 8. tit. 11. de la misma Partida, en que se explica como y en qué casos debe hacerse esta retencion, y la 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. en que se dice que si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia del legado, el sustituto ó sustitutos lo pueden haber todo. Esta ley ha corregido en este punto las del derecho comun, que invalidaban los fideicomisos por la falta de aceptación del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6. en cuanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el juez del lugar.

29. Nuestros autores han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta sustitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Ayllon en el tom. 1. Var. cap. 5. Solo diré aqui para inteligencia y gobierno del escribano, que la sustitucion fideicomisaria tiene lugar únicamente entre herederos extraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

30. Si el testador nombra á uno por su heredero y lo sustituye, es visto que tiene la misma afición al sustituto que al instituido, por lo que la parte ó porcion que deja al heredero se entiende repetida en la sustitucion, y esa misma llevará en su caso el sustituto (1).

31. La excepcion de esta regla general es la manifestacion contraria del testador; por lo que si instituye por heredera en cierta cantidad á una hija, y por universales herederos á sus hijos varones, y manda que si alguno de ellos muere lleven los demas su parte, no entrará la hija en la sustitucion: porque habiendo manifestado mayor amor á los hijos por el hecho de nombrarlos herederos universales, se presume que esta preferencia se extiende á la sustitucion (2). Y si instituye v. gr. á Pedro y Juan y á sus hijos, y Pedro muere dejando algunos hijos, no pueden estos llevar mas que su padre llevaria si viviera: porque no se presume que el testador les profesó mayor afecto (3).

32. Al modo que la sustitucion se declara por la institucion

1 Ley 3. tit. 5. Part. 6.

2 Paul. de Castro, cons. 123. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Part. 6.

3 Alex. cons. 69. Mantie. de conjectur.

tit. 1. num. 20. lib. 5. Decio cons. 186. col. penult. num. 4.

precedente, y la voluntad del testador se colige de probables conjeturas; del mismo modo un grado de sustitucion declara otro grado (1). Lo cual procede y se entiende, á menos que entre la institucion y sustitucion se patentice militar diversidad (2): y asi la cláusula puesta al fin de las sustituciones se refiere á todos los grados, cuando no se da ó señala razon de diferencia, por lo cual se debia referir mas á uno que á otro (3).

33. Procede tambien lo referido en la sustitucion pupilar: por lo que si el testador la hace de esta suerte: *cualquiera que sea mi heredero, lo sea de mi hijo menor de catorce años*, llevarán los sustitutos la porcion en que el menor fue instituido. Y si dice: *cualquiera que sea mi heredero y Pedro, lo sean de mi hijo impúbere*, y los herederos instituidos á mas del hijo pupilo son dos, dividirán la herencia por terceras partes, como que con Pedro son tres. Y si fuesen tres, por cuartas partes, falleciendo el pupilo en edad de no poder testar. Pero si dice: *Pedro juntamente con sus hijos y Diego sean mis herederos*, en este caso, como por naturaleza el padre y sus hijos se entienden por una persona y estan nombrados copulativamente, llevará la mitad de la herencia, y Diego la otra mitad.

34. Teniendo el padre cuatro hijos, los dos púberos de la muger primera, y otros dos de la segunda, uno púbero y otro impúbere; instituyéndolos igualmente, y sustituyéndolos para que hereden al impúbere en caso que fallezca en la edad pupilar; muerto el testador, y aceptada su herencia por todos, si fallece luego abintestato sin sucesion uno de los dos hermanos, hijos de la primera muger, y despues el pupilo en la edad pupilar, se duda; como heredarán á este su hermano entero púbero, y el otro medio hermano consanguíneo que heredó tambien á su hermano entero; y si este llevará dos partes, una por sí y otra por su hermano difunto, ó solamente una por sí. Y se responde que llevará únicamente la parte que por sí le corresponde, y el pupilo heredó de su padre; y no la que á vivir su hermano difunto llevaria este, porque por haber muerto antes que el pupilo, no adquirió derecho á ella; y asi no le aprovecha la que heredó de su hermano entero, para el efecto de percibir la que le tocara del pupilo si le hubiera sobrevivido (4).

35. Lo cual se entiende, ya sean nombrados los sustitutos por sus propios nombres ó por apelativo. Bien que algunos afir-

1 Castill. lib. 2. Contro. cap. 4. num. 37.

2 Mantie. dicho tit. 1. num. 22.

3 Cravet. cons. ult. num. 14. Mascard.

conclus. 1346. num. 11. al 15. lib. 3. de probation. Mantie. ibi. num. 23.

4 Mantie. de conjectur. lib. 5. tit. 10.

man que si lo fueron por sus nombres propios, heredarán con igualdad (1), porque en duda se presume que la sustitucion fue hecha con nombres apelativos. Pero en los legados no se atiende esta diferencia de nombres propios ó apelativos.

36. Cuando el testador instituye á uno por su heredero, y lo sustituye nombrando por sustituto á su hermano con sus hijos, deben concurrir estos y el hermano á un propio tiempo: porque la palabra *con* liga y ata mas que la conyuntiva *y*, y así el padre llevará la mitad de la herencia, y sus hijos la otra mitad (2); y estos no heredarán mas, porque como fueron llamados con modo colectivo, se reputan por una persona. Lo cual se entiende, excepto que el testador diga que los instituye igualmente, ó que los nombre por sus propios nombres, diciendo: *sustituyo á Pedro mi hermano, y á Diego, Juan y Francisco sus tres hijos*, pues entonces sucederán igualmente (3).

37. Instituyendo el testador tres ó cuatro herederos, y para despues de la muerte de todos sustituyendo otros dos ó tres; si muere cualquiera de los instituidos, deben ser admitidos por iguales partes los sustituidos á heredar lo que cupo á este en la particion con los demas herederos, y de esta parte se ha de adjudicar á cada uno la suya: porque los instituidos no parecen sustituidos recíprocamente, sino llamados á heredar por su parte proporcional, segun los que son (4). Y lo propio milita cuando fue hecha la sustitucion al último que muriere de los herederos, pues el sustituto heredará á este, y no los coherederos (5).

38. Todo lo cual se entiende, excepto que los instituidos sean personas que segun la verosimil intencion del testador excluyan á los sustitutos, v. gr. cuando instituye á sus hijos y descendientes, y les da por sustitutos á extraños, pues es presumible que amó mas á sus hijos y descendientes, y que quiso anteponerlos á los extraños; por lo que muerto alguno ó algunos de aquellos sin sucesion, les sucederán sus hermanos, ó los nietos del testador que les sobrevivan, porque se conceptúan recíprocamente sustituidos. Lo cual se verifica en los descendientes, y tambien en los transversales entre sí, pues pueden suceder abintestato á su coheredero (6).

1 Mascard. conclus. 1346. vol. 3. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Part. 5. glos. 3.

2 Boer. decis. 135. num. 16. Alex. cons. 55. vol. 4. Menoch. præsumpt. 16. num. 15. lib. 4.

3 Alex. cons. 55. cit. Affict. dec. 309.

4 Paul. de Castr. vers. ult. Alex. vers. Tertio casu. Paul. ibi al fin. Menoch.

cons. 85. num. 45. lib. 1. y cons. 3. num. 24. lib. 4.

5 Menoch. præsumpt. 62. num. 41. lib. 4.

6 Paul. cons. 401 y 431. lib. 1. Covarr. in cap. Raynutius, de testam. §. 8. num. 8. Menoch. dicha præsumpt. 62. num. 35.

39. Si el testador, para despues de la muerte de todos los herederos que instituyó, nombró por sustitutos del último que falleciese, á algunos en toda la herencia ó bienes que les dejó, se conceptúa haber reciproca sustitucion entre los mismos instituidos; por lo que la parte y porcion de los que van muriendo se ha de dividir entre ellos á prorata, segun fueron instituidos (1); y la razon es porque el último gravado á restituir toda la herencia no puede hacer la restitucion, á menos que preceda la sustitucion reciproca, sin la cual no viene á recaer en él, y por este defecto está imposibilitado de restituir; y así es visto que el testador quiso sustituir á todos, á fin de que la herencia llegue al sustituto del último que falleciese.

40. Procedo ahora á explicar si la condicion puesta al heredero instituido se entenderá ó no repetida en el sustituto y pasará á él; y digo que regularmente no pasa, antes bien se entiende sustituido puramente, excepto que en él se repita. Y para la mas clara inteligencia de lo expuesto, digo: que cuando la condicion causal fue puesta nominada, restrictiva y personalmente al instituido, v. gr. *instituyo á Pedro por mi heredero, y le doy por sustituto á Juan, y quiero que el mismo Pedro me herede si tal nave viniere de la América*; en este caso no se juzga repetida la condicion, porque con estas palabras respectivas y personales significa el testador que quiere imponerla solamente al primer heredero, y no al segundo, porque la impuesta á cierta persona no se extiende á otra ni estima repetida en ella segun derecho. Lo propio milita cuando se impone á cierto grado ó persona ya nombrada, v. gr. *instituyo á Juan por mi heredero si tal nave regresare de la América; y del mismo Juan doy por sustituto á Pedro*. Y cuando fue puesta al heredero instituido, el cual de otra suerte fue sustituido por fideicomiso, v. gr. *instituyo á Juan, y si falleciere sin hijos varones, sustituyo á Pedro, y de este doy por sustituto á Francisco*; pues entonces se entienden nombrados activa y no pasivamente, y sustituidos vulgarmente en el fideicomiso. Pero cuando la condicion causal fue puesta á todos los grados, y llamados en el testamento así por institucion como por sustitucion, v. gr. si el heredero dice: *instituyo y sustituyo á todos mis herederos, si tal nave viniere de la América*, se juzga repetida, y que todos son nombrados del mismo modo, porque la condicion mira á todos los grados.

1 Ley 3. tit. 5. Part. 6. Covarr. ibi, num. 2. Menoch. ibi, num. 1. T. 1.

y personas. Si la condición potestativa coherente á la persona fue puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el sustituto, v. gr. diciendo el testador: *instituyo mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro*. Pero si la que no es coherente á la persona (como lo que consiste en dar) fue puesta al instituido, v. gr. *instituyo á Juan si diere cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro*, se entiende repetida en el sustituto, y por consiguiente impuesta á Pedro la que se impuso á Juan. Y si la condición y gravamen se imponen despues de los grados de institución y sustitución, comprenden á los instituidos y sustitutos, y se presumen juntos y repetidos en todos y en cada uno (1).

### CAPITULO UNDECIMO.

#### *De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.*

- §. 1. Pueden aceptar ó repudiar la herencia los mayores de veinte y cinco años que sean *sui juris* por sí mismos ó por procurador.
2. Para aceptar ó repudiar la herencia concede el Rey por lo comun un año, pero el juez inferior no puede extenderse á mas de nueve meses.
3. Para evitar el heredero ser perjudicado acepta la herencia á beneficio de inventario.
4. El que no lo hace está obli-

gado á pagar las deudas y mandas del testador hasta con sus propios bienes.

5. Gestiones del heredero, en virtud de las cuales se entiende haber aceptado la herencia.
6. Hasta cumplirse nueve dias despues de la muerte del testador no se pueden reclamar las deudas ni los legados.
7. Se admite la herencia expresa ó tácitamente.
8. Se repudia verbalmente ó por escrito.

1. Son libres de aceptar ó repudiar la herencia que les pertenezca *ex testamento* ó *ab intestato* los mayores de veinte y cinco años y que no esten sujetos á otro, con tal que lo veri-

1 Menoch. lib. 4. *presumpt.* 178.

fiquen por sí mismos ó por medio de procurador, haciéndolo llamamente y sin condición alguna (á excepción del Rey ó concesso). Si se halla el heredero en poder de su curador por falta de edad ó por incapacidad legal de cualquiera clase, lo hará este en su nombre. El menor de catorce años que no está bajo la patria potestad puede aceptar la herencia con permiso del juez, y no de otro modo. Si el heredero es mayor de catorce años y menor de veinte y cinco puede aceptarla por sí y entrar en ella, siempre que no tenga padre ni curador (1). Mas si le fuere gravosa, le queda el arbitrio legal de reclamarla despues por via de restitución, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenía antes de la adición ó aceptación (2). Si el dueño de los bienes murió intestado, debe pedir su heredero ante todas cosas lo declare por tal, y luego aceptar ó repudiar la herencia; pues sin que preceda aquella declaración judicial, no debe ser admitido en juicio.

2. Para la admisión ó renuncia de la herencia suele el Rey conceder un año al heredero, sea por testamento ó intestado; pero el juez ordinario del pueblo del difunto, ó del territorio en que está la mayor parte de la herencia, no pueden conceder mayor plazo que el de nueve meses ni menos que cien dias, del cual disfrutan todos los herederos que hay en cada herencia, traspassando á los suyos en caso de muerte la parte de dicho plazo que faltaba por cumplir. Si es heredero extraño, y fallece despues de cumplido y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legitimo debe percibirla (3), pues para los tales no hay prescripción, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

3. Para que el heredero legitimo ó extraño no se perjudique en caso que el testador haya dejado mas deudas que bienes, y no tenga precisión de pedir término, se ha establecido que pueda hacer inventario formal de ellos, y haciéndolo con las solemnidades de la ley y dentro del plazo que esta previene, acepta la herencia con este beneficio, en cuya virtud solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal (4). Llámase *inventario* un instrumento en que se escriben los bienes que se encuentran por muerte de alguno, por embargo ú

1 Leyes 1, 2, 13 y 15. tit. 6. Part. 6.  
2 Ley 7. tit. 19. Part. 6.

3 Leyes 1 y 2, 13 y 15. tit. 6. Part. 6.  
4 Leyes 5 y 7. tit. 6. Part. 6.

y personas. Si la condición potestativa coherente á la persona fue puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el sustituto, v. gr. diciendo el testador: *instituyo mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro*. Pero si la que no es coherente á la persona (como lo que consiste en dar) fue puesta al instituido, v. gr. *instituyo á Juan si diere cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro*, se entiende repetida en el sustituto, y por consiguiente impuesta á Pedro la que se impuso á Juan. Y si la condición y gravamen se imponen despues de los grados de institución y sustitución, comprenden á los instituidos y sustitutos, y se presumen juntos y repetidos en todos y en cada uno (1).

### CAPITULO UNDECIMO.

#### *De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.*

- §. 1. Pueden aceptar ó repudiar la herencia los mayores de veinte y cinco años que sean *sui juris* por sí mismos ó por procurador.
2. Para aceptar ó repudiar la herencia concede el Rey por lo comun un año, pero el juez inferior no puede extenderse á mas de nueve meses.
3. Para evitar el heredero ser perjudicado acepta la herencia á beneficio de inventario.
4. El que no lo hace está obligado á pagar las deudas y mandas del testador hasta con sus propios bienes.
5. Gestiones del heredero, en virtud de las cuales se entiende haber aceptado la herencia.
6. Hasta cumplirse nueve dias despues de la muerte del testador no se pueden reclamar las deudas ni los legados.
7. Se admite la herencia expresa ó tácitamente.
8. Se repudia verbalmente ó por escrito.

1. Son libres de aceptar ó repudiar la herencia que les pertenezca *ex testamento* ó *ab intestato* los mayores de veinte y cinco años y que no esten sujetos á otro, con tal que lo veri-

1 Menoch. lib. 4. *presumpt.* 178.

fiquen por sí mismos ó por medio de procurador, haciéndolo llamamente y sin condición alguna (á excepción del Rey ó concesso). Si se halla el heredero en poder de su curador por falta de edad ó por incapacidad legal de cualquiera clase, lo hará este en su nombre. El menor de catorce años que no está bajo la patria potestad puede aceptar la herencia con permiso del juez, y no de otro modo. Si el heredero es mayor de catorce años y menor de veinte y cinco puede aceptarla por sí y entrar en ella, siempre que no tenga padre ni curador (1). Mas si le fuere gravosa, le queda el arbitrio legal de reclamarla despues por via de restitución, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenía antes de la adición ó aceptación (2). Si el dueño de los bienes murió intestado, debe pedir su heredero ante todas cosas lo declare por tal, y luego aceptar ó repudiar la herencia; pues sin que preceda aquella declaración judicial, no debe ser admitido en juicio.

2. Para la admisión ó renuncia de la herencia suele el Rey conceder un año al heredero, sea por testamento ó intestado; pero el juez ordinario del pueblo del difunto, ó del territorio en que está la mayor parte de la herencia, no pueden conceder mayor plazo que el de nueve meses ni menos que cien dias, del cual disfrutan todos los herederos que hay en cada herencia, traspassando á los suyos en caso de muerte la parte de dicho plazo que faltaba por cumplir. Si es heredero extraño, y fallece despues de cumplido y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legitimo debe percibirla (3), pues para los tales no hay prescripción, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

3. Para que el heredero legitimo ó extraño no se perjudique en caso que el testador haya dejado mas deudas que bienes, y no tenga precisión de pedir término, se ha establecido que pueda hacer inventario formal de ellos, y haciéndolo con las solemnidades de la ley y dentro del plazo que esta previene, acepta la herencia con este beneficio, en cuya virtud solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal (4). Llámase *inventario* un instrumento en que se escriben los bienes que se encuentran por muerte de alguno, por embargo ú

1 Leyes 1, 2, 13 y 15. tit. 6. Part. 6.  
2 Ley 7. tit. 19. Part. 6.

3 Leyes 1 y 2, 13 y 15. tit. 6. Part. 6.  
4 Leyes 5 y 7. tit. 6. Part. 6.

otro motivo, lo cual se practica en el pueblo del difunto, y ante su juez con presencia de escribano. Las circunstancias y efectos del inventario se explican menudamente en el tratado de particiones, como lugar mas oportuno.

4. Mas el heredero que acepta la herencia llanamente, ó entra en ella sin hacer inventario con la competente justificacion y dentro del término legal, debe pagar enteramente por el hecho mismo no solo las deudas sino los legados que dejó el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes en caso de que no alcancen los de la herencia.

5. El heredero que con malicia oculta ó sustrae alguna cosa en la formacion del inventario debe restituir el duplo si fuere extraño (1); pero siendo legítimo se entiende por este hecho haber aceptado la herencia, quedando obligado á todo é imposibilitado de repudiarla. Lo mismo sucede cuando constándole que está muy cargada de deudas compra para sí en cabeza de otro bienes del difunto (2).

6. No pueden los acreedores del difunto tomar cosa alguna de propia autoridad, ni emplazar á los herederos por las deudas que dejó, hasta cumplirse nueve dias despues de su fallecimiento, y estar concluido el inventario de sus bienes, bajo la pena de devolver lo que hubieren tomado y perder su derecho, y de nulidad de cualquiera fianza, renovacion ó prenda que interviniere. Pero si tienen recelo de ocultacion, disipacion ó fuga, deben pedir al juez que den fianzas de no hacerlo, lo que harán los herederos á satisfaccion del mismo (3). Tampoco pueden los legatarios pedir sus mandas dentro del referido término, ni el heredero tiene obligacion á dárselas hasta que esten pagadas las deudas y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar (4).

7. El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Manifiestamente es por pedimento, escritura ó de palabra: tácitamente, teniendo los bienes, vendiéndolos, arrendándolos y disponiendo de ellos como dueño. En uno y otro caso ya no la puede repudiar, y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargos, aun cuando no basten los bienes heredados. Pero tiene el arbitrio de manifestar al juez que el encargarse de los bienes, el inventariarlos ó cualquiera

1 Ley 9. tit. 6. Part. 6.

2 Ley 12. tit. 6. Part. 6.

3 Ley final, tit. 13. Part. 1.

4 Ley 7. tit. 6. Part. 6. Greg. Lop. en dicha glos. 2.

otra gestion, la hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas no con intencion de ser heredero; con lo cual á nada queda obligado (1).

8. Tambien puede repudiar la herencia verbalmente ó por escrito antes de entrar en ella; pero una vez renunciada no puede demandarla, á menos que sea menor. Si lo fuere podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados. Tambien puede hacerlo el descendiente del difunto, no obstante haberla repudiado; pero lo ha de hacer dentro de tres años; y no han de estar enagenados los bienes (2). Si los herederos son extraños, y alguno de ellos repudiare la herencia, aquel ó aquellos que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion á medias (3).

1 Ley 11. tit. 6. Part. 6.

2 Ley final, tit. 6. Part. 6.

3 Ley 18. tit. 6. Part. 6.

## CAPITULO DUODECIMO.

*Del derecho de acrecer en las herencias.*

- §. 1. Origen del derecho de acrecer y de no decrecer.
2. ¿Que es derecho de acrecer y de no decrecer?
3. Diferencias entre uno y otro.
4. ¿Quiénes se dicen conjuntos?
5. De los conjuntos en la cosa.
6. De los conjuntos en las palabras.
7. Diferencia entre unos y otros conjuntos.
8. ¿Cuales son los totalmente disyuntos?
9. ¿Cual se llama herencia caduca ó defectuosa?
10. En la institucion clandestina del indigno no há lugar el derecho de acrecer.
11. Segundo modo de caducar la herencia.
12. Tercer modo.
13. Razones inductivas del derecho de acrecer.
14. Casos en que hay derecho de acrecer entre los herederos legitimos. Casos primero y segundo.
15. Caso tercero en que se verifica lo mismo.
16. Sobre si acrece ó no á sus hermanos la legitima del hijo desheredado.
17. Sobre el derecho de acrecer entre herederos extraños.
8. ¿Habrá este derecho si el testador lo prohíbe expresamente?
9. Opinion mas segura en el punto anterior.
20. Casos que aclaran la materia
21. Los instituidos desigualmente acrecerán á prorata.
22. El heredero universal, que por haber aceptado parte de la herencia se entiende aceptarla toda, no la hace suya por derecho de acrecer, sino por el de institucion.
23. Esta doctrina tiene lugar en seis casos. Primero.
24. Segundo.
25. Advertencia sobre el cumplimiento de la condicion.
26. Caso tercero.
27. Cuarto caso.
28. Quinto caso.
29. Si entre dos herederos extraños, uno acepta y otro repudia su parte, acrece al primero.
30. El sustituto es preferido al conjunto en la sustitucion vulgar expresa y en la tácita comprendida en la pupilar.
31. Lo mismo sucede cuando son varios los herederos y los sustitutos.
32. Cuando hay heredero fideicomisario para que entregue la herencia á dos, si el uno la repudia pasará al otro.
33. Lo mismo será si el heredero no quiere percibir la parte que acrece á él, pues habiendo aceptado la suya debe aceptar la otra.
34. Si el testador deja sus bienes

al incapaz, es nula la institucion: mas no caduca la herencia.

35. Cuando son mas de dos los coherederos, ¿quien es preferido en el derecho de acrecer?
36. Primera consecuencia de la resolucion del caso precedente.
37. Consecuencia segunda.
38. Consecuencia tercera.
39. En el derecho de acrecer no hay distincion entre her-
- manos y medios hermanos, ni tampoco por sustitucion pupilar y brevilocua.
40. Duda sobre preferencia entre el conjunto real y el verbal.
41. Resolucion de dicha duda.
42. El conjunto es preferido al disyunto.
43. Si un heredero que murió despues de admitida la herencia, tiene derecho de acrecer á la parte repudiada por su coheredero, lo transmitirá á sus herederos.

1. **E**stablecido entre los romanos el principio legal de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado se introdujeron el derecho de acrecer y el de no decrecer, como medios de obviar á los inconvenientes de aquella máxima. Deriváronse de allí á la legislacion de las Partidas; pero sea porque entre nosotros no se observa el rigor de aquel principio, ó porque las fórmulas que ordenan las instituciones de herederos prestan poco motivo para ello, lo cierto es que son rarisimas las ocasiones en que hay que hacer uso de los referidos derechos. Sin embargo por si alguna vez se ofreciere, no estará demas una ligera instruccion sobre este punto.

2. Llámase derecho de *acrecer* el que tiene un heredero de hacer suya la parte de la herencia que deja de percibir su conjunto. Derecho de *no acrecer* es el que tiene de conservar su parte ademas de adquirir la agena, quedándose por ejemplo uno solo con los bienes que habian de repartirse entre dos (1).

3. Se diferencian el derecho de acrecer y el de no decrecer: lo primero, en que á los que vienen por el de acrecer no se acrece contra su voluntad la porcion del que no la quiere: lo es al contrario á los que vienen por el de no decrecer, pues aquel á quien desde el principio se dejó del todo, no puede aceptar ó repudiar parte sino el todo ó nada; y de no hacerlo no será admitido. Lo segundo, en que los que vienen por el de acrecer, estan obligados á aceptar la parte deficiente ó defectuosa con su gra-

1. Canc. part. 3. *Var.* cap. 22. num. cap. 11. num. 3.

4. Petr. Greg. part. 3. *Stig. jur.* lib. 46.

vamen y cargas, y á sufrir estas; y los otros no. Y lo tercero, en que el de acrecer tiene lugar entre los conjuntos en la cosa, y el de no decrecer entre los que lo son en la cosa y palabras, ó solamente en estas (1).

4. Y para que se sepa quienes se llaman en derecho conjuntos, y de cuantas maneras lo son, y cuales no, debo advertir que unos lo son con conjuncion *real y verbal*, que es en la cosa ó herencia á cuyo goce son llamados y en las palabras: otros lo son solamente *en la cosa*: y otros *en las palabras*: y otros omnimodamente *disyuntos* ó separados. *Conjuntos real y verbalmente* son y se llaman los que el testador instituye simplemente por sus herederos ó legatarios en una misma cláusula y oracion, sin asegurarles la parte ó porcion que han de percibir en la herencia ó legado.

5. *Conjuntos* solamente *en la cosa* son aquellos á quienes el testador deja una misma herencia en diversos periodos ó cláusulas, v. gr. si en una dice: *instituyo á Juan por mi heredero*, y despues en otra: *instituyo á Pedro por mi heredero*. Pues como deja la herencia á cada uno de por sí separadamente, y ninguno puede titularse ni entenderse heredero universal, porque dos ó mas no pueden ser dueños por el todo, de necesidad se deduce que deben dividirla y concurrir á su percibo por mitad; y por consiguiente que son *conjuntos en la cosa* solamente, ya que en las palabras ó modo de ser instituidos fueron separados, y en distintas cláusulas nombrados al goce y obtencion de la misma cosa (2).

6. *Conjuntos solo en las palabras*, se llaman aquellos á quienes el testador en una misma cláusula ú oracion instituye (ya sea ó no igualmente) por sus herederos ó legatarios, señalando á cada uno y separándole con ellas la parte ó porcion que ha de percibir de la herencia ó legado; y no simplemente sin señalársela, v. gr. diciendo: *instituyo á Juan y Francisco por mis herederos en partes iguales*. Pues estos por ser instituidos en una misma cláusula y oracion se llaman *conjuntos en las palabras*; y por no serlo simplemente en cuanto al percibo de la herencia, sino en diversas y separadas partes ó porciones, aunque iguales, no se gradúan ni titulan conjuntos en la cosa.

7. Y sin embargo de que cuando el testador hace la institucion con igualdad, parece no hay diferencia entre los conjuntos

1 Petr. Greg. ibi, num. 4.

2 Gom. dicho cap. 10. num. 24. vers.

*Conjuncti re tantum. Meryech. de successione progress. §. 1.*

en la cosa y palabras, ó en estas solamente, pues aunque no diga: *por iguales partes ó porciones*, se entiende por derecho, porque en los contratos, sentencias y últimas disposiciones la conjuncion y puesta entre las personas divide igualmente entre estas los efectos de la disposicion (1); no obstante, como falta la division del hombre, y solo interviene la de la ley, no se llaman conjuntos en la cosa y palabras, como cuando hace simplemente la institucion.

8. Y omnimodamente ó del todo disyuntos y separados son aquellos á quienes el testador deja la herencia ó legado en diversas cláusulas y oraciones, y en distintas y separadas partes ó porciones, v. gr. instituyo á Juan por mi heredero en la mitad de mis bienes ó herencia, y á Pedro en la otra mitad (2).

9. *Herencia caduca* es aquella que del legítimo heredero pasó al extraño (3): y como la caducidad puede verificarse en todo ó parte de ella, y cuando son dos ó mas los instituidos deseará saber el escribano de cuantas maneras se induce, para su instruccion digo: que la parte que se ha de acrecer al conjunto, se puede llamar defectuosa ó caduca de tres modos: el primero cuando se tiene por no escrita, v. gr. si el testador instituye por sus herederos á dos ó mas, de los cuales el uno ya habia muerto naturalmente al tiempo del testamento, pues su porcion se acrece al otro, y se estima del propio modo que si no hubiera sido instituido. Y lo mismo procede si estaba muerto civilmente, v. gr. por haber sido deportado, ó condenado á minas ó carcel perpetua, ó si era religioso profeso de San Francisco, que nada puede poseer ni heredar, pues su parte se tiene por no escrita, y se acrece al coheredero, ó si era hijo indigno é incapaz de heredar aunque sin delito personal (como sucede á los nefarios y demas espurios) y paladinamente fue instituido, en cuyos casos tambien se tiene por no escrita su parte, y se acrece al conjunto coheredero en defecto de sustituto, pues este es preferido como expresamente llamado por el testador á la obtencion de la herencia y el conjunto por tácita voluntad suya y derecho de acrecer; por lo que entrará despues del sustituto si este no la quiere ó falta ó no puede obtenerla; y faltando uno y otro, pasa á los herederos abintestato del instituyente.

10. Pero si clandestina y ocultamente instituye al indigno, v. gr. nombrando á otro, y encargándole reservadamente entre-

1 Gom. ibi, num. 26.

2 Gom. ibi, num. 26. vers. *Omnimodo,* vers. *Disjuncti.*

3 Rubinos in Dictionar. ad Nebrijam. lit. C ante A. verb. *Caducus.*

que aquella parte al hijo incapaz de heredar, se le debe quitar y aplicar al fisco y no al conjunto. Y lo propio milita cuando por delito del instituido falta su porcion, pues tampoco pertenece al conjunto ni á los herederos abintestato sino al fisco (1).

11. El segundo modo es cuando aquella parte ó porcion se hace y constituye casi caduca, v. gr. por haber instituido el testador por herederos á dos ó mas, de los cuales el uno vivia al tiempo de la institucion, pero estaba muerto al de su fallecimiento; en cuyo caso se acrece al coheredero como si en todo lo hubiera sido solo.

12. Y el tercero es cuando caducó, v. gr. por haber instituido dos ó mas herederos, de los cuales el uno estaba vivo no solo al tiempo del testamento sino al del fallecimiento del testador, pero despues repudió su parte y murió sin aceptarla; en cuyo caso no pudo trasmitirla ó trasferirla á sus herederos, porque por la repudiacion ó falta de adición no la hizo suya, y así se acrece al coheredero conjunto.

13. Tres son las razones inductivas del derecho de acrecer, ó las causas porque se estableció: la primera, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; la segunda, para que el heredero represente en todo al difunto como debe; y si son muchos, todos y cada uno por su parte; pues de no acrecersele los demas bienes del testador, seria representado parcial y no totalmente este (2); y la tercera, porque esta institucion se amplía y extiende virtualmente á los bienes de que el testador no dispuso, á fin de que el heredero particular ó instituido en una cosa sola, se vea y estime instituido simple y universalmente en todas, como si de la señalada no hubiese hecho mencion el instituyente.

14. El derecho de acrecer compete á los herederos legítimos y á los extraños. Respecto de los primeros debo sentar tres casos. El primero, si los hijos son instituidos solamente, no hay duda que há lugar, y así la parte que uno repudie acrece á la legítima de los demas por las razones expuestas en el párrafo antecedente. El segundo, si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian su parte ó por otro motivo faltan, tampoco la hay de que se acrecen estas á los extraños por las propias razones (3).

15. El tercero es cuando siendo instituidos juntamente con

1 Gom. dicho cap. 10. num. 26. y 30.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. num. 8 y 9.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. num. 37.

Gracian. *Discept. forens.* cap. 178. Larrea decís. 36. num. 11. Cancr. part. 3. Var. cap. 22. ex num. 177.

extraños, repudia alguno de los hijos su parte de legítima, ó por otra causa no la percibe, y se duda si la llevarán sus hermanos ó los extraños, ó estos y aquellos omnimoda y simultáneamente. Entonces se acrecerá solamente á los hijos: lo primero, porque el extraño nunca se entiende ser heredero sino legatario, y ya el testador lo instituya junta ó separadamente con sus hijos dejando á estos su legítima y á aquel el quinto, ó no distinguiendo ni diciendo lo que este y ellos han de percibir, siempre se conceptúan instituidos en diversas partes ó porciones, que son los hijos en su legítima y el extraño en el quinto; por lo que aquellos son conjuntos en la cosa y en las palabras, y el extraño omnimodamente disyunto; y cuando falta alguna parte se acrece mejor á los conjuntos de ambos modos que al que lo es solamente de un modo. Lo segundo, porque aunque quiera decirse que todos son conjuntos con igual conjuncion, no obstante, los hijos lo son con conjuncion legal en su legítima, por lo que la parte repudiada debe acrecer á los hermanos, y estos obtener la prelación, como que les compete derecho mas potente y vigoroso. Y lo tercero, porque en cualquier tiempo que se haga la repudiacion, se retrotrae al de la muerte del testador, como si no tuviera aquel hijo ó hijos repudiantes, y si únicamente á sus hermanos aceptantes; y así á estos toca como á sus únicos herederos (1).

16. Por lo tocante á cuando el hijo es exheredado justa ó injustamente, si se acrecerá ó no su parte á sus hermanos instituidos herederos con privilegio de tales, de suerte que en ella se pueda imponer gravamen; suponiendo, como incontrovertible é indubitado, que el hijo no puede ser gravado en su legítima (2) digo: que si fuere justamente exheredado, se acrecerá á los demas hermanos su parte de herencia, que se juzga la misma con la legítima de estos; y no estan sujetos á restitucion, porque la legítima de los hijos se mide y gradúa segun la sucesion abintestato. Es así que el hijo justamente exheredado nada puede conseguir abintestato de los bienes de su padre; luego sus hermanos percibirán la legítima como si le sucedieran abintestato, y por trasmision y conjuncion legal vendrá á ellos, porque la justa exheredacion remueve el obstáculo; y así debe tener y estimar por desheredado en el todo de su legítima. Ademas de que en la querrela de inoficioso testamento, removido el obstá-

1 Gom. dicho num. 37. Merlin *de legítim.* lib. 1. tit. 1. quest. 2. num. 11. y tit. 4. quest. 5. Gracian. regul. 357. num. 1.

2 Ley 11. tit. 4. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. num. 31.

culo y tambien uno de los herederos, há lugar el derecho de acrecer á favor de los demas. Luego se debe decir lo mismo en el suplemento de legitima, que es mas favorable que la querella, por lo que excluido el hermano por la exheredacion deben sus hermanos conseguir mas facilmente el beneficio del derecho de acrecer. Pero si no fue exheredado justamente, no se les acrecerá, porque él y ellos son llamados por diverso derecho, como que los herederos son instituidos en testamento y el exheredado fuera de testamento, y entre los que lo son por distinto derecho no há lugar el de acrecer. Lo que es al contrario cuando se les instituye en menor parte que su legitima, pues pueden pedir suplemento de ella (1).

17. Con respecto al derecho de acrecer entre herederos extraños procederé con distincion de casos. Caso 1.º Instituyendo el testador por heredero á un extraño en cierta cuota ó cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir este el instituido en aquella, no por derecho de acrecer sino por virtud y extension de la institucion, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido: porque el que lo es en cosa cierta sin haber otro coheredero, se entiende serlo universal segun derecho (2). Y si nombra coheredero del resto de sus bienes, los llevará; y el instituido en cosa cierta se entenderá legatario de ella solamente. Previniendo que si el coheredero universal es instituido bajo de condicion, no puede el instituido en cosa cierta ocupar ni apoderarse de los demas bienes de la herencia pendiente la condicion (3).

18. Si el testador no solo no dispone del resto de sus bienes ni nombra coheredero universal, sino que prohíbe expresamente ó manda que no se acrezcan ni los lleve el instituido en cosa cierta, se duda ¿si, no obstante esta prohibicion, se le acrecerán? Acerca de lo cual hay dos sentencias diametralmente opuestas: la una dice que vale la prohibicion, y se vicia la disposicion; y que por consiguiente se estimará haber muerto abintestato por la perplejidad y repugnancia que incluye de querer que el heredero perciba cierta parte de sus bienes, y que no lle-

1 Ley 5. verb. *Otrosi decimos*, tit. 8. Part. 6. Spin. in *Specul. de testament.* glos. 9. ex num. 23.

2 Ley 14. tit. 3. Part. 6. Covarr. in cap. *Raynutius*, §. 1. num. 9. Card. *de jure accrescend.* illat. 25. num. 41. Ayllon ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 22. y 23. y

cap. 40. num. 10. Gracian. regul. 357. num. 3.

3 Rota apud Farinac. par. 1. decis. 255. num. 9. *Surd. de aliment.* tit. 2. quæst. 15. num. 98. Ayllon, dicho cap. 10. num. 10. vers. *Item adde quod sum*, y *Item adde quod si quis*.

ve los demas, ni se le acrezcan respecto no dejarlos á otro.

19. Y la otra (que es la mas segura y corriente) afirma que sin embargo de la prohibicion se le acrecerán por necesidad de derecho: porque el testador no puede prohibir ni impedir que las leyes tengan fuerza y vigor contra su disposicion, ni contra el derecho de acrecer, para que no muera en parte testado y en parte intestado, ni su voluntad tiene virtud contra ellas (1); y porque todo pacto ó protestacion contra la naturaleza y sustancia del acto no lo vicia, antes bien el mismo pacto es el viciado; y asi en este caso se vicia la prohibicion, y no la principal institucion y disposicion (2).

20. Lo cual se entiende cuando el heredero fue instituido por palabras directas, v. gr. diciendo el testador: *nombro ó instituyo por mi heredero en tal cosa á Juan*. Y se limita: lo primero, si lo fue por palabras oblicuas, v. gr. *dejo ó lego á Juan tal cosa*, ó por otras semejantes: en cuyo caso se reputa por mero legatario: mas no si estas palabras *dejo ó lego* apelan ó recaen sobre la universidad de bienes, v. gr. *dejo ó lego á Juan mis bienes*, pues inducen institucion directa, y es lo mismo que si dijera: *instituyo ó nombro á Juan por heredero de mis bienes*. Y lo segundo, cuando el testador le dió coheredero universal en el residuo ó en cuota cierta de sus bienes, en cuyo caso se estima tambien como mero legatario; y asi los llevará el coheredero, á menos que este repudie la herencia ó muera sin haberla percibido, pues entonces viene á ser como si no hubiera sido instituido; por lo que se acrecerá al que lo fue en cosa cierta, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado (3).

21. Siendo muchos extraños instituidos desigualmente en cierta cuota ó parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, se acrecerá á cada uno el resto de ellos á proporcion de lo que en la cuota le toca: lo que al contrario siéndolo en cosa cierta particular y cada uno en diversa porcion de ella; pues entonces los demas bienes se acrecen á todos con igualdad, sin atencion al valor de la parte señalada á cada uno en la cosa, bien que de esta percibirá la que le señaló expresamente el testador; y la razon es porque el legado de la cosa y la cuota ó parte asignada á cada uno en ella se detrae de derecho de la institucion, como si de ella

1 Ley 32. tit. 9. Part. 6.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 10. vers. *Quæro tamen*, y num. 11. vers. *Tamen*

*prima opinio*, et ibi Ayllon, num. 10 y 11.

3 Gom. ibi. num. 1º y 13 y cap. 2. num. fin. et ibi Ayllon, num. 22 hasta el fin.

ninguna mencion se hiciera, y por eso todos se gradúan instituidos simplemente, y como tales con igualdad (1).

22. Instituyendo el testador á algun extraño por heredero universal de todos sus bienes, si este admite ó acepta alguna cosa ó parte de su herencia; es visto aceptarla toda: y asi conseguirá las demas partes, no por derecho de acrecer propia y rigorosamente sino por el de la institucion, y por la verdadera disposicion y expresa voluntad del difunto; y la razon es para que sea representado este en el todo y no en parte solamente; y porque la aceptacion de la herencia consiste en el ánimo, y cuando el heredero hace acto ó gestion que con arreglo á derecho no puede practicar sino como tal, es visto conformarse con este y aceptar en el todo la herencia. Y lo propio milita cuando es sucesion universal abintestato, y acepta solamente una parte de ella.

23. Lo explicado en el párrafo inmediato há lugar en seis casos: el primero, no solamente cuando es instituido simple y universalmente sino por partes distintas y separadas, v. gr. en una cláusula y oracion en la mitad, tercera, cuarta, quinta ú otra parte ó cuota; y en otra ú otras cláusulas en el residuo de la herencia: pues entonces admitiendo la una, es visto admitir las demas, y asi se le acrecen.

24. El segundo, aunque en una parte sea instituido puramente, y en otra á cierto dia ó con condicion: pues admitiendo la pura, se constituye heredero igualmente de la condicional, que ha de recaer en él con el tiempo, ya se cumpla ó no la condicion, y asi en vano es esperar el cumplimiento de esta, respecto á que nada obra ni impide la adquisicion que es necesaria, pues siendo eventual la suspende solamente (2).

25. Pero si en la parte condicionada tuviese sustituto se debe esperar el cumplimiento de la condicion: pues no verificándose, la llevará este; y si se verifica, toca al heredero, al cual se acrecerá sin nueva aceptacion, mediante haber aceptado la parte pura: y aunque se verifique despues de su muerte, la llevará su heredero y no el sustituto, no por virtud de la institucion condicional, porque esta no es trasmisible, sino por la del derecho de acrecer despues que la condicion se verificó.

26. El tercero, aun cuando el tal heredero acepte una parte y repudie expresamente la otra: pues se constituye here-

1 Gom. dicho cap. 10. num. 14.

2 Gom. dicho cap. 10. num. 17. Cevall. quæst. 807. num. 3. Mascard. liter. A, con-

clus. 45. num. 6. Mantie. de conjectur. lib.

2. num. 19.

dero por el todo, y por derecho de acrecer consigue la repudiada: y lo mismo procede en los legados (1).

27. El cuarto, sin embargo de que el heredero instituido en partes diversas ó separadas tenga sustituto vulgar en la que quiere repudiar: pues aun entonces, si aceptó la una, no puede repudiar la otra; antes bien, ya quiera ó no, debe llevarlas ambas: y la razon es porque el difunto debe ser representado en el todo uniformemente y con la misma cualidad, y no con cualidades diversas ó contrarias en su representacion, como lo son los grados de institucion y sustitucion (2).

28. El quinto, aunque el tal heredero sea sustituto pupilar de un hijo del testador: pues una vez que admitió la herencia por haber fallecido el hijo en la edad pupilar, no puede repudiarla despues (3). Y el sexto, en el hijo respecto de su legitima: pues no puede admitirla sola y repudiar los demas bienes (4).

29. Instituyendo directamente el testador á dos ó mas extraños por sus herederos, ó sucediéndole abintestato como parientes suyos, si el uno acepta su parte y el otro repudia la suya, ó por haber muerto ú otro motivo falta su persona para poder percibirla, se acrece al aceptante. Lo cual se entiende no habiendo sustituto nombrado por el testador, como lo dice la ley 18. tit. 6. Part. 6., pues habiéndolo, es preferido al conjunto, por ser mas poderosa que el derecho de acrecer no solo la sustitucion expresa sino la tácita. Y la razon es porque el sustituto vulgar viene á heredar por propia y expresa voluntad del testador, y el conjunto por la tácita y presunta.

30. No solo milita y se entiende lo expuesto en la sustitucion vulgar expresa sino en la tácita comprendida en la pupilar: por lo que si el testador instituye dos ó mas hijos suyos por herederos, de los cuales el uno es impúbero, y lo sustituye pupilarmente, y repudia su parte de herencia, ó por otro motivo falta, la llevará el sustituto por virtud de la sustitucion vulgar comprendida tácitamente en la pupilar, y no el coheredero ó conjunto por el derecho de acrecer (5).

31. Lo mismo que queda sentado procede cuando en testa-

1 Gom. ibi. num. 19. Connan. Comentar. lib. 10. cap. 8. num. 6. Pichard. in Relection. tit. de acquirend. hæreditat. cap. 28.

2 Gom. dicho cap. 10. num. 20. Duaren. de jure accrescend. cap. 3. Gutierr. in leg. unic. Cod. Quando non petentium artes. num. 10.

3 Fvsar. de substitut. pupillar. quæst. 151. Pichard. dicho cap. 28. num. 75.

4 Gom. dicho num. 20. vers. Quinto extende. Cevall. quæst. 711. ex num. 3. Pichard. ibi, ex num. 57.

5 Gom. dicho cap. 10. num. 36. ex vers. Et in tantum hoc est verum. Larrea decis. 61. Cancer. part. 3. Var. cap. 3. num. 228.

mento perfecto instituye muchos herederos, y los sustituye mutua y reciprocamente: pues si los unos admiten sus partes ó porciones, se le acrecen las de los que repudian las suyas; y así deben aceptarlas, ya quieran ó no, porque el derecho de acrecer há lugar tambien entre los instituidos y mutuamente sustituidos.

32. Procede tambien lo expuesto en el párrafo 19. en los fideicomisos universales; por lo que, si el testador instituye á uno por heredero con la obligacion y gravamen de restituir la herencia á dos ó mas, y uno de estos repudia su parte, no la llevará el fiduciario (que es el instituido y gravado á su restitucion), antes bien pasará al conjunto que aceptó la suya (1); y no solo procede entre los conjuntos instituidos, sino tambien aun cuando entre ellos ninguna conjuncion haya.

33. Esta doctrina tiene lugar aunque los herederos conjuntos ó disyuntos resistan ó no quieran percibir aquella parte que falta por estar gravada, ó por ser repudiada, ó por otro motivo; pues si han aceptado la suya deben aceptar tambien la otra. Y la razon concluyente es porque los herederos deben representar necesariamente en el todo al difunto; si son muchos, cada uno por su parte, y todos juntos por el todo; y si en uno solo, en el todo: y esta representacion no puede hacerse en parte, y en parte no; porque así como el hombre no puede estar naturalmente vivo en parte y en parte muerto, así tampoco por la ficcion de la ley que imita á la naturaleza, puede estar representado en parte y en parte no; pues lo que es imposible naturalmente lo es fictamente. Y no solo debe ser representado como quiera, sino uniformemente y con la misma cualidad, y no otra; porque al modo que estando vivo no recibe cualidades diversas ni contrarias, tampoco muerto debe recibirlas en su representacion. Bien que aunque la parte repudiada ó defectuosa se acrezca por derecho al aceptante que resiste percibirla; no obstante, si este quiere repudiar lo que aceptó para que no le compelan á admitir la otra, puede; pero de no, la ha de tomar precisamente (2).

34. Si el testador deja su herencia al que es incapaz absolutamente de suceder en ella, v. gr. al religioso ó convento de San Francisco, ó al que está muerto, se gradúa por nula la institucion, es lo mismo que si no se hiciera y se tiene por no es-

1 Gom. dicho cap. 10. num. 23.

2 Ley 18. tit. 6. Part. 6. Gom. cap. 10.

cit. num. 27. vers. Unde dico.

crita; y así debe pasar á los herederos abintestato del instituyente, no habiendo conjunto ó sustituto; del mismo modo que si no hubiera semejante institucion (1). Pero si la deja al indigno, no sucederá lo propio, porque éste es capaz de dominio, aunque el fisco se prive de él en pena del delito, y puede suceder y adquirir no obstante que está privado de retener lo que adquiere; lo cual no milita para con el incapaz, pues este no puede adquirir ni tener lo adquirido (2). De lo cual se sigue que la herencia dejada al incapaz, se queda en el estado que tenia antes de la institucion; y el testamento en que esta se hizo, en el que se hallaba antes de hacerla, y en el vigor que tendria sino la contuviese; y por consiguiente no puede ser caduca ni erectica; caduca, porque en su principio fue nula; y erectica, por carecer de delito, y no ser indigno el instituido, pues el derecho de suceder por virtud de los testamentos y el de poderlos romper tienen tan estrecha conexion y coherencia entre si, que el que no puede suceder por ellos carece de potestad para romperlos (3); y se sigue tambien que para llamarse caduca con propiedad la herencia, ha de ser dejada al que puede adquirirla, y despues por su muerte civil ó natural, ó por no aceptarla, no la tuvo; pues si es incapaz de adquirir al tiempo de la institucion, será nula esta, y no hará caducidad de herencia sino nulidad de institucion: que si es dejada al indigno por delito personal, la llevará el fisco, y no el conjunto ni los parientes del instituyente; y si no cometió delito, se acrece al conjunto en defecto de sustituto, y á falta de estos la llevarán los herederos abintestato del testador, excepto en el caso propuesto en el párrafo 10, pues entonces toca al fisco por el fraude que cometió el instituyente, en dejársela clandestina ú ocultamente en cabeza de otro.

35. Siendo mas de dos los coherederos ¿cual será preferido en el derecho de acrecer? Digo que al modo que en la sucesion abintestato obtiene prelación la doble ó geminada conjuncion ó vínculo de la sangre, quiero decir, que el hermano ó hermanos enteros se prefieren á los medios hermanos (4); del mismo modo los conjuntos real y verbalmente prefieren al que en una de estas dos cosas lo es solamente: por lo que si el testador en una misma cláusula y oracion instituye por sus herederos á Pedro

1 Portugal de donat. part. 3. cap. 29. num. 3 y 8. y otros que cita.

2 Cujat. in lib. 6. Cod. tit. 35. ibi Indignus est capax jure: incapax effectus.

T. I.

incapax vero est incapax jure et effectus.

3 Molin. de primogen. lib. 2. cap. 9. num. 42 y 43.

4 Ley 5 al fin, tit. 13. Part. 6.

y á Juan, y en otra á Diego; y uno de los dos primeros repudia su parte, ó por alguno de los motivos expuestos falta ó caduca; se acrece al otro y no á Diego: porque los primeros son conjuntos real y verbalmente, que es en la cosa y palabras, y el segundo no lo es mas que realmente, que es en la cosa ó herencia, y por tácita y presunta voluntad del testador se conceptúa predilecto y primeramente llamado á la obtencion de la parte vacante.

36. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador instituye á uno, v. gr. á Pedro y á sus hijos ó á los de otro heredero que nombra (en cuyo caso Pedro se estima instituido en la mitad, y sus hijos ó los del otro heredero en la otra mitad, á menos que entre ellos medie el orden de caridad y necesidad, pues entonces es visto instituirlos por orden sucesivo y no simultáneo, v. gr. si instituye á un hijo suyo propio y á los de este, que son sus nietos), y uno de los hijos y herederos llamados colectiva y copulativamente repudia su parte, y por otra causa falta, se acrece á los otros hijos y herederos juntamente llamados, y no á Pedro instituido por sí solo: porque aunque todos son conjuntos real y verbalmente, pero lo son con mayor conjuncion los hijos y herederos, por ser llamados no solo juntamente sino con modo colectivo (1).

37. Lo segundo, que si alguno fallece abintestato dejando un hijo vivo y nietos hijos de otro hijo muerto (al que suceden representativamente), y uno de estos nietos repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á sus hermanos y no á su tio hermano de su padre: porque aunque todos son llamados y conjuntos con conjuncion legal mediante la disposicion de la ley, son no obstante mas conjuntos entre sí los nietos por estar llamados con un modo colectivo, estimarse por uno, ocupar todos un lugar, y ser parientes mas propincuos; y asi procede entre ellos el derecho de acrecer por naturaleza de la sucesion, para que se observe la prerogativa del grado de parentesco que ocupan (2).

38. Y lo tercero, que si el padre fallece dejando dos ó mas hijos de una muger y otros dos ó mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, parece deberá acrecerse solamente á los hermanos germanos, porque se juzgan conjuntos entre sí con doble vínculo y conjuncion, y no á los medios hermanos. Pero sin em-

1 Jason ibi. col. 33. num. 121. Crot. col. 14. num. 46.

2 Castill. de usufruct. cap. 48. num. 39

y sig. Cancr. part. 3. Var. cap. 22. ex num. 31.

bargo no será asi, pues todos serán admitidos á su percibo y á todos se acrecerá con igualdad. Y aunque es constante que muerto uno de ellos son preferidos los hermanos germanos, y le suceden segun los textos citados y otros, esto se entiende en la herencia que ya tienen adquirida y es suya propia: mas no en la que no adquirieron y les proviene por sucesion y derecho de acrecer de la persona de su padre, pues entonces todos son admitidos, y se les acrece con igualdad, porque respecto de su padre todos son igualmente conjuntos (1).

39. Lo propio milita en la sustitucion *brevilocua*; por lo que si el padre, teniendo hijos de dos mugeres, los sustituye mutuamente, y la parte del uno es repudiada ó caduca, no se contemplan instituidos en ella y llamados solamente los hermanos enteros, sino indistintamente todos los habidos y procreados en ambas mugeres (2). Y lo mismo sucede en la *pupilar*, pues sustituyéndolos pupilarmente, y muriendo algunos en esta edad, le sucederán igualmente per virtud de ella todos los hermanos enteros y medios sin preferencia (3).

40. Siendo conjuntos dos ó mas en las palabras, v. gr. cuando el testador dice: *instituyo á Pedro y Juan por mis herederos en iguales partes*, y otro en la cosa ó herencia, porque en otra cláusula y oracion dice simplemente: *instituyo á Francisco por mi heredero* (en cuyo caso todos se conceptúan instituidos por terceras partes), si uno de los dos primeros repudia su porcion, ó por otro motivo falta ó caduca, parece por una parte que se debe acrecer al conjunto de las palabras: lo primero, porque la conjuncion verbal se causa por la propia é inmediata voluntad del testador, y la real por la unidad y sociedad de la cosa; y lo segundo, porque los *merè* conjuntos verbalmente se reputan una misma persona y cuerpo. Y por otra parte parece debe obtener la prelacion el realmente conjunto y no el verbal, porque viene por derecho de no decrecer: y asi á primera vista, como llamado á toda la herencia ó cosa *absolutamente*, aunque por concurrir con otros no lleve mas que una parte, si falta la de alguno, retendrá la suya y obtendrá la de este; porque al parecer le asiste derecho mas poderoso que á él.

41. Pero sin embargo de todo lo expuesto (que muchos

1 Gom. lib. 1. Var. dicho cap. 10. num. 31. vers. *Sed in hoc contrarium*. Covarr. Pract. cap. 38. num. 2. Matienz. en la ley 5. tit. 8. lib. 5. Rec. glos 1. num. 10.

2 Gom. cap. num. y vers. cit.

3 Aretin. in dict. leg. *Lucius*, col. fin. Covarr. y Gom. locis citat. *Mensch. præsumpt* 75. ex num. 8. lib. 4. Ayllon ad Gom. in dict. num. 31.

han creído y seguido), ninguno de los dos se preferirá al otro, antes bien serán admitidos ambos igualmente al percibo de la parte defectuosa ó vacante: lo primero, porque como en virtud de la institucion y por voluntad del testador tienen ambos en el afecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la propia razon y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer; y lo segundo, porque en derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra (1).

42. Concurriendo un conjunto de cualquiera de los tres modos explicados, y otro omnimodamente disyunto, será preferido aquel á este. Y si todos fueren omnimodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelación; por lo que se dividirá entre todos la parte vácuca ó caduca (2). Y la razon es para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado, la cual tiene bastante virtud y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la sucesion por testamento.

43. Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ó antes que espire el tiempo legalmente concedido para su admision, si el coheredero antes ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, se acrece á los herederos del muerto. Lo primero, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el párrafo 13. versan y tienen lugar en este caso para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; lo segundo, porque este derecho tiene su tendencia á la parte admitida y á su cualidad; y así la defectuosa la sigue, y se le acrece, consolidándose entrambas y constituyéndose de igual naturaleza; y lo tercero, porque cuando la porcion ó lucro se refiere inmediatamente á alguno por la ley, se trasfiere á sus herederos, aunque no la haya aceptado (3).

1. Gom. ibi, num. 31. vers. *Sed his non obstantibus*. Ayllon ad Gom. ibi.

2. Gom. ibi, num. 33 y 34. Cancr. part. 3. Var. cap. 22. num. 176. Duaren. *de jure accrescend.* lib. 2. cap. 4. Menoch.

*de succession. creation.* §. 10. num. 125. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 48. num.

39 y sig. Gom. ibi, num. 35. Gutierr. in leg. unic. Cod. *Quando non potentium partes.*

## CAPITULO DECIMOTERCERO.

### De los desheredamientos.

- §. 1. ¿Que es desheredar?
2. Causas que autorizan la desheredacion de los hijos: poner manos airadas en sus padres, maquinarse contra su vida, ó acusarlos de crimen capital.
  3. Infamarlos, abusar de su madrastra ó de la manceba pública de su padre, usar de hechicerias.
  4. No dar fianzas por el padre preso, impedirle testar ó hacer legados.
  5. Hacerse jugar por dinero no ciéndo su padre, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija.
  6. No recoger ni alimentar al ascendiente loco
  7. No redimirle de cautiverio ó andar omiso en procurarlo.
  8. Volverse judío, moro ó herege. Doctrina legal sobre el clérigo herege.
  9. Para la desheredacion han de probar la causa el desheredante ó su heredero. Si consiente en aquella el desheredado no puede reclamar.
  10. Causas porque pueden ser desheredados los ascendientes.
  11. Causas porque se pierde la herencia sin desheredamiento.
  12. De la desheredacion de los hermanos del testador.

1. **D**espues de hablar de los que deben ser instituidos herederos, trataremos de las causas porque pueden ser desposeidos de la herencia, aun despues de haber entrado en ella. Desheredar á un individuo es privarle del derecho que tenia de heredar á alguno de sus ascendientes ó descendientes legítimos; de lo cual aparece que con respecto á los herederos extraños no puede haber desheredacion. Esta debe hacerse nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras que no dejen duda de la persona que quiere designar (1), siendo ademas indispensable que sea total y absoluta, pues si mediare condicion, ó fuere solo de una porcion de la herencia será nula, por el antiguo principio de que ninguno puede ser en parte heredado y en parte desheredado (2) (\*).

1. Ley 3. tit. 7. Part. 6.

2. Ley 3 al fin. tit. 7. Part. 6.

\* El reformador de Febrero opina que

estando modificada por nuestras leyes la referida máxima, no hay ninguna imposibilidad en que la exheredacion pueda ser

han creído y seguido), ninguno de los dos se preferirá al otro, antes bien serán admitidos ambos igualmente al percibo de la parte defectuosa ó vacante: lo primero, porque como en virtud de la institucion y por voluntad del testador tienen ambos en el afecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la propia razon y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer; y lo segundo, porque en derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra (1).

42. Concurriendo un conjunto de cualquiera de los tres modos explicados, y otro omnimodamente disyunto, será preferido aquel á este. Y si todos fueren omnimodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelación; por lo que se dividirá entre todos la parte vácuca ó caduca (2). Y la razon es para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado, la cual tiene bastante virtud y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la sucesion por testamento.

43. Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ó antes que espire el tiempo legalmente concedido para su admision, si el coheredero ántes ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, se acrece á los herederos del muerto. Lo primero, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el párrafo 13. versan y tienen lugar en este caso para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; lo segundo, porque este derecho tiene su tendencia á la parte admitida y á su cualidad; y así la defectuosa la sigue, y se le acrece, consolidándose entrambas y constituyéndose de igual naturaleza; y lo tercero, porque cuando la porcion ó lucro se refiere inmediatamente á alguno por la ley, se trasfiere á sus herederos, aunque no la haya aceptado (3).

1. Gom. ibi, num. 31. vers. *Sed his non obstantibus*. Ayllon ad Gom. ibi.

2. Gom. ibi, num. 33 y 34. Cancr. part. 3. Var. cap. 22. num. 176. Duaren. *de jure accrescend.* lib. 2. cap. 4. Menoch.

*de succession. creation.* §. 10. num. 125. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 48. num.

39 y sig. Gom. ibi, num. 35. Gutierr. in leg. unic. Cod. *Quando non potentium partes.*

## CAPITULO DECIMOTERCERO.

### De los desheredamientos.

§. 1. ¿Que es desheredar?

2. Causas que autorizan la desheredacion de los hijos: poner manos airadas en sus padres, maquinarse contra su vida, ó acusarlos de crimen capital.

3. Infamarlos, abusar de su madrastra ó de la manceba pública de su padre, usar de hechicerias.

4. No dar fianzas por el padre preso, impedirle testar ó hacer legados.

5. Hacerse jugar por dinero no ciéndo su padre, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija.

6. No recoger ni alimentar al

ascendiente loco

7. No redimirle de cautiverio ó andar omiso en procurarlo.

8. Volverse judío, moro ó herege. Doctrina legal sobre el clérigo herege.

9. Para la desheredacion han de probar la causa el desheredante ó su heredero. Si consiente en aquella el desheredado no puede reclamar.

10. Causas porque pueden ser desheredados los ascendientes.

11. Causas porque se pierde la herencia sin desheredamiento.

12. De la desheredacion de los hermanos del testador.

1. **D**espues de hablar de los que deben ser instituidos herederos, trataremos de las causas porque pueden ser desposeidos de la herencia, aun despues de haber entrado en ella. Desheredar á un individuo es privarle del derecho que tenia de heredar á alguno de sus ascendientes ó descendientes legítimos; de lo cual aparece que con respecto á los herederos extraños no puede haber desheredacion. Esta debe hacerse nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras que no dejen duda de la persona que quiere designar (1), siendo ademas indispensable que sea total y absoluta, pues si mediare condicion, ó fuere solo de una porcion de la herencia será nula, por el antiguo principio de que ninguno puede ser en parte heredado y en parte desheredado (2) (\*).

1. Ley 3. tit. 7. Part. 6.

2. Ley 3 al fin. tit. 7. Part. 6.

\* El reformador de Febrero opina que

estando modificada por nuestras leyes la referida máxima, no hay ninguna imposibilidad en que la exheredacion pueda ser

2. Por varias causas pueden los padres desheredar á sus hijos, á saber: por poner en ellos las manos airadas para prenderlos ó herirlos, por maquinarse contra su vida por cualquier medio que fuere, por causarles grave daño en su hacienda, y por acusarlos de crimen que merezca pena de muerte ó destierro. Exceptuase el caso en que el crimen sea de lesa Magestad, y lo justifique el acusador (1).

3. Por infamarlos en términos que quede menoscabada su reputacion, por tener acceso carnal con su madrastra ó con otra muger que su padre tuviere paladinamente por amiga, por ser hechiceros ó encantadores ó vivir con los que lo fueren (2).

4. Por resistirse á fiar en cuanto pudieren á su padre preso por deudas; lo que no se entiende con las mugeres estándoles, como les está, prohibido el ser fiadoras; por impedirle que haga testamento, ó bien que deje á otro algun legado, en cuyo caso podrá acusarle el legatario, y probado el delito, perderá el primero su herencia, y será del Rey. El legatario percibirá el legado, como si realmente hubiera estado expreso en el testamento, así que pruebe la violencia que se hizo al testador, y voluntad que tenía de mandar el legado (3).

5. Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre: ó hacerse juglar, no siéndolo este: por resistirse (siendo hija) á casarse en conformidad con la voluntad de su padre, á pesar de dotarla segun sus posibles y su clase, si despues se hace ramera; pero sino repugna el casamiento, y por diferirlo su padre hasta pasar de los veinte y cinco años, se hace despues ramera, ó se casa contra su voluntad, no podrá desheredarla. Por la ley 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. se impusieron varias penas á los hijos que se casaren contra la voluntad de sus padres, reputando este exceso por justa causa de desheredacion, quedando ademas privados los contrayentes y sus hijos de todos los efectos civiles, como el derecho de pedir dote ó legítima, suceder como herederos forzosos así en los bienes libres como en las vinculaciones y patronatos. Posteriormente se publicó la pragmática sancion de 28 de abril de 1803, que queda referida en el capítulo del matrimonio; pero como nada habla de penas á los contraventores, se supone que dejó en pie las impuestas por la ley antecedente.

parcial; pero por plausibles que sean sus razones, nuestros jurisconsultos de mayor crédito estan conformes en la doctrina del autor.

- 1 Ley 4. tit. 7. Part. 6.  
2 Ley 4. tit. 7. Part. 6.  
3 Ley 4. tit. 7. Part. 6.

6. Por no recoger y alimentar al ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, y por no querer encargarse de su cuidado, cuando un extraño que le ha recogido por caridad, le ruega que lo haga, y él no quiere hacerlo. En este último caso, si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño todos sus bienes, perdiéndolos el descendiente, quedando nulo el testamento anterior hecho antes de la demencia, en que dejaba á este por heredero, y valiendo únicamente las mandas que contenga (1).

7. Por no redimir á su ascendiente cautivo, ó ser descuidado en proporcionar, pudiendo, su redencion. En este caso puede desheredarle en su testamento hecho despues del cautiverio, y si muere en él intestado, se apoderará de sus bienes el obispo de su diócesis, inventariándolos y distribuyendo su producto en la redencion de cautivos. Si antes de ser cautivo el ascendiente dejó otorgado testamento, en que nombraba heredero al ascendiente que despues rehusó rescatarle, será nula la institucion y válidas las demas disposiciones. Mas para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años, sin que le sirva de disculpa que el cautivo no le hubiese autorizado para disponer de sus bienes á fin de rescatarle, porque esta es accion y obligacion que tiene por derecho (2). Los demas parientes del cautivo estan sujetos á la misma pena.

8. Por volverse judío el descendiente cristiano, ó bien moro ó herege, siendo su ascendiente católico; pero no podrá desheredar el ascendiente que profese alguna secta al descendiente católico, por la sola razon de serlo. Si tuviese el ascendiente varios hijos, de los cuales unos fueren católicos y otros no, heredarán estos únicamente, debiendo entregar á los otros su legítima en el solo caso de convertirse á nuestra santa fe, pero reteniendo como propios los productos de la misma. Si alguno fuere clérigo y herege, siendo tambien hereges todos sus parientes por linea recta y trasversal hasta el décimo grado, heredará la iglesia sus bienes, con tal que los demande dentro del año siguiente al dia en que se hizo tal declaracion. Pero si aquel fuere lego, ó dejare la iglesia pasar el año sin pedir sus bienes, los heredará el Rey (3) (\*).

- 1 Ley 5. tit. 7. Part. 6.  
2 Ley 6. tit. 7. Part. 6.  
3 Ley 7. tit. 7. Part. 6.  
\* Aunque la pragmática sancion de 23 de marzo de 1776, en que se impuso entre

otras la pena de exheredacion á los hijos que se casasen sin licencia de sus padres, fue en parte derogada por otra de 28 de abril de 1803, nada declara en orden á penas á los contraventores, de lo cual se

9. Para que valga el desheredamiento de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes las causas, sino probarlas los mismos ó bien el heredero que instituyeren; pues de otro modo no es válido (1). Pero si el desheredado consistente en la desheredacion en cualquier manera, no puede reclamar despues ni tiene accion á ser oido en juicio sobre este asunto (2). Si el testamento en que hay desheredacion es revocado por el testador, ó se rescinde y anula por cualquiera causa, es nula tambien la desheredacion en él contenida (3). Para ser desheredado es necesario ademas tener por lo menos diez años y medio de edad; por lo mismo nunca puede serlo el póstumo (4).

10. Tambien pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes legitimos por las siguientes causas: 1.<sup>a</sup> por acusarlos de delito que los exponga á muerte ó mutilacion, excepto que sea de lesa Magestad; 2.<sup>a</sup> por maquinarse su muerte en cualquiera forma; 3.<sup>a</sup> por acceso carnal con su muger ó su amiga; 4.<sup>a</sup> por impedirle disponer de sus bienes segun derecho; 5.<sup>a</sup> por maquinar su padre la muerte de su madre, ó esta la de aquel; 6.<sup>a</sup> por no proporcionar alimentos á su descendiente loco ó desmemoriado; 7.<sup>a</sup> por no rédimirlos de cautiverio, pudiendo, en la forma misma que se dijo del descendiente; 8.<sup>a</sup> cuando el ascendiente es herege y el descendiente católico (5). Estas causas, y no mas, probadas legalmente, son las que reconoce el derecho por suficientes para la desheredacion de los padres y abuelos (6).

11. Aunque cuando no intervenga desheredacion, hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1.<sup>a</sup> Cuando el testador ha sido muerto por obra ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes extrañas, no perderá la herencia aunque entre en ella antes de querrellarse, con tal que lo verifique dentro de cinco años despues de ocurrida la muerte: en cualquiera de los dos casos pasa la herencia al Rey. 2.<sup>a</sup> Si abre el testamento antes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos: mas sino tiene certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga, si es hombre rústico,

deduce que subsisten las de la primera. Sin embargo se reservó á los hijos el derecho de pedir las causas en juicio sumario, y el juez debe decidir si son ó no justas. Febrero adicionado.

1. Leyes 8 y 10. tit. 7. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. num. 15.

2. Ley 6. tit. 8. Part. 6. Greg. Lop. en ella, glos. 2.

3. Ley 2. tit. 7. Part. 6.

4. Ley 2. tit. 7. Part. 6.

5. Ley 11. tit. 7. Part. 6.

6. Ley 8. tit. 7. Part. 6.

en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá por dicha causa. 3.<sup>a</sup> Si el testador ha muerto por otra culpa, ó consejo de su heredero. 4.<sup>a</sup> Por haber tenido este acceso con la muger de aquel. 5.<sup>a</sup> Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legitimo, y lo mismo sucederá si fuere personero ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á menos que lo haga por precepto del Rey, ó como curador de algun huérfano. 6.<sup>a</sup> Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia á un incapaz de heredar sabiendo que lo es. En todos los casos enunciados pasará al Rey la herencia, y si versaren respecto del legatario perderá este su legado (1).

12. Como los hermanos no son herederos forzosos, no es menester causa alguna para que sean desheredados; pero hay caso en que tienen derecho á la herencia, que es cuando el hermano testador instituye por heredero á un hombre de mala vida, ó que sea legalmente infamado. En este caso podrán los hermanos anular el testamento y tomar la herencia, si el testador no ha desheredado á alguno de ellos por las tres causas que expresa la ley 12. tit. 7. de la Part. 6., segun se dijo en el capitulo de los herederos extraños.

## CAPITULO DECIMOCUARTO.

### De los que tienen prohibicion de heredar.

- §. 1. No pueden heredar los deportados, condenados perpetuamente á las minas &c.
2. Los traidores, sus cómplices, y los hijos varones de los primeros.
3. Los religiosos de San Fran-

cisco, el que no ayudó á su señor pudiendo, el confesor del testador, y otros. Entre los imposibilitados de heredar, unos se llaman indignos y otros incapaces.

1. No deben heredar ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, que llaman *deportados*: los condenados á servir perpetuamente en las minas ó labores del Rey; aunque muchos con Antonio Gomez juzgan que pueden ser instituidos herederos, y heredar abintestato, á menos que en la sentencia se les prive de esta capacidad, á pesar de las leyes de Parti-

1. Leyes 13. tit. 7. Part. 6. y 11. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Greg. Lop. en dicha ley 13. T. I.

da que solo les permiten ser legatarios: el herege declarado por tal en juicio: el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los cristianos que apostatan de nuestra santa religion: la cofradia ó ayuntamiento erigidos contra derecho, ó contra la Real voluntad: el nacido de dañado ayuntamiento, que es de parientes dentro del cuarto grado, sabiendo sus padres el impedimento; ó de clérigo ordenado de orden sacro, fraile ó monja profesos, ó de muger casada con otro (1).

2. Tampoco deben serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de heredar á sus padres, sino á cualquiera otro pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus padres (2) (\*). En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion: los bienes de todos estos recaen en el fisco, excepto que toquen á tercero, v. gr. muger ú otro acreedor; y sus hijos quedan infamados para siempre (3).

3. Los religiosos de San Francisco, asi de observancia como de reforma, y sus conventos no pueden ser herederos (4): sobre lo cual véase el capítulo 26, párrafo 23: asimismo no puede serlo el que vió herir, matar ó cautivar á su señor, y no lo socorrió, pudiendo, ni tampoco el alévoso (5). El confesor que asiste al testador en su ultima enfermedad no puede heredarle ni haber manda, fideicomiso ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les deja; y el escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en pena de dociientos ducados y suspension de oficio por dos años, y por la segunda en doble multa y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de veinte ducados (6). A los eclesiásticos é iglesias está prohibido adquirir bienes raíces por testamento, compra ó en otra manera, sin licencia del Rey, ó retener sin ella los que llegaren á sus manos por testamentos, aniversarios y capellanías (7); pero esto no está en observancia. Infiérese de todo lo dicho, que de los

1. Leyes 4. tit. 3. Part. 6. y 4. y 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2. Leyes 1. tit. 2. Part. 7. y 1 y 2. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec.

\* En las precedentes ediciones de Ferrero, dice de sus madres, pero la ley 2. tit. 2. Part. 7. (edicion de la Academia de la Historia) dice terminantemente: pero las hijas de los traidores bien pueden heredar hasta la cuarta parte de los bienes de sus padres: sobre cuyo punto nada ha-

blan las leyes 1, 2 y 3. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec., que igualmente se citan en algunas ediciones del autor.

3. Dichas leyes citadas.

4. Clementin. *Exivi*, vers. *Quia igitur de verbar. significat.* Concil. Trid. sess. 25. cap. 3. de regularib.

5. Ley 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

6. Ley 15. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. y nota 4 de la ley 16. dicho tit.

7. Auto 2. tit. 10. lib. 5. Rec.

que tienen prohibicion de heredar, unos se llaman *incapaces* y otros *indignos*. Los indignos son aquellos que aunque por derecho no se les prohíbe ser instituidos, se les quita la herencia y se aplica al fisco ó á los parientes abintestato, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros limitada ó respectivamente: los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos (1).

## CAPITULO DECIMOQUINTO.

### De la revocacion del testamento.

- |                                                                 |                                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. De las causas por qué el testamento se desata ó invalida. | 4. ¿En que términos debe expresarse la revocacion para evitar toda duda?                          |
| 2. Se revoca por testamento posterior.                          | 5. No debe el escribano insertar la cláusula revocatoria sin enterar de sus defectos al testador. |
| 3. Hay casos en que vale el primero: y cuales sean estos.       |                                                                                                   |

1. **E**l testamento puede revocarse ó desatarse. Se revoca cuando el testador manda en otro testamento perfecto y posterior que no valga el precedente. Se *desata* por varias causas, á saber: cuando no instituye heredero; cuando despues del testamento ó de la muerte del testador, le sobreviene algun hijo; por decaer del estado que antes tenia; y otras que expresan las leyes 18, 19, 20, 21 y 22. tit. 1. Part. 6. La mudanza de estado de que hablan es lo que se llama por derecho romano *capitis diminutio*, la cual era de tres clases, *máxima*, *media* y *mínima*. El que quiera puede leer las leyes citadas, pues teniendo entre nosotros poca ó ninguna aplicacion esta doctrina, no hay para que detenernos en ella.

2. El testamento no se invalida ni revoca por largo tiempo que haya trascurrido desde que se otorgó; pero la mudanza de voluntad del testador le autoriza para revocarle, lo cual podrá hacer cuantas veces quisiere, aun cuando se obligue á no hacerlo, pues en esto no puede imponerse á sí mismo ley alguna (2). Asi deberá cumplirse el último que hiciere, pues dos testamen-

1. Murillo, lib. 3. tit. 26. de testam. num. 244.

2. Ley 25. tit. 4. Part. 6. Com. en la ley 3 de Toro, num. 89.

tos perfectos no pueden subsistir. Esto no solo tiene lugar cuando una persona testa por sí sola, sino cuando testan dos de conformidad, como marido y muger, pudiendo el que sobrevive revocar su testamento, lo mismo que si hubiere testado solo (1). Si en el que otorgaron de conformidad marido y muger se nombran mutuamente usufructuarios, instituyendo á otro por heredero de los bienes de entrambos, y muerto uno de los cónyuges revoca el viudo su testamento instituyendo nuevo heredero, estará obligado á devolver al que heredó los bienes del cónyuge difunto el usufructo que de ellos tenga percibido.

3. Mas aunque lo general es que el testamento posterior revoca el anterior, hay dos casos en que este prevalece. El uno, cuando se otorga el segundo por creer el testador que el heredero instituido en el primero ha fallecido, expresando que su creencia es la que le impele á otorgar aquel, pues la herencia será del primer heredero si realmente vive, y solo valdrán del testamento último las mandas y demas disposiciones que contenga (2). El otro caso es cuando el primer testamento tiene cláusulas derogatorias generales ó particulares, de que no se hace mencion en el segundo. Las generales son estas, por ejemplo: *quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho ni el que haga despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente excepto el presente.* Las particulares son v. gr. *quiero que este testamento, y no otro que antes ó despues haya otorgado, sea válido, excepto que el posterior á este contenga á la letra tales palabras* (las cuales deben individualizarse), *pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último, y no este ni los precedentes.* Con esta prevencion será ineficaz el último, si carece de las palabras, á menos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un extraño, como se prueba de la ley 22. tit. 1. Part. 6., que en su segunda parte dice: *la otra es cuando el testador dice así: este mio testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de este nin despues. Cú si acaeciese que este á tal mudase su voluntad, é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviese ante fecho.*

4. Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y de ellas resultan infaustas consecuencias, se duda si la revoca-

1 Burg. de Paz, cons. 2. Ferrar. ibi, num. 8. 2 Ley 21. tit. 1. Part. 6.

ción regular del último testamento es suficiente para anular los precedentes que contengan cláusulas derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia y eficaz persuasión y sugestión hacen testamento con ellas, instituyendo por sus herederos á los que no quieren que lo sean. Y para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, á fin de que quede revocado, evitar toda duda, y que el testador pueda testar libremente, y explayar su voluntad á satisfacción, se ordenará la revocación en estos términos: *y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vínculos, firmezas, penas, palabras, oraciones y cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y cualesquier pretextos y fundamentos para derogar esta (de todo lo cual, por no acordarme ni de su solemnidad y particularidades, no hago especifica mencion, pero lo doy aqui por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre albedrio, y no los demas, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada voluntad en la vía y forma que para su mayor estabilidad y validación mejor haya lugar en derecho. En cuyo testimonio así lo otorgo ante el presente escribano en esta villa de &c.*

5. Con esta cláusula me persuado quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo y cláusulas ó palabras derogatorias que no se inserten en el último; pues sin embargo de que la referida ley 22. no dice expresamente que queda revocado aunque no se haga específica mencion de las palabras, tampoco previene que se inserten: como se reconoce de su contexto: *fueras ende si el testador dijese en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, é que non tuviese daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que dijera en el primero.* Véase á Ferraris *Bibliothec. verb. Testamentum*, art. 5. y á los que cita. Se previene al escribano que para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir previamente al testador de sus efectos, y ponerlas de su orden y no de *motu proprio*, pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados. En cuanto á si el testamento que un enfermo

otorgue con esta cláusula: *si fallezco de esta enfermedad instituyo á Fulano por mi heredero, será subsistente en el caso de que convalezca, véase á Gomez en la ley 3 de Toro, número final.*

### CAPITULO DECIMOSEXTO.

#### *Del poder para testar.*

- |                                                                              |                                                                                          |
|------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que es poder para testar?                                             | el comisario no puede alterarle.                                                         |
| 2. ¿Quienes pueden darle?                                                    |                                                                                          |
| 3. Si el apoderado no testa, el causante muere intestado.                    | 9. Puede darse poder para concluir un testamento empeñado.                               |
| 4. El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador.   | 10. El comisario debe concluir su comision en término perentorio.                        |
| 5. Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas. | 11. Puede el testador conceder próroga del término legal.                                |
| 6. No es delegable el poder para testar.                                     | 12. Siendo varios los apoderados se hará lo que disponga la mayoría de ellos.            |
| 7. Si el testador no nombra heredero, ¿que puede hacer el comisario?         | 13. El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo. |
| 8. Hecho una vez el testamento                                               |                                                                                          |

1. **E**L poder para testar es un acto, por el cual da comision el testador á alguna persona para ordenar y declarar su voluntad última, y disponer á su arbitrio de sus bienes. El comisario (pues así se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecución sus disposiciones testamentarias, y en este caso será *comisario y executor testamentario* al mismo tiempo (1). Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen así por no morir intestados.

2. Todo el que tiene facultad de testar puede dar dicho poder á cualquier individuo, varon ó hembra, que no tenga imposibilidad de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que allí se expresen ó le tenga comunicadas (2).

1 Carpio de *exsecutorib.* lib. 1. cap. 1. num. 44.

2 Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real

3. Como el poder no es testamento, ni por tal se estima, si el comisario muere sin haberle otorgado, el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sugetos se han dado poder mutuamente para testar el uno por el otro, y muere en tal estado cualquiera de los dos. La herencia del muerto no se hará abintestato, si usando del poder testa en su nombre el que queda vivo; pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.

4. El comisario y apoderado debe ceñirse á las expresas facultades que el testador le ha conferido; y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos ni demas, sin que le conceda en el poder facultad especifica é individual para cada una de estas cosas. Respecto de las personas, tampoco podrá nombrar por sí la del heredero ó herederos, aun cuando exprese el poderdante, que pueda instituir á quien le parezca, pues esta designacion la debe hacer por sí mismo el testador, como se dijo hablando de la institucion directa en el capítulo 2 de este título (1).

5. Pero respecto de otras personas, como las mejoradas, desheredadas, sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa; y esto es lo que se llama *designacion genérica*, ó bien *nombrar persona incierta de ciertas*. Así podrá decirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus deudos elija por tutor de su pupilo al que juzgare mas á propósito para ello (2).

6. No puede el apoderado delegar su comision en otro; si el testador no lo expresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas en que elegir el delegado; pues sin este requisito no há lugar la delegacion: y lo mismo sucede en orden á nombrar executores testamentarios. Si la comision se da al que obtiene cierta dignidad, en términos que se conozca no ser por consideracion personal del sugeto que la ocupa, se trasfiere al sucesor en caso de muerte ú otro evento: como si dijese, por ejemplo, doy poder para testar en mi nombre al decano del colegio de Abogados de Madrid.

7. Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la individual designacion de heredero, no podrá hacer mas

1 Ley 1. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5.

Rec. glos. 3. Gom. en la ley 31 de Toro, num. 4.

otorgue con esta cláusula: *si fallezco de esta enfermedad instituyo á Fulano por mi heredero, será subsistente en el caso de que convalezca, véase á Gomez en la ley 3 de Toro, número final.*

### CAPITULO DECIMOSEXTO.

#### *Del poder para testar.*

- |                                                                              |                                                                                          |
|------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. ¿Que es poder para testar?                                             | el comisario no puede alterarle.                                                         |
| 2. ¿Quienes pueden darle?                                                    |                                                                                          |
| 3. Si el apoderado no testa, el causante muere intestado.                    | 9. Puede darse poder para concluir un testamento empeñado.                               |
| 4. El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador.   | 10. El comisario debe concluir su comision en término perentorio.                        |
| 5. Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas. | 11. Puede el testador conceder próroga del término legal.                                |
| 6. No es delegable el poder para testar.                                     | 12. Siendo varios los apoderados se hará lo que disponga la mayoría de ellos.            |
| 7. Si el testador no nombra heredero, ¿que puede hacer el comisario?         | 13. El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo. |
| 8. Hecho una vez el testamento                                               |                                                                                          |

1. **E**L poder para testar es un acto, por el cual da comision el testador á alguna persona para ordenar y declarar su voluntad última, y disponer á su arbitrio de sus bienes. El comisario (pues así se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecución sus disposiciones testamentarias, y en este caso será *comisario y executor testamentario* al mismo tiempo (1). Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen así por no morir intestados.

2. Todo el que tiene facultad de testar puede dar dicho poder á cualquier individuo, varon ó hembra, que no tenga imposibilidad de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que allí se expresen ó le tenga comunicadas (2).

1 Carpio de *exsecutorib.* lib. 1. cap. 1. num. 44.

2 Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real

3. Como el poder no es testamento, ni por tal se estima, si el comisario muere sin haberle otorgado, el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sugetos se han dado poder mutuamente para testar el uno por el otro, y muere en tal estado cualquiera de los dos. La herencia del muerto no se hará abintestato, si usando del poder testa en su nombre el que queda vivo; pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.

4. El comisario y apoderado debe ceñirse á las expresas facultades que el testador le ha conferido; y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos ni demas, sin que le conceda en el poder facultad especifica é individual para cada una de estas cosas. Respecto de las personas, tampoco podrá nombrar por sí la del heredero ó herederos, aun cuando exprese el poderdante, que pueda instituir á quien le parezca, pues esta designacion la debe hacer por sí mismo el testador, como se dijo hablando de la institucion directa en el capítulo 2 de este título (1).

5. Pero respecto de otras personas, como las mejoradas, desheredadas, sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa; y esto es lo que se llama *designacion genérica*, ó bien *nombrar persona incierta de ciertas*. Así podrá decirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus deudos elija por tutor de su pupilo al que juzgare mas á propósito para ello (2).

6. No puede el apoderado delegar su comision en otro; si el testador no lo expresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas en que elegir el delegado; pues sin este requisito no há lugar la delegacion: y lo mismo sucede en orden á nombrar executores testamentarios. Si la comision se da al que obtiene cierta dignidad, en términos que se conozca no ser por consideracion personal del sugeto que la ocupa, se trasfiere al sucesor en caso de muerte ú otro evento: como si dijese, por ejemplo, doy poder para testar en mi nombre al decano del colegio de Abogados de Madrid.

7. Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la individual designacion de heredero, no podrá hacer mas

1 Ley 1. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5.

Rec. glos. 3. Gom. en la ley 31 de Toro, num. 4.

el comisario que pagar sus deudas, y aplicar en bien de su alma el remanente del quinto de la herencia; pues todo lo demas se ha de repartir entre sus parientes. En caso de no tenerlos se invertirá todo el caudal á beneficio de su alma, sin que el comisario tenga facultad para darle otra aplicacion, á menos que el poderdante deje vinda, á la cual entregará la parte que le corresponda de derecho (1). Tampoco la tiene para consignar la mejora, aun cuando en el poder genérico de testar se la conceda el testador, por estarle prohibido por la ley (2); pero si el poder es especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo (3).

8. Tampoco puede revocar en lo mas mínimo el testamento que hizo el poderdante, ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni menos hacer despues uingun codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes (4).

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas; y si lo hiciere no valdrá, á menos que en el poder conste semejante licencia (5). Esta disposicion legal convence de que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte (6).

10. El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro del reino; y un año si se encuentra en pais extrangero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habie llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá dor hecho (7) y será válido: de modo que pasado el término solo puede llevar á efecto las disposicio-

1 Ley 2. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.  
 2 Ley 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.  
 3 Tello, Castillo y Gomez, en la ley 19 de Toro.  
 4 Leyes 4 y 5. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

Matienz. en ella, glos. 3 y 4.  
 5 Ley 6. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.  
 6 Cast. lib. 4. Controv. esp. 40. num. 40.  
 7 Ley 33 de Toro, que es la 3. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

nes específicas del poder; pero no las genéricas, como en el caso de hacerlo dentro de los límites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohíbe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado, otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo lo que ceda en su privativo beneficio (1). De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario, irrogarian al heredero y demas interesados, si dejase pasar el término establecido. Asi no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento, siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte, y en caso de morir, no querer ó no poder alguno evacuar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordancia es de igual número por cada opinion deberán elegir por tercero al gobernador, corregidor ó alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario, decidiendo á la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas de esta última clase; y unidos los comisarios con el juez decidirán á pluralidad de votos lo que deba hacerse (2).

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos, que en el del testamento nuncupativo (3); se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni limitado, y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

1 Gom. en la misma, num. 2.  
 2 Ley 38 de Toro, que es la 7. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.  
 3 Ley 39 de Toro, que es la 8. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

## CAPITULO DECIMOSEPTIMO.

## De los testamentarios.

- §. 1. ¿Que se entiende por testamentarios ó albaceas?
2. No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar.
3. ¿De cuantas clases son los ejecutores de últimas voluntades?
4. Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, ¿y en que casos?
5. Los testamentarios universales estan obligados á inventariar los bienes de la herencia.
6. Término en que deben evacuar su encargo.
7. Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador.
8. Si no cumplen su encargo pierden la manda.
9. No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision.
- Nota sobre la declaracion de pobre.

1. **T**estamentario, albacea, cabezalero ó ejecutor de últimas voluntades es aquel de quien el testador hace confianza, ó es instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento ó en otra última disposicion deja ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente ó ausente al tiempo que le nombra (1), ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó extraño, clérigo ó lego (2). Su oficio es piadoso y privado; por su muerte no pasa á su heredero; y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun concediéndosela, no valdrá en todos casos (3), especialmente si con su mal proceder contrajo el testamento algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya delegado su encargo (4). En cuanto á las cosas en que conviene el oficio de testamentario con el de juez véase al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado que escribió de *exsecutor. et commissar. testamentar.*, y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios véase el lib. 1. cap. 16., donde hace varias distinciones.

1 Proem. y ley 1. tit. 10. Part. 6. Carp. lib. y cap. 1. de *exsecutorib. et commissar. testam.* num. 36.

2 Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum.* art. 3. num. 50. y otros que cita. Carp. ibi,

cap. 2.

3 Cap. 2. §. *Sane de testam.* in 6. Carp. dicho lib. 1. cap. 19 y 20.

4 Bart. in leg. *A filio* 15. num. 3. ff. de *alim. et cibar. legal.*

2. No puede ser albacea (regularmente hablando) el que tiene prohibicion de testar: por lo que estan privados de serlo el loco, el sordo-mudo por naturaleza ó por accidente, el ciego, el alevo-so, el herege y traidor declarado, el siervo y el condenado á muerte civil ó natural, el judío, el infiel, el religioso profeso sin licencia expresa de su prelado, y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los demas albaceas, pues esto no les está prohibido (1). Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor (2); pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa y generalmente observada, y por derecho canónico no se la prohíbe (3). Igualmente puede serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho (4) ser procurador en cualquier negocio extrajudicial, y asi en cumpliéndolos no se les excluye de este encargo, antes bien por costumbre se le tolera, como á la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1 de Toro. Véase á Carpio en dicho lib. 1. cap. 7 y 8. que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el escribano que autoriza el testamento; porque á mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo y responsabilidad en cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo, y asi no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos visitadores de escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo (5), y se tendrá por no escrito, excepto algunos casos.

3. Los ejecutores de últimas voluntades son de tres clases (como los tutores de huérfanos), á saber: *legitimos testamentarios y dativos*. Los legitimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador. Los testamentarios son los que este elige en su testamento, ó en otra última disposicion. Los dativos son los que nombra de oficio el juez ó magistrado en caso que el electo en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y dati-

1 Ley 8. tit. 5. lib. 3 del Fuero Real, cap. *Religiosus exsecutor.* 2. de *testam.* in 6. Clem. *Religiosis de testam.* Clem. *Exivi.* §. *Verum, etiam.* De *verbor. signific.* y §. *Verum tamen*, al fin. Carp. ibi, cap. 5. y 14.

2 Ley 8. tit. 5. lib. 3 del Fuero Real, et ibi glos.

3 Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Rec.

glos. 8. num. 5. Ferrar. ibi, num. 51. Carp. lib. 1. cap. 6.

4 Ley 19 al fin. tit. 5. Part. 3. cap. *Qui generaliter.* 5. §. *fin. de procuratorib.* in 6. Matienz. en la ley 14. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 6. Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum*, art. 3. num. 52. y otros que cita.

5 Carp. lib. 1. cap. 10. per tot.

vos se dividen en *universales y particulares*. Los univesrales son los electos para evacuar integramente la voluntad del testador, y distribuir todos sus bienes á pobres, ó en otras obras pias ó profanas; y sobre si son ó no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, véase á Carpio *de exsecutorib.* ib. 3. cap. 9. per tot. Los particulares son los que este nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados ú otra cosa particular, todos los cualos no deben ser compelidos á evacuar su encargo (regularmente hablando) á menos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque esta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, estan obligados á evacuarlo (1): ni tampoco pueden conmutar lo que se deja á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente (2), á menos que intervenga autoridad del Papa ó del respectivo supremo Principe por causa justa y necesaria (3).

4. Por tres causas pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero ó al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, cuando la manda es para obras pias, ó para socorro de huérfanos ú otras personas. La segunda, cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos. Y la tercera, cuando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que deja dispuesto (4); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (5). Se previene que aunque en todos los testamentos aparece dada la facultad á los testamentarios para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad, no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por precepto de los testadores; por lo que no debe tener mas vigor, que para lo referido, ni los escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el testador les encarga específicamente; fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice el señor Covarrubias, y contra él debe pro-

1 Carp. *de exsecutorib. et commissar. testament.* lib. 1. cap. 17. num. 2 al 11. cap. 19. *de testam.* Covarr. en el num. 3. Ferrar. *Biblioth.* verb. y art. cit. num. 45 y 62.

2 Cap. *Nos quidem.* 3. *de test.* cap. *Ultima velunt.* 4. *caus.* 13. *quast.* 2. Clem.

*Quia contingit.* 2. *de relig. domib.* Ferrar. ibi, num. 69.

3 Cap. *Conquastus.* 16. *de foro comp.* Conc. Trid. sess. 22. cap. 6. *de reformat.* Begnud. *Biblioth.* verb. *Testam.* num. 140.

4 Ley 4. tit. 10. Part. 6.

5 Dicha ley 4 al fin.

ceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el Real á pedimento de los interesados en legados y otras cosas; y no es justo que un extraño, ó aunque sea pariente, se apodere con el especioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos ó forzosos; pues estos deben percibirlos directamente del testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños los herederos, intervendrán los albaceas en aquello para lo que les autorice el testador, bien que suele ser bastante comun darles amplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad, y es muy conveniente para evitar disputas. (Al fin de este título va inserta la planta ó modelo de las cláusulas que en tal caso suelen extenderse.) Sin embargo de ellas, y de que podrán en el caso referido hacerlo todo, como testamentarios universales, no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la cuarta falcidia, á menos que el testador prohiba que se saque, y mande que se contente con el sobrante, aunque les toque menos que á los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares; porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de estos herederos tiene derecho á ellos, puede gravárselos é imponerles todas las posibles y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el testador confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta ó almoneda, como lo manda la ley 62. tit. 18. Part. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

5. Están obligados los testamentarios universales, y no los particulares, á hacer inventario ó descripcion formal ante escribano y testigos de los bienes del testador, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello, y sean regulares (1); sobre lo cual he visto varias ejecutorias del Consejo, y por eso lo puse en la cláusula que copio al fin. El obispo de su diócesi puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el testador (2); porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho

1 Auth. *Licet.* Cod. *de episcop. et cler.* su glos. Nov. 131. Clem. *de religiosis, de testament.* Reinf lib. 3. tit. 26. §. 23. num. fin. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testamentum,* art. 3. num. 60. Carp. *de exsecutorib.* lib.

3. cap. 10 y otros que cita.

2 Ley 7. tit. 10. Part. 6. cap. *Nos quidem.* 3. *Si haeres.* 6. y *Tuz nobis.* 17. *de testam.* y su glos. vers. *Interdictis.*

público, civil ó eclesiástico (1): y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros: y lo mismo procede cuando el testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues este lo es; y cualquiera del pueblo tiene accion para darle cuenta (2).

6. Tienen de término para cumplir su encargo el que prefine el testador, ya sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si no pueden concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos, y todos no pueden ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ó dos ejecuten (3); y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la cual el primero que empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas, ni estos que mezclarse en cosa alguna.

7. Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios deben dividirla con igualdad; y en caso de fallacer alguno de ellos, ó no aceptar su encargo, se acrece á los otros en la misma forma. Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibir las el obispo, ó invertirlas en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real (4) debe entregárselas por inventario el juez secular, y el obispo dar cuenta á este (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el obispo no da tal cuenta, antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.

8. Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el testador les legó, excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena (5). No solo incurren en ella los testamentarios, sino el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irroga, y dos mil maravedis á la Real Cámara (6); y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del cua-

1 Ley 32. tit. 9. Part. 6. y *Nemo potest*, 55. ff. de leg. 1.

2 Ley 7. tit. 10. Part. 6. Covarr. de *testam.* num. 8. Mantie. de *conject.* lib. 3. tit. 1.

3 Ley 6. tit. 10. Part. 6.

4 Ley 5. tit. 10. Part. 6. Greg. Lop. en ella, glos. 5 y 6. Gutierr. de *tutel.* part. 8. cap. 45. num. 20.

5 Ley 8. tit. 10. Part. 6. Matienz. en la ley 7. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 5. num. 6.

6 Ley 5. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

trotanto, aplicado al fisco; y lo mismo sucede en los tutores (1).

9. En cuanto á si deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, estan discordes los autores. Unos afirman que sí: otros dicen que no se debe al nudo ó mero executor que ha de expedir brevemente su comision; pero que si esta tiene tracto sucesivo con encargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente: y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el testador y el executor de su última voluntad se celebra verdadero contrato de mandato que consiste no en la cosa ó hecho sino en el consentimiento y buena fe; por lo que se puede celebrar entre presentes y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego, quiero ó mando*, del mismo testador (2). Lo segundo, porque el oficio de testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que esta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato, pues lo que al principio es gracioso se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion: por lo que siendo gratuito, y aceptándolo el comisario ó executor, es visto por su aceptacion que se obliga á evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea ó no oficial que viva de su trabajo, y la ejecucion de su encargo tenga ó no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente, y la aceptacion subsecuente. Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el executor ó comisario, ó que este acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria el cumplimiento de su voluntad, pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señalará el juez á su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la cantidad y cualidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo; y no se graduará de mandato sino de locacion. Pero lo que expendá de su caudal en lo tocante á su comision se le debe pagar (3). Es de advertir que aunque el testamento se rompa por pretericion ó

1 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 24. tit. 12. Part. 5. et *ibid.* glos. 1 á la 4.

3 Véase á Carpio de *executorib. et commissar. testam.* lib. 3. cap. 11. per

tot, que con presencia de quanto escribieron Baeza, Partadorio. Espino, Acevedo, Escobar y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar.

desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos (1). Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el trascurso del tiempo, ó término signado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella; y por haber cesado la causa porque fue constituido.

*Nota sobre la declaracion de pobre.*

Llámase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes; y está reducido á declararlo así, y á rogar al cura párroco á otras personas, que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieran. En este particular hay que advertir dos cosas: 1.<sup>a</sup> que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento, párrafo 34.; 2.<sup>a</sup> que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro, num. 16.)

Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Carp. de executorib. lib. 1. cap. 25. num. 39 y 40.

CAPITULO DECIMOCTAVO.

*De las mandas ó legados.*

- §. 1. ¿Que es manda, y quien la puede hacer?
2. Se deviden en *forzosas y voluntarias; genéricas y específicas.*
3. Las mandas ó legados pueden hacerse de varias maneras.
4. En el legado hecho *puramente* corresponden tres acciones al legatario.
5. ¿Que es legado á *dia cierto*?
6. ¿Cual se dice á *dia incierto*?
7. Si el legatario muere antes de llegar el dia, pasa el legado á sus herederos.
8. Caso en que se trasmiten los legados á *dia incierto* á los herederos del legatario.
9. Caso de un legado hecho á una hija natural que muere antes de tomar estado.
10. Resolucion del caso antecedente.
11. Del legado condicional.
12. La condicion es expresa ó tácita.
13. Diferencia entre la condicion de hecho y de derecho.
14. De los legados modales.
15. Cumplido el precepto del testador adquiere dominio irrevocable el legatario.
16. Legados hechos por demostracion.
17. Legados causales.
18. El legado causal vale, aunque ignore el testador la falsedad de la causa.
19. De los legados alternativos.
20. Las condiciones copulativas deben cumplirse todas.
21. Las condiciones copulativas, que miran á un mismo fin, no es preciso que se cumplan todas.
22. La condicion puesta á muchos basta que la cumpla uno de ellos.
23. La condicion se debe cumplir en forma específica.
24. Cuando hay duda sobre si la condicion impuesta al legatario se entienda tambien con el sustituto, debe estarse á la negativa.
25. En las condiciones potestativas pasa la obligacion al sustituto.
26. En todo legado se ha de entregar la cosa legada con todas sus pertenencias.
27. Al legatario toca sufrir igualmente el menoscabo que hubiere.
28. Caso en que no tiene lugar el legado de una casa.
29. El testador puede legar los bienes de su heredero.
30. Excepcion de la doctrina antecedente.
31. Pueden tambien legarse las cosas ajenas.
32. Igualmente puede legarse la alhaja que está empeñada.
33. Al dueño de una alhaja empeñada por deudas en poder del testador, puede este legar la alhaja referida.

desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos (1). Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el trascurso del tiempo, ó término signado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella; y por haber cesado la causa porque fue constituido.

*Nota sobre la declaracion de pobre.*

Llámase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes; y está reducido á declararlo así, y á rogar al cura párroco á otras personas, que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieran. En este particular hay que advertir dos cosas: 1.<sup>a</sup> que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento, párrafo 34.; 2.<sup>a</sup> que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro, num. 16.)

Ley 1. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec. Carp. de executorib. lib. 1. cap. 25. num. 39 y 40.

CAPITULO DECIMOCTAVO.

*De las mandas ó legados.*

- §. 1. ¿Que es manda, y quien la puede hacer?
2. Se deviden en *forzosas y voluntarias; genéricas y específicas.*
3. Las mandas ó legados pueden hacerse de varias maneras.
4. En el legado hecho *puramente* corresponden tres acciones al legatario.
5. ¿Que es legado á *dia cierto*?
6. ¿Cual se dice á *dia incierto*?
7. Si el legatario muere antes de llegar el dia, pasa el legado á sus herederos.
8. Caso en que se trasmiten los legados á *dia incierto* á los herederos del legatario.
9. Caso de un legado hecho á una hija natural que muere antes de tomar estado.
10. Resolucion del caso antecedente.
11. Del legado condicional.
12. La condicion es expresa ó tácita.
13. Diferencia entre la condicion de hecho y de derecho.
14. De los legados modales.
15. Cumplido el precepto del testador adquiere dominio irrevocable el legatario.
16. Legados hechos por demostracion.
17. Legados causales.
18. El legado causal vale, aunque ignore el testador la falsedad de la causa.
19. De los legados alternativos.
20. Las condiciones copulativas deben cumplirse todas.
21. Las condiciones copulativas, que miran á un mismo fin, no es preciso que se cumplan todas.
22. La condicion puesta á muchos basta que la cumpla uno de ellos.
23. La condicion se debe cumplir en forma específica.
24. Cuando hay duda sobre si la condicion impuesta al legatario se entienda tambien con el sustituto, debe estarse á la negativa.
25. En las condiciones potestativas pasa la obligacion al sustituto.
26. En todo legado se ha de entregar la cosa legada con todas sus pertenencias.
27. Al legatario toca sufrir igualmente el menoscabo que hubiere.
28. Caso en que no tiene lugar el legado de una casa.
29. El testador puede legar los bienes de su heredero.
30. Excepcion de la doctrina antecedente.
31. Pueden tambien legarse las cosas ajenas.
32. Igualmente puede legarse la alhaja que está empeñada.
33. Al dueño de una alhaja empeñada por deudas en poder del testador, puede este legar la alhaja referida.

34. El testador puede legar á su acreedor la deuda pendiente.
35. Pueden legarse las cosas que no estan nacidas.
36. El heredero debe buscar á su costa la cosa legada.
37. Las cosas incorpóreas pueden tambien legarse.
38. El que lega una cosa en que no tiene pleno derecho, no lega otra cosa que la accion que en ella compete al legante.
39. Consecuencias de la antecedente doctrina.
40. En el legado de dos cosas de una misma especie en favor de dos individuos elegirá el primer legatario.
41. Cuando se hace un legado á un hijo futuro, y nacen dos, ¿que se debe hacer?
42. Otro caso semejante.
43. Caso en que un legatario tiene derecho al valor del legado, y al legado mismo.
44. En el caso anterior se ha de pedir el precio antes que la cosa.
45. En el legado de varias cosas con sus accesorios, ¿que regla debe seguirse?
46. ¿Como se ha de entender el legado de lana y lino?
47. Cuando de dos cosas legadas á diversos individuos no se encontrase una, partirán entre si el valor de la otra.
48. La cosa legada dos veces no debe entregarse mas que una.
49. Si un testador lega en codicilo á un sugeto igual cantidad á la que habia legado al mismo en el testamento, llevará una y otra.
50. El legado de ropas y otros efectos se entiende de los que tiene el testador cuando hace el tal legado.
51. Que diferencia hay entre legar á los hijos ó á las hijas de otro.
52. Lo aumentado sin conocimiento del testador á la cantidad legada no se comprende en el legado.
53. Los efectos que se agreguen á otros que han sido legados por estar en sitio determinado, no serán del legatario.
54. En el legado del trigo que tiene el testador en su panera, se entenderá el que aparezca al tiempo de su muerte.
55. El legado de valor igual á la herencia se cumplirá partiéndola el heredero y el legatario.
56. ¿Cuándo estarán los herederos obligados á pagar el legado *in solidum*?
57. ¿Cuándo estarán obligados á pagarle á prorata?
58. Otro caso de un legado, en que el testador exime de su pago á uno de los herederos.
59. El legado hecho á dos herederos desiguales se dividirá por igual.
60. Si un legado con gravamen se menoscaba, se hará rebaja en el gravamen.

61. No puede el legado aceptarse y repudiarse á medias.
62. Excepcion de la doctrina antecedente.
63. Nuevo caso en que hay igual excepcion.
64. Los herederos del legatario no pueden aceptar y repudiar á medias su parte.
65. El legado concebido en diferentes cláusulas puede ser en parte aceptado y en parte repudiado.
66. Lo mismo sucede si una cláusula sola comprende cosas distintas.
67. El legatario que elige entre dos cosas no puede volverse atras.
68. Si no se convienen en la eleccion dos legatarios, echarán suertes.
69. Si el legatario compra la cosa legada, subsiste el legado, á menos que la compre al heredero, sabiéndolo á ciencia cierta.
70. Lo mismo sucede cuando el legado es condicional.
71. Si el legatario compra al heredero la cosa legada, con ignorancia, tiene derecho á su valor.
72. El legado á que está obligado el heredero obliga tambien al sustituto.
73. El testador puede legar á su deudor el importe de la deuda.
74. La confesion de deuda en testamento basta para el legado; pero no se estima prueba suficiente en favor del acreedor como deuda.
75. En la liberacion de deuda, no se entiende mas que lo vencido.
76. El legado de liberacion de deuda puede ser de cuatro modos.
77. Efectos del legado de liberacion de deudas.
78. El legado que se ha de entregar á voluntad del heredero, debe entregarle, muerto este, el que le suceda asi que entre en la herencia.
79. Tambien puede legarse la libertad.
80. El legado hecho á un muerto, creyéndole vivo, no se trasmite á su heredero.
81. El que deja mas de cinco hijos, ¿podrá legar el quinto de sus bienes á un extraño?
82. Si un testador teniendo hijos legitimos lega el quinto á dos extraños, ¿cual legado de estos será el que valga?
83. Decision de este caso.
84. Sobre el mismo asunto.
85. ¿En que punto debe entregarse la cosa legada al legatario?
86. Los legados debe hacerlos el legante por sí mismo.
87. ¿Que ha de hacer el escribano con las memorias testamentarias en que hay legados.
88. No puede legarse lo que es propio de los reyes sin su permiso, ni tampoco los edificios ni otros bienes comunes de los pueblos.

89. No se pueden legar al inepto los castillos y heredamientos Reales.

90. Los legados por señas son nullos.

1. La manda ó legado es una dádiva que hace el testador en su testamento ó codicilo en favor de alguno, ó por bien de su alma. Todo el que es apto para testar, lo es también para hacer legados, y el que no tiene prohibición de ser heredero puede adquirirlos (1); pero aunque la tenga al tiempo que se hace el legado, si al del fallecimiento del testador carece de ella, se le considera idóneo para admitirle (2) (\*). Por tanto no pueden percibir mandas el deportado ó desterrado para siempre, ni los hijos varones del traidor contra el Rey ó el estado; pero se exceptúan de aquella regla los condenados á servir por tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras Reales, á quienes aunque incapaces de ser herederos, les permite la ley obtener legados (3). Además si el testador deja alguna manda al que nombra por tutor de sus hijos, la perderá sino acepta este encargo (4).

2. Los legados ó mandas se dividen en *forzosas* y *voluntarias*. *Forzosas* se llaman las que están impuestas como un gravamen de la herencia, y son cierta contribución para objetos pios, como la conservación de los santos lugares de Jerusalem, redención de cautivos, y otros semejantes. En ellas se atiende á la práctica del país, y su importe es proporcionado á los posibles y voluntad del testador; pero no han de bajar de treinta y seis maravedis, á menos que sea un pobre de solemnidad. En Madrid y dentro del radio de ocho leguas es manda forzosa dejar por lo menos cuarenta y ocho maravedis en favor de los santos hospitales de aquella Corte (\*\*). *Voluntarias* son las que dependen de la voluntad del testador; y de estas unas son *genéricas* y otras *específicas*. Las *genéricas* son las que no designan cosa alguna individual y determinada, y también las que están sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, un caballo. Las es-

1 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

\* Legatario es aquel en cuyo favor se hace el legado.

3 Ley 4. tit. 3. Part. 6.

4 Ley 17. tit. 7. Part. 6.

\*\* En Real cédula de 16 de setiembre de 1813 se mandó que todos los testamen-

tos que se otorgasen en esta monarquía, contengan una cláusula de manda forzosa, á saber, de doce reales de vellón en las provincias de la Península é islas adyacentes, y tres pesos en las de América y Asia, á fin de aliviar á las familias que hubiesen padecido en la guerra de la independencia.

*pecíficas* denotan individualmente la cosa legada, como *la casa que tengo en tal calle, ó el caballo negro*; dando de ella tan terminantes y claras señas que no dejen duda. En las *genéricas* no adquiere dominio el legatario hasta el momento en que el heredero se las debe entregar; pero en las *específicas* lo adquiere desde la muerte del testador.

3. De seis maneras puede hacer los legados el testador: 1.<sup>a</sup> puramente; 2.<sup>a</sup> á dia cierto; 3.<sup>a</sup> con condicion; 4.<sup>a</sup> bajo de cierto modo; 5.<sup>a</sup> con alguna señal ó demostracion; y 6.<sup>a</sup> con causa (1).

4. Se entiende hecho puramente el legado, cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion ni calidad, que suspenda el pedirlo ni entregarlo; y así al que alega no ser puramente hecho, incumbe la obligación de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él. Tres acciones (que son *personal por testamento, hipotecaria y reivindicacion*, segun sea el legado) competen al legatario, á quien se hace puramente, contra el heredero del testador. De suerte que si es específico se trasfiere su dominio en el legatario inmediatamente que fallece el testador, aunque aquel muera antes que el heredero de este entre en la herencia ó tome posesion de ella, y no haya tradicion de la cosa legada, y por consiguiente le compete la reivindicacion como dueño (2). Y si es genérico ó de cantidad, le compete accion personal é hipotecaria, pero no la de reivindicacion ni otra real, porque antes de su tradicion no hay traslacion de dominio (3).

5. Se dice legado á dia cierto, cuando el testador lo hace (ya sea de cosa ó cantidad) señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar, y se puede pedir; en cuyo legado, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad*, antes que llegue el dia nace la accion de pedirlo y la obligación de pagarlo, y se trasfiere su dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca antes que el heredero acepte la herencia (4): así puede pagarlo este antes que venga el dia ó tiempo prefinido; porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio.

6. Y si el dia es incierto, v. gr. *mando á Pedro cien pesos para cuando cumpla veinte y cinco años, ó Juan tenga veinte*, ninguna accion ni obligación nace hasta que viene el dia; porque puede no verificarse y se estima por condicion; y así há lugar en

1 Ley 2. tit. 4. Part. 6.

2 Ley 34. tit. 9. Part. 6.

3 Gom. cap. 12. cit. num. 7. per tot.

4 Ley 34. tit. 9. Part. 6. cit.

este legado lo que en el condicional, en el cual es preciso cumplirla para percibirlo, porque el dia incierto hace condicion en los testamentos (1), y antes que el dia llegue no se trasfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. Previniendo que si el testador deja al menor algun legado ó fideicomiso para cuando sea de edad legitima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para cuando tenga veinte y cinco años. Lo cual procede aunque impetere la venia para su administracion (2).

7. Pero si el legatario muere antes que llegue el dia, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro (3) (\*). De lo cual se sigue que si el testador hace legado en estos términos: *lego á María cien ducados, los que tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará cuando tome estado*, y muere la legataria antes de tomar estado, se trasmite á sus herederos: lo primero, porque el legado hecho bajo de esta condicion se hace pura ó simplemente, y despues se difiere su solucion para el tiempo de tomar estado; en cuyo caso no contiene condicion, sino dia y dilacion para pedirlo ó entregarlo; y lo segundo, porque siempre que la condicion no se impone á la sustancia del legado, sino á su ejecucion ó entrega, es transmisible (4); y asi en este caso la voluntad del testador no fue privar de él á la legataria por no tomar estado, sino antes bien en cualquier evento beneficiarla, y que incontinenti adquiriese derecho á él; y para que no lo gastase, que su heredero lo tuviese en depósito mientras lo tomaba, pues de lo contrario lo expresaria; por lo que muerta la legataria, se trasmite á su heredero el legado, y se le debe entregar, porque cesó la causa de tenerlo en su poder el depositario.

8. Haciendo el testador muchos legados, y diciendo en el mismo testamento, que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, si los legatarios fallecen antes que esta, ¿se transmitirán ó no á sus herederos? Parece que sí, porque el dia incierto está puesto á la tradicion de ellos, y no hace relacion á la disposicion testamentaria. Pero en este caso se debe distinguir: si el testador habla sin adversativa, v. gr. diciendo: *y quiero que dichos legados se entreguen despues de la muerte de mi muger*, se transmitirán por las razones expuestas á los herederos de los

1 Ley 31. tit. 9. Part. 6.

2 Gom. ibid. num. 58.

3 Gom. ibi, num. 57. vers. *Aliquando, et secundo.*

\* Cuando el legado es del usufructo de alguna finca, nunca pasa á los herederos

del legatario, á menos de expresarlo asi el testador, porque este legado es personal por su naturaleza.

4 Mantic. de conjectur. lib. 11: tit. 18. num. 21.

legatarios que murieron antes. Y si se explica con adversativa, v. gr. *pero quiero que no se entreguen, sino despues de la muerte de mi muger*, no se transmitirán, porque la palabra *sino* tiene la naturaleza de adversativa y exclusiva, y por ella se constituye condicional el legado: y como los legatarios murieron antes de verificarse la condicion, no adquirieron derecho á los legados: por lo que tampoco sus herederos lo tendrán (1).

9. Si el padre teniendo hijos legitimos mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, cuya cantidad cabia en el quinto, y antes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, parece que los hijos legitimos llevarán el legado, y no la madre: por no haberse cumplido la causa, modo ó condicion puesta por su padre; porque segun derecho no se debe, aunque se deje con nombre de dote; por ser lo mismo el legado hecho bajo condicion, faltando esta, que el hecho bajo de cierto modo, si este no se cumple; y no se debe, pues cesando la causa del legado, que fue el matrimonio, cesa su efecto, y haciéndolo el testador para un efecto no se debe convertir en otro; y asi el hecho por el padre se ha de emplear en el casamiento, y faltando este por muerte de la hija, no deberá tener derecho á él su madre.

10. No obstante lo expuesto, lo contrario se debe hacer: lo primero, porque el legado fue puro y no modal ni condicional, respecto á que dijo el testador: *para casarse*, y no *para que con ellos se casase*: y cuando el modo puesto por el testador mira solamente á la comodidad del legatario, no está obligado este á cumplirlo, ni por este defecto dejará de percibir el legado. Lo segundo, porque el padre puede legar á su hija natural el quinto de sus bienes aunque tenga hijos y otros descendientes legitimos, y esta puede disponer libremente de él segun la ley 9 de Toro. Y lo tercero, porque la hija tenia derecho á los alimentos: y en parte de pago de estos es visto haberle hecho su padre el legado, y asi debiéndosele en vida puede retenerlo, ó su heredero por via de excepcion, la cual concede el derecho á quien da la accion; por lo que aunque la hija no quiera casarse, se la debe el legado, puede retenerlo y disponer de él (2).

11. *Bajo condicion* se pueden hacer el legado é institucion, v. gr. *lego á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto ó si tal cosa sucediere*. Y para la perfecta inteligencia debo sentar: lo primero, que la palabra *si*, indica condicion,

1 Castell. en la ley 27 de Toro, num. 45.

2 Ayor. part. 2. quest. 7. vers. *Sed nunc incidenter.*

y la *para*, modo (1); lo segundo, que la condicion es un acto ó futuro evento, en el cual se confiere la disposicion, á fin de que sea válida ó inválida. Véase lo que se dijo acerca de la institucion condicional en el párrafo 6 y siguientes del capítulo 2 de este título, pues es la misma doctrina.

12. Solo añadiré que las condiciones no siempre son *expresas*, pues las hay tambien *tácitas*, como si se lega el fruto de una viña, en cuyas palabras se embebe la condicion de que el tal fruto haya de nacer; ó bien cuando la manda consiste en una renta anual, pues se supone que el legatario viva.

13. Tambien debo advertir que cuando la condicion es de hecho, como de ir á cierta parte, ó alcanzar tal dignidad; no basta que se cumpla ignorándolo aquel á quien se impone. Lo que no sucede si la condicion es de derecho, pues con tal que se cumpla, el legatario percibirá su legado, aun cuando lo ignore.

14. Hay tambien legados que se llaman *modales*, y son aquellos en que la cosa legada se deja para un objeto ó fin determinado, v. gr. *dejo á Juan una viña para que con su producto ayude á su madre*. Del legado *modal* al *condicional* hay la diferencia de que en el primero no se suspende la entrega de la cosa, y en el segundo si (2).

15. Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero antes de cumplirle y aunque dé fianza, se les trasfiere solamente el revocable: de suerte que sino se cumple, debe restituirla con frutos (3). El legado *modal* se trasmite á los herederos del legatario, y tambien la obligacion de dar fianza de cumplirle. Cuando hay ambigüedad en las expresiones del testador, deben antes tenerse por modales que por condicionales.

16. Se hacen tambien los legados con *demonstracion*, lo cual sucede cuando el testador pone á la cosa legada alguna señal, lugar ó cantidad, por la cual es conocida: en cuyo caso si la demostracion es verdadera, vale el legado; y si es falsa tambien vale regularmente, y no la vicia, ni la disposicion en que se hizo, v. gr. *lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron*; pues aunque no fuese comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, vale el legado. O si dice: *lego á Pedro tal alhaja porque me hizo tal servicio*; pues sin embargo de que no haya hecho lo que el testador supone, vale el legado y se debe

1 Parlad. differ. 147. num. 1.

2 Gom. lib. 2. Var. cap. 11. num. 37.

3 Greg. Lop. ley 21. tit. 9. Part. 6. glos. 10.

al legatario. Y la razon es porque la demostracion ó extrinseca solemnidad puesta en el no es necesaria, por lo que no debe viciarlo, pues la que interviene en algun acto sin que para su validacion se requiera, no lo vicia. Lo cual milita no solo cuando el legado es específico, sino de cantidad, si se lega esta como cuerpo ó especie y existe, pues vale; pero si no existe, es nulo, v. gr. si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuentra, no vale el legado, porque no consta de tal cuerpo ó especie legada (1).

17. Pueden asimismo ser *causales* ó hacerse con causa los legados, v. gr. si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio: pues no se requiere expresion de la causa cuando se hace por mera liberalidad; y asi sin embargo de que sea falsa, no lo vicia ni anula (2).

18. Lo cual se entiende ya sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su heredero pruebe que á saber que no era verdadera, no haria el legado al legatario; pues entonces esta excepcion lo vicia. Y se puede probar *verdadera* ó *presuntivamente*: *verdaderamente*, si el testador lo dijese ó protestase delante de testigos; y *presuntivamente*, cuando la causa mira á la consanguinidad ó afinidad, v. gr. *lego á Pedro tanta cantidad porque es mi consanguíneo*, en cuyo caso no siéndolo no vale el legado (3).

19. Y últimamente pueden ser hechos los legados é instituciones con modo alternativo, v. gr. si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero: á Pedro ó á Juan doy ó lego tal cosa ó quiero darla: ó quiero ó mando que sea libre, ó tutor de mis hijos*. En cuyos casos se duda ¿como han de ser admitidos estos nombrados? Y la solucion es que todos sean admitidos igual y copulativamente: porque la alternativa puesta entre personas honradas se resuelve en copulativa. Lo que es al contrario cuando se deja alguna cosa á una persona sola, diciendo: *á Pedro lego tal ó tal cosa*, pues entonces se estima la ó por disyuntiva, y asi no percibirá mas que una de ellas. Pero es de advertir que lo referido se entiende de este modo: que si el legado ó comodidad que se deja es dividuo, se admite á cualquiera de los legatarios por su parte, y asi entre todos se dividirá con igualdad; y si es individuo, al modo que la libertad, tutela, servidumbre,

1 Gom. cap. 12. num. 74 y 75.

2 Ley 20. tit. 9. Part. 6.

T. 1.

3 Gom. ibi, num. 76.

jurisdicción, mayorazgo ú otra dignidad, se admite á cada uno en el todo <sup>(1)</sup>.

20. Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa, que tienen su tendencia á diversos fines, deben cumplirlas todas para adquirir derecho, y poder pedir y percibir el legado ó herencia, v. gr. *mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario é hiciere tal iglesia. Y si las pone apartadas, v. gr. mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*, basta que cumplan cualquiera de ellas, para poder haber y llevar el legado ó herencia, porque están puestas con modo disyuntivo <sup>(2)</sup>.

21. Lo propio milita cuando aunque estén puestas con modo copulativo, miran á un solo fin, v. gr. si Pedro muriere sin hijos y fuere presbitero, sea mi heredero Juan, ó sustituyo á Juan: pues como la mente del testador es proveer de sustituto por la carencia de los hijos, que se induce así del presbiterato como de la muerte, basta que sea presbitero para que se verifique la carencia, y que el sustituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la sustitución <sup>(3)</sup>.

22. Si pone una condición á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla, ó en él se verifique, para ser válida la institución ó legado. Y si instituye muchos herederos ó legatarios, á unos con condición, y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos pura ó simplemente, y aquellos nada, hasta que cumplan la condición. Lo cual se entiende, excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las conducentes diligencias, no puedan conseguir su cumplimiento, por no pender de culpa suya; pues en este caso es suficiente que pongan de su parte todos los medios correspondientes á su consecución, porque se tiene por cumplida la condición <sup>(4)</sup>.

23. El legatario debe cumplir en forma específica (regularmente hablando) la condición posible que el testador le impuso, según quiso, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni en modo equivalente: y la razón es, porque la condición voluntaria y su cumplimiento consisten en hecho, y este es coheren-

1 Gom. en la 40 de Toro, num. 68. cerca del fin.

2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

3 Alex. cons. 100. vol. 4. Incipiens. vi-

sa parte testamenti. Greg. Lop. en dicha ley 13. glos. 1.

4 Ley 22. tit. 9. Part. 6.

te á la persona, y no pasa á otro; lo cual es al contrario en la necesaria para la validación del acto <sup>(1)</sup>.

24. En cuanto á si la condición puesta al legatario se entiende repetida al sustituto, debe atenderse al significado natural de las palabras del testador, que son las que expresan su voluntad. Conviene advertir que en caso de duda la disposición se debe reputar simple y pura.

25. Sin embargo si la condición es de aquellas cuyo cumplimiento pende de la voluntad, que son las que suelen llamar *potestativas*, pasa la obligación al sustituto, el cual hará cuanto esté de su parte para que la condición se cumpla. Pero si la condición es de tal manera que pende del acaso, no se trasfiere. Lo mismo sucede cuando es personal del legatario, como, *con tal que se case, ó que se haga médico*, pues no pasa de modo alguno al sustituto <sup>(2)</sup>.

26. En todo legado no solo debe entregar el heredero al legatario la cosa específica é individual que mandó el testador, sino cuanto á ella pertenezca, y el incremento que haya tenido hasta el día en que se le entregue, según lo manda la ley 37. tit. 9. Part. 6. (\*). Esto se entiende, si el testador no ha dispuesto otra cosa. Pero si la cosa legada era agena, y lo sabía el testador, nada se dará al legatario por razón de aumento que pueda haber tenido <sup>(3)</sup>. También se puede legar el usufructo de parte de los bienes del testador por tiempo determinado, como por el de la vida del legatario; y en tal caso la propiedad no pertenece á este, sino á quien haya dispuesto el testador, al cual volverá el usufructo, cumplido que sea el plazo porque fue separado de aquella. Cuando el usufructo se lega por cierto número de años se llama legado ánuo. Se previene que no se puede legar el usufructo sino de bienes propios del legante.

27. Al modo que el aumento de la cosa legada por el testador pertenece á su legatario, le pertenece también su disminución ó menoscabo; por lo que si después de haberle legado una casa, finca ú otra cosa enagenó parte de ella, no llevará más que lo que quedó sin enagenar. Y lo propio milita si la casa se arruinó, pues llevará solamente el arca ó solar en que estaba edificada, que es el residuo.

1 Gom. cap. 12. num. 77.

2 Gom. lib. 2. Var. cap. 12. num. 37 y 80.

\* Según la ley citada son del legatario los frutos del legado desde el día que el

heredero aceptó la herencia, y no desde aquel en que murió el testador, disposición que no es conforme con el principio que se establece en el párrafo 4.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. num. 16.

28. Pero si el testador la levantó ó reedificó despues de aruinada, no tiene derecho á ella el legatario, porque es casa nueva, la cual ni su suelo no le estan legados; y asi es visto haber revocado el legado y mudado su voluntad, excepto que deje algo sin reedificar, pues de esto se le deberá el área (1). Téngase presente que en el caso dicho y en el del número anterior se supone que el legado es una casa, pues si lo que el testador legase fuese no mas que una área ó solar, y luego edifica en ella una casa, esta será del legatario, como aumento sobrevenido al legado (2).

29. Puede legar el testador no solamente sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, ya tenga ciencia ó ignorancia de que pertenecen á este, y valdrá el legado, y estará obligado su heredero á entregarlo al legatario ó su estimacion; pero en este no se trasfiere de derecho su dominio, como cuando lo legado es propio del legante.

30. Se entiende lo expuesto cuando no hay mas herederos instituidos que uno, ó aunque sean muchos es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; lo que al contrario si son muchos y todos gravados á restituir ó entregar la alhaja que pertenece al uno, pues el dueño de esta por lo que le toca en la herencia solo estará obligado parcialmente á entregarla, ó su estimacion (3).

31. Tambien puede legarse la cosa agena; y si al tiempo de legarla sabe que lo es, y acredita luego esta ciencia el legatario, vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla; y si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente está obligado el heredero á dar su valor ó estimacion al legatario extraño; lo que al contrario si es consanguíneo ó su muger, pues vale, y el heredero debe entregarle su valor, porque se presume que aunque supiera que era agena, se la hubiera legado por la afición que media entre los dos. Y lo mismo procede si lega lo ageno á un amigo íntimo ó á criado suyo, pues ya sepa ó no que lo es, vale el legado, porque versa la propia razon (4).

32. Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por menos de lo que vale, en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo y entregarlo al legatario. La misma obliga-

1 Gom. ibi, vers. *Simil.*

2 Ley 37. tit. 9. Part. 6. Gom. 1. *Var.* cap. 12. num. 11.

3 Gom. cap. 12. num. 14. Greg. Lop. en

la ley 10. tit. 9. Part. 6. glos. 2.

4 Ley 10. tit. 9. Part. 6. en las palabras: *Otrosi decimos* etc. Gom. ibi, num.

13.

cion tiene si lo estaba por el tanto ó por mas de su valor, ya supiese ó no el testador, que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si cuando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de este era menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo del exceso le hizo el legado. Asi se prueba de la ley 11. tit. 9. Part. 6. Lo cual se entiende, excepto que el legatario sea su conjunto, ó persona tal, que de cualquiera suerte siempre se la hubiera legado, pues entonces debe el heredero redimirla y entregársela libremente por la razon arriba expuesta.

33. Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que este le habia entregado y tenia en su poder por via de seguridad del débito, y valdrá el legado; pero á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que debia: porque no es visto habérselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dejado libre del empeño la alhaja (1). Lo cual se entiende, á menos que sea otra la voluntad del testador; bien que esta no se presume, excepto que la prueba el legatario.

34. Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta suma, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fue legársela, y para ello supone que la debia, y deberá dársela el heredero; y si fuese cierto el débito, tambien deberá dársela, y no mas: porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado (2).

35. Del mismo modo puede legar las cosas nacidas y que no han nacido ni existen, v. gr. hijos de siervas y ganados, frutos de tierras, árboles &c., con tal que se espere que han de nacer; y verificado su nacimiento valdrá el legado (3); porque pueden ser donadas, vendidas, hipotecadas, y por cualquier contrato enagenadas; y aunque el legado de estas cosas se puede llamar condicional, no lo es para el efecto de impedir la trasmision de lo legado (4).

36. Si el testador legó alguna cosa existente en otra parte, que dudaba si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará y averiguará su existencia; y verificada esta, se la entregará; á cuyo efecto practicará á su costa las competentes diligencias, de suerte que el le-

1 Ley 16. tit. 9. Part. 6.

2 Leyes 19 y 20. tit. 9. Part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 20.

3 Ley 12. tit. 9. Part. 6.

4 Gom. cap. 12. num. 24.

gatario nada tenga que expender (1). Y lo mismo procede cuando el testador sabe que existe, pero está en parage remoto; pues el heredero debe buscársela á sus expensas y entregarla al legatario (2).

37. Puede legar en igual forma las cosas incorpóreas, v. gr. los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de personas, casas ó fincas ajenas; y valdrá el legado. Pero es de advertir que si despues de legado el débito reconyiniere al deudor sobre su solucion y lo exigiere de él, se entiende revocado el legado: y así no está obligado su heredero á entregar su importe al legatario: lo que al contrario si el deudor lo satisficere de su propia voluntad sin serle pedido, pues vale, y el heredero tiene obligacion de entregárselo; y la razon es porque respecto haberlo satisfecho sin demandárselo el testador, es visto que este quiso recibirlo y tenerlo guardado para el legatario (3).

38. Legando simplemente el testador una finca ó cosa en que solamente tiene derecho adquirido, ó esperanza cierta ó probable de adquirirla ó parte en ella, es visto y se entiende que lega únicamente el derecho ó parte que de ella le compete, y así por lo demas nada debe dar su heredero al legatario, ni á este compete la mas leve accion sobre ello. Esto se entiende cuando hizo mencion del dominio ó derecho, diciendo: *lego á Pedro tal cosa mia, ó el derecho que en ella me toca*, pues si sin hacer la mencion dice: *lego á Pedro tal cosa*, en este caso comprándola despues toda, se debe dar íntegra al legatario (4).

39. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador tiene solamente el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar el usufructo, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario: porque el usufructo espira y se extingue con su vida (5). Lo segundo, que si posee la cosa en *enfitensi*, este ha de acabar con su vida, y lo lega tambien simplemente, tampoco toca cosa alguna al legatario: porque se refiere al derecho que en ello tiene; y como este se extingue por su muerte, nada queda que entregarle; y por consiguiente no hay legado. Lo tercero, que si el padre lega una finca ú otra cosa de los bienes adventicios de su hijo en que tiene únicamente el usufructo legal, es visto que no lega mas que el derecho que en

1 Ley 12. tit. 9. Part. 6.

2 Greg. Lop. en la ley 12. cit. glos. 2.

3 Ley 15. tit. 9. Part. 6.

4 Arg. leg. *Si ex toto*. ff. de leg. 1. cap.

12. num. 15. et ibi 3. Ayllon, num. 17.

5 Gom. ibi, vers. *Ex quo notabiliter infero*.

ella le compete; y así nada de él ni de su estimacion se debe al legatario. Lo cuarto, que si el poseedor del mayorazgo lega simplemente alguna finca de él, ó el marido alguna dotal, tampoco es visto legar mas que el derecho que en ella le compete, y ha de perecer con su vida; y así no se debe su estimacion al legatario (1). Y lo quinto, que si el testador instituye muchos herederos y grava al uno á que dé al otro la alhaja hereditaria, se juzga gravado solamente á dar su parte que es el derecho que en ella tiene, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas y dársela entera.

40. Teniendo el testador muchas cosas de una especie, v. gr. caballos, mulas ú otras, y legando una de ellas á un sugeto, y otra á otro, sin distinguir, si una es mas preciosa que la otra, y discuerdan sobre quien ha de elegir, el legatario nombrado primero hará eleccion; lo primero, porque por serlo en primer lugar se conceptúa mas predilecto; y lo segundo, porque reputándose este legado, y siéndolo, de cosa incierta de ciertas, en el cual toca la eleccion al legatario, pertenece al primero como mas amado del testador (2).

41. Si el testador lega cantidad cierta al hijo ó hija que le naciere, y nacen dos ó mas, parece que cada uno llevará íntegra la legada. Pero se ha de distinguir: si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, pues no se ha de inducir multiplicacion de legados; y si hizo el legado distributivamente diciendo: *si algun hijo ó hija me naciere, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno totalmente, porque es visto haberla legado enteramente á cualquiera de ellos (3).

42. Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo único con que á la sazón se halla, lo funda con efecto, y por estar su muger preñada dice, *que al hijo ó hija que le nazca; lega, v. gr. mil ducados por via de alimentos*, y le nacieron dos gemelos varones ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la suma legada entre los dos póstumos, antes bien cada uno la debe percibir íntegra (4).

43. Siendo legada á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor ó estimacion, sin que le obste el concurso de dos causas lucrati-

1 Gom. cap. y vers. dichos.

2 Gom. cap. 32. num. 18. Burg. de Paz

cons. 27. num. 21.

3 Gom. cap. cit. num. 19.

4 Greg. Lop. ley 32. tit. 9. Part. 6. glos.

3. vers. *Item pone quod habens*.

vas, porque en su origen no proviene este de una sola persona, sino de diversas, de las cuales los derechos y acciones que las competian se refundieron y consolidaron en una sola (1): y cuando esto se verifica lo puede pedir todo.

44. Pero es de advertir que para conseguir la cosa legada, y tambien su valor, ha de pedir y percibir primero este, porque si pide y consigue aquella, de modo que se aposeiona quieta y pacificamente de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio (2): y la razon es porque recibiendo antes la cosa, consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el cual no recibe aumento (3): y recibiendo solamente su estimacion, no consigue mas que el precio de ella, que es muy diverso, y facilmente se pierde y consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (4). Y lo propio milita por idéntica razon cuando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exigir este antes que aquella (5).

45. Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, expresando la cualidad ó accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. gr. dicien lo: *lego todos mis siervos con su peculio: lego todas mis esclavas con sus hijos: todos mis caballos con sus jaeces ó aderezos: todas mis fincas con sus instrumentos &c.* Llevará el legatario todos los de aquel género ó especie, ya lo tengan unos, y otros no: y la razon es porque aquella cualidad se pone aumentativa y declarativamente, para que se dé tambien al legatario con la cosa principal á que está aneja ó adherida, y no limitativamente, para que se le entregue solamente la cosa en que no se halla. Lo cual procede, excepto que el testador lo limite expresamente diciendo: *lego mis siervos que tienen peculio: mis anillos que tienen piedras: mis caballos que tienen jaeces, aderezos &c.*, pues entonces se observará su voluntad, porque se entienden legadas únicamente las que tienen la cualidad ó accesorio (6).

46. Cuando el legado es simplemente de lana, se comprende de la que está trasquilada y separada del cuerpo del animal, ora

1 Gom. cap. cit. num. 70. vers. *Et idem est.* Men. dicho lib. 4. presumpt. 173. num. 2, 8 y sig.

2 Ley 44. tit. 9. Part. 6.

3 Ley *Non ut ex pluribus. ff. de regul.*

jur.

4 Gom. lib. y cap. cit. num. 38. vers. *Item adde quod idem est.*

5 Dicha ley 44. tit. 9. Part. 6.

6 Gom. cap. 12. num. 30.

esté lavada ó sucia, ora hilada ó por hilar: mas no la teñida ó hecha tela (1). Pero el lino, aunque esté teñido ó hecho lienzo, se comprende en el legado (2) (\*).

47. Si el testador lega á uno una finca determinada ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y en su herencia se encuentra solamente el fundo ó cosa legada, parece que el legatario de esta está preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le transfirió con la muerte del testador; ó que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará: y asi la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen (3): pues la voluntad del testador, que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

48. Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa específica, v. gr. casa, viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela ni su estimacion, mas que una vez. Lo mismo procede si le lega cosa consistente en número, peso ó medida: pues tampoco se entiende multiplicado el legado; y asi solo llevará una suma, á menos que puebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ambas sumas (4).

49. Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas ambas, no probando este lo contrario de su voluntad. Mas no, si se la legó segunda vez por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas y desiguales en el número, las llevará ambas el legatario: porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ó esta que aquella. Y lo propio milita si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion: pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva y distinta cualidad añadida, excepto que de su disposicion se infiera lo contrario (5). De suerte que siempre que el testador varia el modo de hacer el legado á un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa,

1 Gom. lib. 2. Var. cap. 12. num. 95.

2 Gom. ibi, num. 55.

\* La opinion mas racional es que si no aparece claro lo que el testador quiso decir, se esté á la comun inteligencia que se da en el pais á las voces que emplea. Si en él por la voz lino se entiende en general el

lienzo, se comprenderá en el legado: mas no, si sucediere lo contrario.

3 Gom. ibi, num. 31. et ibi Ayllon num. 37. Castill. lib. 4. *Controvers.* cap. 51.

4 Ley 45. tit. 9. Part. 6.

5 Bart. *Speculat. tit. de testam. §. 1. vers. Item pone.*

es visto que quiere multiplicar el legado, y así llevará, y se deberán dar ambas sumas al legatario (1).

50. Si el testador dice: lego mis vestidos ó mi plata, caballos, siervos &c., se entiende legar los que tiene cuando hace el legado, y así el legatario no tiene derecho á mas que á ellos, aunque despues adquiera ó tenga muchos mas: pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro. Y lo mismo se entiende si erige mayorazgo de todos sus bienes, sin mas expresion: pues no vienen ni se comprenden en él los que despues adquiera (2).

51. Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno que tiene tambien hijos varones, ó legando á sus hijos cuando igualmente tiene hijas, ¿en uno y otro caso se entenderá con todos el legado? El primero lo llevarán solamente las hijas, porque bajo el nombre de hijas no se comprenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso, pues participarán tambien de él. Y la razon es porque en el género masculino se comprende el femenino; y no aquel en este (3).

52. Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte ó lugar, si en él puso despues, ú otro de su consentimiento ó por su mandado, algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario si este ú otro sin ciencia de aquel las hubiere puesto: pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado, y así solo lo que el testador tenia, puso ó metió, ú otro de su consentimiento ó en virtud de su precepto, será lo que lleve.

53. Pero si el testador manda v. gr. sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género, que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario (4). Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas; y en el expresado en el precedente párrafo se refiere á lo que está en aquel parage que señala, y así ya sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno: porque es visto que así lo quiso.

54. Si lega el testador á su muger ó á otro, v. gr. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, y despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece este al le-

1 Gom. cap. 12. num. 38.

2 Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. Part. 6. glos. 3. col. antepenult. vers. *Quid autem si quis faciat majoriam.*

3 Decio de regul. jur. in leg. *Fœminæ*, num. 127.

4 Gom. ibi, num. 49.

gatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas: y la razon es porque se presume que su intencion y voluntad fue subrogarlo en lugar del que tenia y gastó; y por consiguiente dejar subsistente el legado (1).

55. Cuando lega á alguno tanto cuanto habrá ó habrán el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad: porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Y si le lega tanto cuanto tiene uno de los herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido (2); porque en duda se entienden gravados en cuanto menos sea posible, segun derecho (3).

56. Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravamen de dar al legatario, v. gr. *ciento*, estan obligados á dárselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede si instituyendo muchos herederos dice: *mando que mi heredero dé á Pedro ciento*: porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse cuál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal; y así todos deben darle á prorata los ciento (4).

57. Pero sucederá al contrario si el testador dice: *cualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento*: pues entonces todos y cada uno de por sí estan obligados á dárselos totalmente, porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnímodamente á todos y á cada uno á la solucion de los ciento que legó; y así tantos cuantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario (5).

58. Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma á un legatario, si eximió de su solucion á uno de ellos, estan obligados los demas instituidos á pagársela íntegramente de las partes que les corresponden en la herencia, sin deducion de la del exento, del mismo modo que si este no fuera instituido, y no con respecto á que lo es: de suerte que la satisfaccion del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos á ella gravados.

59. Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador deja algun legado á dos de ellos, y los nombra

1 Legat. Gom. cap. 12. num. 50.

2 Castell. lib. 4. *Controvers.* cap. 33 y

44. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 13. num. 9.

vers. *Sexto subinfertur.*

3 Ley *Semper in obscuris*, 9. y ley *Sem-*

*per in stipulat.* 34 al fin. *ff. de regul. jur.*

4 Gom. ibi, num. 51. vers. *Et idem est,*

ei tibi Ayllon, num. 54.

5 Gom. ibi, vers. *Secus tamen est,* al fin.

por sus propios nombres, v. gr. *á Pedro y Juan mis herederos lego tal cosa, ó tanta cantidad, ó tal alhaja*, llevarán y dividirán igualmente entre sí el legado, no obstante la desigualdad de la institución. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. gr. *á mis herederos Pedro y Juan lego tal cosa ó cantidad &c.*, la partirán á proporcion de la institución (1). Y lo mismo procede cuando los grava á dar ó pagar algun débito ó legado (2). De suerte que la dificultad viene á consistir (segun conciben los autores) en si el testador los nombra ó grava por sus propios nombres antes de titularlos herederos; pues nombrándolos deben llevar la mejora ó legado, ó hacer el pago por iguales partes; y nombrándolos primero con el apelativo de *herederos*, á proporcion de la institución; bien que yo no advierto diferencia en los dos modos de nombrarlos, para que varie su obligacion y la institución.

60. Si un legado que tiene consigo algun gravamen se declara en parte nulo, el gravamen deberá sufrir una rebaja proporcionada á la pérdida del legatario.

61. No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que en una cláusula y oracion le hizo el testador, ya sea cosa señalada, v. gr. un vestido, ó de universidad de bienes, v. gr. una cabaña, pues aunque en esta se comprenden muchas ovejas, carneros y otras cosas, se entienden y estiman por un solo cuerpo y legado; y asi lo ha de aceptar ó repudiar enteramente: y la razon es porque la voluntad del testador, como una é individua, no se puede dividir (3).

62. En caso que una misma cosa se haya legado á dos individuos, si el uno fallece y el otro es su heredero, puede aceptar del legado la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario; y al contrario, si á uno de los dos se impuso gravamen por el testador, y al otro no; excepto que manifestamente conste haber querido este que el uno llevase la cosa, y el otro su estimacion, pues entonces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas (4), y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida íntegramente en este el de ambos, y puede pedirlo (5).

63. Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar ni repudiar el legado, si deja varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar su parte, aunque los otros no quieran la

1 Gom. ibi, num. 42.

2 Gom. ibi, vers. *Et idem est.*

3 Ley 36. tit. 9. Part. 6.

4 Arg. leg. *Si pluribus. ff. de legat. 1.*

5 Gom. cap. 12. num. 20.

suya, ya sea la manda de una cosa sola ó de universidad de bienes: y la razon es porque el legado y su accion y obligacion se dividen proporcionalmente entre ellos, y asi puede cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta y repudia todo lo que le toca (1). Bien que la repudiada no se acrecerá á los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjuncion legal, la cual no causa ni induce derecho de acrecer (2).

64. Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar ó repudiar parte de la que le corresponde, porque cualquiera heredero representa al difunto por la suya; por lo que al modo que el que lo es por el todo, no puede aceptar en parte y en parte repudiar; del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya, porque seria representar parcial y no totalmente al difunto, lo cual es absurdo (3).

65. No milita lo expuesto cuando el testador hace el legado en diversas cláusulas y oraciones, pues entonces se permite al legatario, que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le accomoda: y la razon es porque en este caso, como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo, vienen á ser muchos los legados separados, y por tales se conceptúan y estiman (4): y asi con uno que acepte, ya le representa en el todo.

66. Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere, y dejar las demas. Pero si le lega dos, la una con gravamen y la otra sin él, v. gr. *cien pesos y un siervo, con tal que dé libertad á este*, entonces no há lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso, si no quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre este (5).

67. Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra, porque no se le permite; si deja la eleccion á albedrio de tercero, y este no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (6). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra cosa, si no hubiese hecho la eleccion (7).

68. Si deja á dos junta ó separadamente una de sus cosas,

1 Dicha ley 36. tit. 9. Part. 6.

2 Greg. Loc. en dicha ley 36. tit. 9.

Part. 6. glos. 5. Gom. lib. 1. *Var. cap. 10.*

num. 42. y cap. 12. num. 33.

3 Gom. dicho num. 33.

4 Gom. num. 33. cit.

5 Dicha ley 36.

6 Ley 25. tit. 9. Part. 6.

7 *Roj. de incompatib. part. 5. cap. 6.*

num. 87 y 88.

diciendo: que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y elegir aquel á quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que del valor de aquella cosa le corresponde, segun alhedrio de hombres buenos. Y si la tal cosa fue legada á uno, dejando la eleccion á su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio (1).

69. Comprando el legatario, ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto, la cosa que este le legó (y no era suya) del vendedor dueño ó de otro tercero, ya sea con ignorancia ó ciencia de que le estaba legada y era agena, no pierde el legado, y asi puede pedir su valor ó estimacion, ya se la haya legado pura ó condicionalmente (2). Mas si la compra á su heredero no puede pedir su valor, porque es visto renunciar el legado.

70. Si es del testador la cosa que legó condicionalmente ó á dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su precio ó estimacion luego que llegue el dia, ó la condicion se cumpla, pues el derecho de futuro no se puede renunciar.

71. Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida ó despues de ella la compra ó adquiere ignorantemente del heredero, no pierde el legado, y asi puede pedir su valor; pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada lo pierde, por ser visto renunciarlo.

72. Si el testador instituye heredero, y lo sustituye gravándole con algun legado, es visto ser gravado tambien el sustituto en la herencia, y asi este debe dar al legatario el mismo legado que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la sustitucion. Lo cual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tácita ó expresamente lo contrario, v. g. cuando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al sustituto con otra diversa: ó cuando la causa, por la que gravó al heredero, cesó en el sustituto: ó cuando sustituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario: ó cuando por otros semejantes modos y conjeturas se conceptúa no haber querido gravarle. Y lo mismo procede cuando dice: *mi heredero, ó cualquiera que sea mi here-*

1 Ley 26 tit. 9. Part. 6.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 17. num. 36.

y Ayllon en el mismo lugar, num. 39.

*dero, dé á Juan tal cosa ó cantidad:* pues siendo muchos los herederos, á todos comprende el gravamen de dar lo que el testador manda (1).

73. El testador puede libertar á su deudor de lo que le debe, ya sea el débito civil ó natural, ó juntamente natural y civil, ó perpetuo ó á tiempo cierto, y valdrá el legado, ya lo haga específicamente á alguno, ó genéricamente á todos sus deudores: pues tanto vale la disposicion general en cuanto al género, como la especial ó particular en cuanto á la especie; y el de liberacion no solo aprovecha al deudor y á sus herederos, sino á su fiador; pero no al contrario, haciéndose á este, pues á ninguno de aquellos aprovecha (2).

74. Pero es de advertir que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en vida por él, porque tiene solamente vigor de legado: excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, pues los herederos deben estar al juramento de su causante en estos casos (3); y asi el sugeto á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, porque se resuelve en legado ó fideicomiso por tácita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haber débito, por lo que se puede pedir como legado.

75. Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en última disposicion, es visto ser remitido el puro vendido y de presente, mas no el condicional ó á cierto dia, excepto que otra cosa se exprese (4); y en la general solo vienen y se comprenden los débitos personales á favor del difunto, pero no los reales ó hipotecarios; por lo que si uno posee alguna cosa de este, sobre la cual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende remitida ni comprendida en el legado de remision, y asi el heredero puede repetir la del poseedor (5).

76. De cuatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del débito: la primera, *expresamente*; la segunda, diciendo el testador: *dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe*; la tercera, diciendo: *mando ó gravo á mi heredero á que no pue-*

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 17. num. 36. y Ayllon en el mismo lugar, num. 39.

2 Gom. dicho cap. 12. num. 82. vers. *Item adde quod predicta.*

3 Valenzuel. cons. 174. num. 27 y 28. Gutierrez. de juram. confirm. part. 2. cap.

6. num. 5.

4 Gom. ibi, num. 82. vers. *Item adde quod facta.*

5 Gom. dicho num. 82. vers. *Item adde quod in tali.*

da pedir á Pedro lo que me debe; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad (1). Previendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito, es visto legarles el mismo débito en él contenido, y gravar á su heredero á que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para su exaccion y cobranza, á cuya cesion está obligado (2). Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ó por otro titulo se trasfiere: pues se entiende vendida, donada ó trasferida la cosa ó accion en él contenida (3).

77. El efecto que produce la liberacion del débito es que si el legatario deudor es reconvenido sobre él por el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle á que le libre del pacto y obligacion, é implorar el oficio del juez para que declare que nada le debe, y le imponga perpetuo silencio.

78. Si legase alguna cosa en esta forma: *mando á Pedro tal alhaja (nombrándola) para que la haya cuando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe este darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del testador. Mas si dice: *mando á Pedro tal alhaja para que la haya si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al testador (4).

79. Una de las cosas que se pueden legar es la libertad á quien carece de ella. *Libertad se llama el poder que el hombre tiene para hacer lo que quiera si las leyes no lo prohiben*. El derecho romano y el de las Partidas establecen los casos en que se puede conceder á los siervos por testamento, donacion ó contrato, y cuando se reservaba el señor sus derechos de patrono; pero en el dia son raros los casos en que puede tener aplicacion esta doctrina.

80. Si el testador hace algun legado á un muerto, creyéndole vivo, ó si aquel á quien se lo hace ha fallecido ó sido desterrado perpetuamente antes de la muerte del testador, no está obligado el heredero de este á dar cosa alguna al de aquel (5).

81. Dejando alguno cinco ó mas hijos legítimos puede dudarse si tendrá facultad para legar el quinto á un hijo natural ó espurio, ó bien á un extraño, ó en beneficio de su alma. Algunos

1 Gomp. in vers. *Pro cuius perfecta.*

2 Ley penult. tit. 9. Part. 6.

3 Gomp. dicho num. 82. vers. *Confir-*

*matur.*

4 Ley 30. tit. 9. Part. 6.

5 Ley 35. tit. 9. Part. 6.

autores le niegan tal facultad por la razon de que el legatario seria de mejor condicion que los herederos legítimos, tocándole de la herencia mas parte que á estos (1). Pero en realidad la puede hacer, puesto que el que á los hijos toque poco ó mucho no invalida el acto, siempre que no sufran agravio en su legitima, y en este caso ninguno se les hace, pues toman todos los bienes á excepcion del quinto, que es lo que la forma (2).

82. Si lega el testador el quinto á dos extraños teniendo herederos legítimos, ¿cual de los dos legados valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida por no poderse revocar por la segunda (3). Lo cual procede ya la primera donacion se haya hecho por via de cuota, ó de cosa ó cantidad cierta, porque en uno y otro caso versa igual razon, y asi debe obrar la misma disposicion, y hacerse el propio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables precedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas (4).

83. Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por via de legado en testamento, ó por donacion revocable en sanidad (pues porque se confirman con la muerte, y tienen el vigor y efecto de legado, se debe hacer de ambas el mismo juicio), se han de distinguir tres casos: el primero, cuando fueron hechas por via de cuota del quinto; en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en la cosa, que es en este; y en ella habrá lugar el derecho de no decrecer, y lo demas que les corresponde, á menos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario; que es que no lleve el primero y si el segundo. Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador multiplica el legado, no es asi, pues mas se adapta el del quinto á legado de cierta especie en el presente caso, porque como no puede disponer de mas que de uno, no pueden verificarse una y otra disposicion en el otro, ya sean ambas en testamento, ó en donacion revocable, ó una en esta, y otra en aquel, por militar la misma razon; y asi lo dispuesto acerca de los conjuntos en la cosa procede en los conjuntos en la cuota, cuando el testador no puede disponer de mas que de esta. Pero si las disposiciones fueron hechas por via de cuotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. gr. á uno el quinto, y á otro el sexto, á uno el

1 Escobar comp. 3.

2 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quest. 107.

T. 1.

3 Tello en la 25 de Toro, num. 1.

4 Ang. en dicha ley 12. num. 5 y 6.

octavo, y á otro el séptimo &c., se prorateará el quinto entre todos.

84. El segundo caso es cuando una disposicion fue del quinto por via de cuota, y la otra de cierta especie y cantidad, en cuyo caso la de cierta especie y cantidad disminuirá la del quinto: lo primero, porque siempre se entiende legado bajo la conmemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y asi lo es en el residuo, bajados estos; y lo segundo, porque aunque se deje simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre lo deroga y disminuye (1). Y el tercero es cuando todos fueron iguales por via de cantidad ó cosa cierta; en cuyo caso se disminuirán los legados confirmados con la muerte, hasta el valor del quinto (2).

85. El heredero debe entregar la cosa legada al legatario en uno de tres lugares, á saber, ó donde habita el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de la herencia, ó donde existiere la cosa legada; pero si expresa el testador el lugar en que haya de hacerse la entrega, se cumplirá su disposicion. Si se mueve pleito entre los dos antes de entregarse el legado, debe pagar las costas el heredero, y si despues de la entrega, el legatario (3). Si la cosa legada fuere quitada en juicio, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, á menos que el heredero, que es á quien esta corresponde, le ceda su derecho. Por último si en las cosas legadas hay frutos pendientes y mostrados al tiempo de la muerte del testador tocan al legatario, como parte del fundo; pero no sucede asi cuando estan separados (4).

86. No debe el testador dejar al arbitrio de otros las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario ni de la cosa legada (5): ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, por que seria voluntad captatoria; pero puede dejar á su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale; en cuyo caso valdrá, porque no se deja á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona, que es una cosa accesoria (6) (\*). Para que sean validas se han de hacer en tes-

1 Cifuentes en la ley 30 de Toro, num. 31.  
2 Castill. en la ley 29 de Toro, num. 32.  
3 García de expens. cap. 17.  
4 Castill. de usufruct. lib. 1. cap. 42.

5 Leyes 11. tit. 3. y 9, 28 y 29. tit. 9. Part. 6.  
6 Gom. en la ley 40 de Toro, num. 48.  
\* El autor se equivoca en decir que seria voluntad captatoria, pues para que

tamento, en poder para testar, ó codicilo (1); pero segun la práctica generalmente recibida se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y todo lo demas, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ó firmada de mano del testador, y citándose en el testamento ó en poder para testar, se estima por parte del testamento.

87. El escribano puede sin auto de juez protocolizar esta memoria, por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar; y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan. Sin embárgo si el testador lo previene, deberá preceder el auto de juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de haberse-la entregado el heredero, ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla; y si no sabe, que la presente al juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el escribano ha muerto, deberá tambien preceder auto de juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa en donde se halla; y cuando se saque testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, á efecto de que no se crea que es un papel simple; y es lo que se practica en la Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas vea los autores que se citan (2).

88. No se puede legar lo que es propio de los reyes sin su Real permiso: ni los bienes de las iglesias, ni las plazas, ejidos ni otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares: ni los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad: y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado á darlas ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de siervo cristiano á judío, moro ó herege, ni la de cosa que aunque puede ser legada cuando se manda, muda

se gradúe de tal es forzoso que el testador se proponga conseguir alguna ventaja. La verdadera razon de estas disposiciones es el evitar el abuso de la confianza puesta en tales mandatarios.

1 Ley 34 al principio, tit. 9. Part. 6.  
2 Card. de Luca Tract. de testam. disc.

1 y 2 num. 2, 3 y 5 disc. 6. num. 6. disc. 14. num. 4. y disc. 15 y 78. Menoch. cons. 94. num. 24. Julio Caponio discept. 92. num. penult. Ciriac. con. rov. 443. num. 7. 23 y 55. versic. In proposito, y num. 82 y 83. Mantie. de conject. ult. volunt. ley 1. tit. 7. num. 7.

después de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo ni su valor (1).

89. Asimismo no puede legar el testador castillo, villa, aldea ni heredamiento, que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo: si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe darle su valor el heredero; pero si la ignoraba, no está obligado á darle cosa alguna (2).

90. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas; pero así como la institucion de heredero no se puede hacer de esta manera aunque el testador haya perdido la facultad de hablar, tampoco las mandas, legados ni cualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las cuales no tuvieron por bien admitir la ley romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y fálidos. La ley 3 de Toro, que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante si en conformidad de las leyes romanas que siguen muchos autores, llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, quien se las hizo, y con qué señas contestó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3 de Toro, números 112 y 113, á Matienzo en la l. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16, y á los que este cita. Tambien es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, y creyendo nombrar á uno nombra en su lugar á otro diferente, aunque hay casos en que valdrá (3) (\*).

1 Ley 13. tit. 9. Part. 6.

2 Ley 14. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 12. tit. 3. Part. 6. y sig. Véase á Greg. Lop. en ella.

\* Se advierte que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa

legada, v. gr. si esta es un buey, cuyo nombre equivoca el testador; pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa sino el apelativo de la misma, el legado es nulo, por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviere fuera un caballo. (Ley 28. tit. 9. Part. 6.)

## CAPITULO DECIMONONO.

*Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.*

- |                                                                                                                 |                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. En los legados hay derecho de acrecer, y cuando.                                                          | 10. Por la grave enemistad se revoca el legado.                                                      |
| 2. No há lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador.                                 | 11. Tambien se revoca cuando la cosa perece sin culpa del heredero.                                  |
| 3. Cuandolos legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos, y en otros no. | 12. Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo.           |
| 4. Sobre el gravamen de la parte repudiada.                                                                     | 13. Hay revocacion cuando la cosa legada se transforma de tal modo que se convierte en otra diversa. |
| 5. Sobre el mismo asunto.                                                                                       | 14. Doctrina sobre el legado de un carro.                                                            |
| 6. Otros casos acerca del gravamen.                                                                             | 15. No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada.                                                |
| 7. Excepcion de la doctrina antecedente.                                                                        | 16. Tampoco cuando fue legada la alhaja y su valor, y esta se enagena.                               |
| 8. La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte.                                                     |                                                                                                      |
| 9. El testador revoca los legados cuantas veces quiera.                                                         |                                                                                                      |

1. **H**á lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. *mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte* (porque esto se llama conjuncion real y verbal), ó en cláusulas separadas: v. gr. diciendo el testador en una: *mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula: *mando á Juan la misma viña* (porque esto se llama conjuncion en la cosa y disjuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas); por lo que si uno de ellos muere antes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que en el legado le corresponde, ó acaee otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar (1): y la razon es porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al le-

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

después de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo ni su valor (1).

89. Asimismo no puede legar el testador castillo, villa, aldea ni heredamiento, que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo: si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe darle su valor el heredero; pero si la ignoraba, no está obligado á darle cosa alguna (2).

90. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas; pero así como la institucion de heredero no se puede hacer de esta manera aunque el testador haya perdido la facultad de hablar, tampoco las mandas, legados ni cualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las cuales no tuvieron por bien admitir la ley romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y fálidos. La ley 3 de Toro, que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante si en conformidad de las leyes romanas que siguen muchos autores, llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, quien se las hizo, y con qué señas contestó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3 de Toro, números 112 y 113, á Matienzo en la l. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16, y á los que este cita. Tambien es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, y creyendo nombrar á uno nombra en su lugar á otro diferente, aunque hay casos en que valdrá (3) (\*).

1 Ley 13. tit. 9. Part. 6.

2 Ley 14. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 12. tit. 3. Part. 6. y sig. Véase á Greg. Lop. en ella.

\* Se advierte que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa

legada, v. gr. si esta es un buey, cuyo nombre equivoca el testador; pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa sino el apelativo de la misma, el legado es nulo, por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviere fuera un caballo. (Ley 28. tit. 9. Part. 6.)

## CAPITULO DECIMONONO.

*Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.*

- |                                                                                                                 |                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. En los legados hay derecho de acrecer, y cuando.                                                          | 10. Por la grave enemistad se revoca el legado.                                                      |
| 2. No há lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador.                                 | 11. Tambien se revoca cuando la cosa perece sin culpa del heredero.                                  |
| 3. Cuandolos legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos, y en otros no. | 12. Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo.           |
| 4. Sobre el gravamen de la parte repudiada.                                                                     | 13. Hay revocacion cuando la cosa legada se transforma de tal modo que se convierte en otra diversa. |
| 5. Sobre el mismo asunto.                                                                                       | 14. Doctrina sobre el legado de un carro.                                                            |
| 6. Otros casos acerca del gravamen.                                                                             | 15. No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada.                                                |
| 7. Excepcion de la doctrina antecedente.                                                                        | 16. Tampoco cuando fue legada la alhaja y su valor, y esta se enagena.                               |
| 8. La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte.                                                     |                                                                                                      |
| 9. El testador revoca los legados cuantas veces quiera.                                                         |                                                                                                      |

1. **H**á lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. *mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte* (porque esto se llama conjuncion real y verbal), ó en cláusulas separadas: v. gr. diciendo el testador en una: *mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula: *mando á Juan la misma viña* (porque esto se llama conjuncion en la cosa y disjuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas); por lo que si uno de ellos muere antes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que en el legado le corresponde, ó acaee otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar (1): y la razon es porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al le-

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

gatario sobreviviente, y se conceptúa que si fuera solo, le dejaria el legado íntegro, y así es visto haberlo sustituido vulgarmente en la parte que al otro tocaba, y no quiso ó no pudo percibir (1).

2. No há lugar el derecho de acrecer cuando no hay conjuncion, que es cuando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada por partes ciertas y diversas, v. g. *lego á Juan la mitad de tal viña y á Pedro la otra mitad*: pues en este caso cesa la razon expuesta en el párrafo antecedente, y ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le deja: y así renunciándola, se incorpora en la herencia.

3. Tampoco há lugar cuando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente, si no consta por disposicion del testador, v. gr. si el testador lega alguna cosa al siervo de dos ó mas señores, y uno de estos la repudia, no se acrece al otro su propiedad: porque el derecho de acrecer no puede caer en un sujeto solo; ni hay ni se presume conjuncion que lo induzca entre ellos y el testador, sino la ley; ni aficion de este á ellos, porque no son conjuntos ni llamados por él en la cosa ni por las palabras. Lo que al contrario, si hace el legado á dos ó mas siervos de un señor, porque son conjuntos y llamados por el testador expresamente, y con especificacion de que la parte del uno acrezca al otro, há lugar entre ellos dicho derecho (2). Y lo mismo procede cuando el legado se tiene por no escrito, pues se acrece al socio conjunto.

4. En quanto á si la parte que uno repudia, ó le tocaba y falta que aceptar, ha de pasar y acrecerse, ó no, al conjunto con la carga impuesta por el testador ó sin ella, debo sentar que en las herencias universales pasa indistintamente con ella al coheredero ó sustituto: y la razon es porque aquella carga ó gravamen mas parece impuesta á la herencia que á la persona (3).

5. En los legados particulares, siendo conjuntos real y verbalmente los legatarios, si el uno no estaba vivo al tiempo del testamento, se acrece su parte al conjunto ó sustituto si así lo dispone el testador, ó vuelve á los herederos del testador sin el gravamen (4), porque este no tiene raiz ó fundamento en que pueda afianzarse, y por eso se anula (5).

1 Gom. lib. 4. Var. cap. 10. num. 38. Cras. in §. *Jus accrescendi*, quest. 10. Castill. de usufruct. cap. 48. num. 3. y sig.

2 Gom. dicho cap. 10. num. 39.

3 Cras. ibi, quest. 29. Cancr. part. 2.

Var. cap. 22. num. 197 y sig.

4 *Cardos de u'e accrescent. in praeludiis*, num. 15 et 7. Cancr. ubi supr.

5 Gom. cap. 10. num. 43. vers. *Secunda conclusio*.

6. Si uno de los legatarios estaba vivo cuando se otorgó el testamento y muerto al tiempo que falleció el testador, sucede al contrario: pues se acrece su parte al legatario conjunto ó sustituto, si así es conforme á la voluntad del testador, y si no, vuelve á los herederos del testador con el gravamen, porque este fue válido al principio de su imposicion, mediante vivir el legatario al tiempo del testamento, por lo que dura y se conserva despues (1). Y lo mismo procede cuando vivia al tiempo del testamento y al del fallecimiento del testador, y despues fue excluido por la repudiacion ó por otra causa: porque ya tuvo raiz ó fundamento en su persona, y valió y se conservó.

7. Pero si los legatarios son conjuntos solamente con conjuncion real, pasa sin la carga al conjunto: porque el mero conjunto en la cosa legada no la adquiere del otro por derecho de acrecer, sino por su propio derecho y persona, mediante la voluntad y llamamiento del testador; y por el de no decrecer se conserva en él, y la retiene despues que el conjunto no al quiso (2).

8. Vendiendo ó enagenando uno de los legatarios conjuntos la parte de su legado, si el legatario repudia la suya, se acrece y pasa la que este repudió al comprador ó particular sucesor, y no al legatario conjunto: porque en este caso ningun derecho directo queda en este como en el heredero por la herencia, ni militan las razones inductivas del de acrecer; y así la parte se debe acrecer á la parte. Acerca de otros varios casos en que no hay derecho de acrecer véase á Gregorio Lopez en la ley 33. tit. 9. Part. 6. glos. 6. *Nunc vero &c.*

9. Como la voluntad del testador puede variar hasta la muerte, puede revocar expresa ó tácitamente, siempre que quiera, los legados que hizo. *Expresamente* cuando en la misma disposicion, ó en otra posterior, dice que los revoca; ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en quanto á ellos; ó la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele: mas no si este lo hace sin su orden (3). Y *tácitamente* cuando se infiere y presume de su voluntad (4). Lo cual procede aunque haya hecho tradicion de ellos, pues los puede revocar siendo hechos en última disposicion: mas no si lo son por contrato en sanidad (5).

1 Gom. dicho cap. y num. vers. *Tertia conclusio*.

2 Gom. ibi, vers. *Advertendum est*.

3 Ley 49. tit. 9. Part. 6.

4 Gom. esp. 12. num. 53. Castill. lib. 4.

*Controvers.* cap. 37. num. 14. al 38. y cap. 59. num. 8 y 9. Cancr. part. 3. Var. cap. 70. num. 353 y sig. Covarr. in *libr. de testam.* part. 3. num. 19.

5 Gom. ley 17 de Toro, num. fin.

10. Se entienden revocados, aunque no los revoque cuando despues de hechos se originó enemistad capital y no leve entre el testador y el legatario; pero si luego se reconciliaren, se renuevan y convalecen por la nueva tácita voluntad del legante.

11. Lo mismo procede cuando la cosa legada se pierde ó muere despues sin culpa del heredero, ni negligencia en su custodia: y dudándose si por su culpa se perdió, ó con su ciencia se escondió, debe dar seguridad de que hallada que sea la entregará. Y se entiende haber tenido culpa cuando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó de intento tardó en entregarla, ó en esto tuvo negligencia: pues entonces parece por su culpa (1).

12. Igualmente se entiende revocado cuando por contrato lucrativo (v. gr. donacion) enagenó verdaderamente el testador en su vida la cosa despues de legada; pero si fue por contrato oneroso (v. gr. venta) y lo hizo por su mera y libre voluntad, se entiende tambien revocado: mas no si ha sido por necesidad (que en duda se presume), á menos que el heredero pruebe no haberla tenido (2). Lo cual se amplia aunque despues de enagenada la redima ó compre al que se la compró.

13. En los propios términos se entiende revocado el legado cuando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de la lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera: porque dejan de ser lo que eran, y se trasforman en otras cosas (3).

14. Legando el testador un carro ó carreta que tiene su mula ó bestia para tirar de él, lo debe haber el legatario con esta, aunque de ella ninguna mencion haga cuando se lo lega. Pero si la bestia se muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar: pues entonces subsiste y queda firme por la subrogacion de esta en el de aquella (4); y asi se le debe entregar todo (\*).

15. No se revoca el legado cuando despues de hecho empeña é hipoteca el testador la cosa legada; antes bien su herede-

1 Ley 41. tit. 9. Part. 6.

2 Leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 42. tit. 9. Part. 6. y leyes *Si cui lana, y Lana legata. ff. de legat. 3.*

4 Dicha ley 42. verb. *Otrosi decimos.*

\* Tan extraño parece que legado el carro, se entienda legada la mula, como que muerta esta sea nulo el legado del carro; pero al cabo esta doctrina deducida del derecho romano, del cual se trasladó á las leyes de Partida, y es la que siguen

los mejores intérpretes, no está derogada; y sobre todo ofrece en la práctica pocos inconvenientes, pues cuando la voluntad del legante es limitarse á legar el carro, lo expresa así; y lo mismo hace cuando quiere que se comprenda la mula. Por tanto rarísima vez se verificará tal generalidad ó ambigüedad en el modo de explicarse el testador, que haya que poner en uso unas opiniones que no dejan de parecer repugnantes.

ro está abligado á desempeñarla y entregarla libremente al legatario, como he sentado en el párrafo 32 del capitulo antecedente: pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion; pero no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero, antes bien queda en su dueño; lo que es al contrario en la verdadera venta y enagenacion: por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por ella (1).

16. Tampoco se revoca cuando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion. Ni cuando sin embargo de haberla enagenado, no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio por falta de tradicion. Ni cuando el nombre de la cosa legada y enagenada se impuso á otra, y el testador se refiere al tiempo de su muerte, v. gr. *lego mi siervo Juan que sea mio al tiempo de mi muerte*; pues si el que entonces tenia se llamaba así, y lo enagena, y despues compra otro, y le pone el mismo nombre, vale el legado. Ni cuando no obstante que lo enagene lo recupera despues, y se remite al tiempo de su muerte: lo que al contrario si habla de presente. Ni cuando es legado de libertad: pues si el testador la lega á su siervo, y lo enagena voluntariamente y luego lo redime, se restaura su libertad. Ni tampoco pueden revocar ni repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, á pretexto de haber sido hechos en testamento impuesto por razon de solemnidad y de ignorar esta excepcion que les favorecia, á menos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas excusas (2).

1 Gom. ibi, num. 56. vers. *Secundo intellige.*  
T. 1.

2 Ley 31. tit. 14. Part. 5. et ibi. glos. 1.

## CAPITULO VIGESIMO.

*Del usufructo en las herencias y legados*

- §. 1. ¿En que se diferencia el usufructo del legado ánuo?
2. ¿Debe el usufructuario pagar las deudas del propietario?
3. Si procede de última voluntad debe pagarlas.
4. Excepcion de esta doctrina.
5. ¿Quién debe pagar los réditos del censo impuesto sobre la finca de que se tiene el usufructo?
6. El usufructuario debe satisfacer las cargas de la finca.
7. ¿Que debe hacerse en el usufructo reciproco de marido y muger cuando el cónyuge viudo lo revoca?
8. El usufructuario de bienes que se consumen con el uso debe dar fianzas.
9. El testador no puede remitir las fianzas al usufructuario.
10. ¿Que se entiende por fianza de usar la cosa á juicio de buen varon?
11. El usufructuario no puede enagenar el derecho de usufructo; pero si los frutos que produzca, disponiendo de ellos como dueño.
12. Tambien son suyos los productos de los ganados, y en qué forma.
13. Cuando el rebaño deja de serlo, se extingue el usufructo.
14. Son igualmente suyas las ganancias de los siervos.
15. ¿En que términos puede el usufructuario disponer de los bienes que se consumen con el uso?
16. ¿Como dispone de los que con el uso se deterioran?
17. ¿A que fianza y restitution está obligado respecto de los referidos bienes?
18. Sobre el mismo punto.
19. ¿En que casos no está obligado el usufructuario á la fianza susodicha?
20. ¿Puede el propietario remitir la fianza al usufructuario por contrato?
21. El testador puede mandar á uno de sus herederos que dé fianzas por el usufructuario.
22. Casos en que no hay obligacion en el usufructuario de dar fianzas.
23. El testador puede dejar á varios individuos el usufructo de sus bienes igual ó desigualmente.
24. Cuando se lega á uno la propiedad y á otro el usufructo, corresponde la mitad de este al primero.
25. Excepcion de la doctrina antecedente.
26. Cuando al usufructuario se le lega el usufructo de una finca, se entiende legarle el de los aperos de su labor.
27. Si el testador tiene herederos forzosos solo podrá legar el usufructo de la quinta parte de sus bienes.
28. Opinion de algunos autores sobre el punto precedente.

29. Al heredero usufructuario tocan los frutos existentes de los mismos bienes, otorgando de ellos competente fianza.
30. Pero si estan mostrados ó pendientes, los hace suyos sin obligacion de fianza ni restitution alguna.
31. Caso dudoso en esta materia.
32. Cuestion sobre si en el usufructo de todos los bienes se comprenden los venales.
33. Opinion mas probable acerca de dicha cuestion.
34. Del derecho de acrecer en el usufructo.
35. En el usufructo hay derecho de acrecer aun despues de aceptado por el conjunto, si luego lo repudia.
36. Si marido y muger donan sus bienes reservándose el usufructo, no acrece la parte del cónyuge muerto al cónyuge que sobrevive.

1. **E**l usufructo se diferencia del legado ánuo: lo primero, en que aquel se deja regularmente al usufructuario por toda su vida; pero el legado ánuo se hace solamente por ciertos años; y lo segundo, en que el usufructuario no hace suyos los frutos que deja pendientes cuando fallece, pues como personal se extingue con su persona, por lo cual para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que antes de su muerte esten cogidos ó separados del suelo; pero al que tiene legado ánuo tocan, aunque no lo esten; y así muriendo despues de entrado el año, puede dejar integros los frutos de este á su heredero, porque los pendientes ó maduros aumentan el legado (1).

2. Como el usufructo ha de ser de los bienes propios del que lo concede, ¿se duda si el usufructuario de todos debe ó no pagar las deudas de este y los legados que haga? Y digo lo primero, que si el usufructo fue constituido por contrato en sanidad, no está obligado á satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion y obligacion personales no siguen al particular sucesor y deudor. Y así en este caso deben ser reconvenidos el propietario ó sus herederos: y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propiedad y usufructo, en caso que esté hipotecada á su seguridad; pues no estándolo, se venderá solamente la propiedad, á menos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo, en cuyo caso este y aquella se venderán (2).

3. Y lo segundo, si se constituye en última voluntad está

1 Parlad. different. 29 num. 3. Castill. de usufruct. cap. 8.

2 Com. lib. 2. Var. cap. 15. num. 8.

Cras. in §. Legatum. quest. 75. Covarr. lib. 2. Var. cap. 2. Menoch lib. 4. præsumpt. 143. Castill. de usufruct. cap. 59.

obligado el usufructuario á pagarlas de los bienes de la herencia, ya esten ó no hipotecados á su satisfaccion, y tambien los legados ánuos, y á costear el entierro y funeral del testador: porque el legado de usufructo se entiende únicamente de los bienes propios del que lo deja, de los cuales es válido; y no de los agenos que existen en su poder, ó á que es responsable (1): pues no se llaman ni son bienes del testador, sino el residuo líquido que deducido lo ageno sobra, y de esto se entiende usufructuario (2).

4. Se limita lo que se acaba de decir cuando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierta finca, ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte, ú otra cuota de sus bienes: pues entonces no se han de pagar de ellos las deudas sino de los demas de la herencia; y no queriendo satisfacerlas de estos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos propios. Lo cual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad: pues en otros términos no está obligado el legatario al débito hereditario, sino solamente el heredero (3).

5. Si el testador dice: *dejo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los goce y posea por toda su vida, y para despues de este instituyo por heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres, y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿á quien pertenece la satisfaccion de sus réditos anuales?* Sobre lo cual hay variedad en el modo de pensar. Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero, con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como fideicomiso (4). Y otros (á cuyo dictamen me inclino) dicen que no es heredero verdadero, sino solamente usufructuario (5).

6. Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia, ó usufructuario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado puede retener la cuarta *trebelianica* de lo líquido, deducidas deudas, mas no siendo usufruc-

1 Gom. ibi. Parlad. ibi. 2. *Res. quotid.* part. 4. cap. fin. §. 2. num. 8.

2 Gutierr. lib. 5. *Pract. quest.* 3. num. 17 al 20.

3 Ayor. part. 2. quest. 21. num. 67. Morquech. *de divis. bonor.* lib. 4. cap. 14. num. 98 hasta el fin. *Guerreir de inventar.* lib. 4. cap. 2. desde el num. 25. y *Castill. de usufruct.* cap. 58. y 59.

4 Jason in leg. *Extraneum.* Cod. de h.

*redib. instituend.* Greg. Lop. ley 15. tit. 3. part. 6. g. os. 1. Melin. *de primog.* lib. 1. cap. 14. num. 11. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 9.

5 Paul. de Castr. cons. 460. Paul. de Montepio in leg. *Titia*, §. *Titia cum nubere.* ff. *de legat.* 2. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 5. Parlad. *dicha different.* 29. num. 13.

tuario; se sigue de aqui, que el usufructuario, aunque no está obligado á pagar de su usufructo las deudas de la herencia, tiene que satisfacer rédito ánuo de la misma comodidad, ó frutos que de ellos percibe, porque de su producto líquido bajadas cargas es de lo que se instituyó usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que existen los frutos pendientes, tributo, gabela y otras cargas, aunque hayan sobrevenido al usufructo (1), por ser una cosa el pagar el gravamen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, como sería satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado; por lo que si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital, y si no quiere pagar el rédito, y da lugar á que por él se ejecuten los bienes, puede el propietario redimirlo y retenerlos para sí despues de pagarlo (2).

7. Otorgando testamento de conformidad marido y muger, instituyéndose reciprocamente por usufructuarios, y para despues de sus dias por heredero á otro; si muerto el uno revocare el que sobrevive, como puede, su testamento (3), deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto: y la razon es porque en los contratos, en que há lugar la revocacion ó penitencia, no debe percibir lucro el que se vuelve atras; y siendo creible que el difunto se convino en dejar al que sobrevive el usufructo de sus bienes, porque instituyó por heredero al otro, como él: una vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repeticion de frutos por este (4); y asi sus herederos se lo pagarán.

8. Para poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dejó de los bienes que no se consumen con el uso, ya sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan, cuando espire el usufructo. Lo cual procede hasta para con el marido que es usufructuario de los de su muger (5) (\*).

1 Ley 22. tit. 31. Part. 3. verb. *Esí diezmo ó otro tributo*, et ibi glos. 5.

2 Parlad. *different.* 29. dicho num. 17 al fin.

3 Suar. in leg. *Quoniam in priorib.* limit. 5. ad leg. *Fori.* Aleixt. in leg. *Licet.* Cod. de pact. Burg. de Paz, cons. 12.

4 Parlad. quest. 7. per tot.

5 Ley 20. tit. 31. Part. 3. *Castill. de usufruct.* cap. 17. num. 4. y cap. 19.

\* El usufructuario está obligado tem-bien á afianzar que usará de la alhija ó finca con buena fe sin hacer en ella cosa alguna por la cual padezca denuñimiento, ó se pierda. *Dicha ley 20, 21 y 22. tit. 31. Part. 3.*

9. No puede el testador remitirle esta fianza, si le deja el usufructo en última voluntad: lo primero, por evitar el dolo futuro, pues sería motivo de que abusando de la remision disipase los bienes, como que se le ponía en la ocasion de delinquir (1). Lo segundo, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario; y no pudiendo haber seguridad de que esto se verifique, si no interviene la fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla. Y lo tercero, porque siendo asi que su ánimo es no dejarle mas que el usufructo, se sigue de remitírsela, que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte esté siempre ilesa y salva para el propietario: lo cual implica (2).

10. El modo de usar el usufructo á arbitrio de buen varon es cuidar de los bienes muebles y tratarlos como suyos, y en quanto á los raices labrar las tierras á los tiempos oportunos, y á toda ley como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, y hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion, y evitar su ruina; y si las arrienda el usufructuario (pues puede hacerlo), que sea persona de buena vida (3); y en estos términos ha de constituir la fianza. En quanto á si el usufructuario podrá ó no hacer cortas en los árboles de los montes ó bosques dados en usufructo, cuya utilidad consiste en cortarlos, y en que de sus raices ó del tronco renazcan otros, véase á Gutierrez (4).

11. Al usufructuario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se deja el usufructo, y como dueño de ellos puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio (5); pero no es dueño de enagenar el derecho de usufructo, y si lo hiciere, le perderá y pasará al propietario. De las casas, molinos y edificios, son suyos los alquileres; pero á costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Previniendo que el usufructuario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores, que conciernen á su perpetua utilidad: pues estos tocan al propietario; por lo que si en

1. Gutierr. in leg. *Nemo possit*. 55. ff. de legat. 1. num. 279. Roland de inventar. quest. 36. num. 1. quest. ult. num. 7. y cons. 92. num. 2. lib. 1. Moñin. de primog. lib. 1. cap. 15. num. 27. Castell. de usufruct. cap. 11. num. 24. y cap. 15. 2. Castell. dicho cap. 15. num. 30 y 31.

Pagas forens. cap. 15. num. 239. Guerreir. de invent. lib. 4. cap. 2. num. 34.

3. Leyes 22 y final. tit. 31. Part. 3.

4. De tutelis. Part. 3. cap. 27.

5. Leyes 20 y 27. tit. 31. Part. 3. Dicha ley *Usufructu legato*.

ellos hiciere gastos grandes puede repetirlos de este, como que los hizo en su nombre, y como su procurador: lo propio milita en las hechas en pleito por defender ó reivindicar los bienes (1). Lo cual es al contrario en el usufructuario legal, v. gr. el padre que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, pues está obligado á ejecutarlos (2). Y sobre cuales se llaman reparos mayores ó menores se debe dejar al arbitrio del juez para que los gradúe, atendida la cualidad de la cosa, sus frutos ó producto y los gastos, y no de otro modo: acerca de lo cual, y de si estará ó no obligado á los gastos de pleitos, véase al señor Castillo (3). Pero es de advertir que aunque al usufructuario corresponden todos los frutos de los bienes que usufructúa, mas no el aumento, sino en quanto al usufructo: porque sigue la línea á que se agrega, y toca al propietario; y así ni aun de este aumento tendrá el usufructo, si está separado de ella (4), porque no se le dejó el testador, por no ser suyo cuando murió (\*).

12. De los bienes semovientes productivos, v. gr. vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas &c., debe percibir tambien el usufructuario, y le tocan, no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen, sino las crias ó hijos que procrean; pero en caso de fallecer ó inutilzarse las madres aunque sea sin culpa suya, está obligado á sustituir y reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas ó inutilizadas; y lo mismo procede con los peces que existen en los estanques, pues pueden pescar y matar algunos (5) porque nacen otros, y por la subrogacion de los cuerpos de estos se renuevan y perpetúan los primeros peces del estanque, y las madres de las crias de los demas animales productivos referidos, y se contemplan los mismos. (6). Lo cual en quanto á las madres muertas se entiende cuando se le deja genéricamente el usufructo de algun rebaño; pues siendo solamente de algunas cabezas ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, porque con su muerte se extingue

1. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. num. 7. vers. *Item adde*, et ibi. Ayllon num. 8. vers. *Quod usufructuarius*. Greg. Lep. en la ley 22. tit. 31. Part. 3. glos. 1. y 2. Pinel. in leg. 1. Cod. de bon. matern. part. 2. num. 72.

2. Gom. ibi. vers. *Nec obstat*.

3. De usufruct. cap. 55, 56 y 67.

4. Baez de decima tutor. cap. 24. num. 10.

\* Es de advertir que el tesoro hallado

en el fondo que usufructúa el usufructuario, no es fruto sino aumento del fondo; y así el propietario ó el usufructuario que lo halle, llevará la cuarta parte, y no mas, haciendo lo que preceptúa la ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

5. Capola de servit. rusticor. praedior. cap. 42. num. 6.

6. Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 27. num. 25 al 28.

su usufructo (1); y si no nacieren hijos, no estará obligado al reemplazo ó suplemento (2). Y lo mismo milita cuando no son animales productivos, v. gr. bueyes, caballos, machos, carneros, sin sus hembras, por lo que muriéndose, se extingue su usufructo por la propia razon, y porque por diligente que sea el hombre, no depende de él la conservacion de su vida: y asi no estará obligado á su restitucion ni á la de su valor, excepto que haya tenido culpa en su muerte.

13. Si habiéndose legado un rebaño al usufructuario perecieren tantas cabezas que ya deje de serlo, y no se le pueda graduar de tal, se extingue su usufructo: mas no si una ú otra fallece. Y sobre cuando se diga que es ó no rebaño, se debe dejar al arbitrio del juez sabio y prudente, atendida la costumbre del pais, y haberes del testador (3).

14. Corresponde igualmente al usufructuario, y hace suyas las obras que los siervos ejecutan, ó lo que ganan y adquieren con su industria y trabajo: mas no lo que alguno les lega ó dona, á menos que conste de la voluntad del donante. Asimismo no le corresponden los hijos que las siervas procrean: porque estos no son frutos sino aumento de los bienes que usufructúa, el cual cede á favor del propietario, que es su dueño, y el usufructuario no tiene dominio, cuasi dominio ni otro derecho que el de servidumbre en dichos bienes; y ademas de no ser frutos los que no renacen, siendo como es el hombre dignísima criatura, y la causa de la produccion del fruto natural, seria absurdo y oprobio el que se le numerase entre los brutos y comparase con ellos; por cuyas razones, aunque es mas tener el usufructo que el fruto de la cosa (4), no son suyos los partos de las siervas (5).

15. De los bienes que se consumen con el propio uso, por no poderse conservar mas de tres años, y consistir en número, peso ó medida, v. gr. aceite, miel, vino, trigo y demas semillas, puede usar tambien y disponer á su arbitrio. Pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse ni usufructuarse sino gastándolas y consumiéndolas (por lo que se llama *cuasi usufructo*), para constituir la fianza el usufructuario se deben apreciar previamente por lo justo; y

1 Castill. de usufruct. cap. 27 num. 11 al 15. Gom. cap. 15. cit. num. 7. et ibi Ayllon, dicho num. 8.

2 Ley 21. tit. 11. Part. 4. glos. in §. In pecudum, Institut. de rerum division.

3 Connan. Commentar. jur. lib. 4 cap.

2. num. 5. Castill. ibi, num. fin.

4 Bac. de decima tutor. prastanda, cap. 23. num. 4.

5 Ley 23. tit. 31. Part. 3.

hecho, la constituirá de volver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, cuando espire el usufructo (1), y no constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Y si es dinero, ha de darla de volver la misma cantidad que recibió (2).

16. Y de los que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, v. gr. alhajas de plata, oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otras semejantes (en los que no puede constituirse propia y adecuadamente el usufructo, porque nada producen sino impropriamente), pertenece igualmente el usufructo al usufructuario, y debe dar fianza de usarlos á arbitrio de buen varon (3).

17. ¿Pero en que términos ha de hacer su restitucion, y constituir por consiguiente la fianza? Está obligado, segun unos, á volver la estimacion que se les dé; porque tasándose, se le trasiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad. Segun otros, cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que el usufructo espire; y solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, y no de otra suerte (4). Y á la verdad este parecer es conforme á la intencion del testador, que quiso beneficiar al usufructuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso; y de estar obligado á volverlos en su estimacion, lejos de experimentar utilidad, se le causaba perjuicio, carga y gravamen en custodiarlos, conservarlos, y pagar en dinero lo que vendidos no sacará por ellos, como sucede, pues nunca se da en venta por los muebles la cantidad de su precio, antes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad, segun su calidad, hechura y estado. Y asi me adhiero á esta segunda opinion, que he visto practicar siempre (5).

18. Pero si los referidos bienes muebles perecen y se consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza y recibió su usufructo: porque ha de usarlos y disfru-

1 Castill. de usufruct. cap. 17. num. 9 al 19. Gracian. regul. 279. num. 6.

2 Castill. ibi, num. 7 y 8.

3 Gom. lib. 2. Var. cap. 15. cit. num. 3. Ayllon ibi, num. 4. vers. Magna est autem.

4 Ayor. de partic. part. 2. quæst. 24.

T. I.

num. 54. Parlad. diff. 29. num. 23. Fachino lib. 8. Controv. cap. 41.

5 Castill. de usufruct. cap. 17. desde el num. 24. y cap. 51. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. desde el num. 211. Ayor. part. 2. y varios otros.

tarlos, reservando siempre su propiedad y sustancia; y de aniquilarse ó perecer está obligado á su estimacion, y mas cuando puede conservarlos, pues se presume que á lo menos tuvo negligencia culpable en dejarlos perecer, y no los usó á arbitrio de buen varon; por lo que conviene que antes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion (1). Lo cual concibo no debe militar para con los animales no productivos, por la razon expuesta en el párrafo 12.

19. No está obligado el usufructuario á dar la fianza expresada, si es tan pobre que por solo serlo, no encuentra quien le fie; en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres, basta su caucion jurada de usar los bienes á arbitrio de buen varon, como es obligado, y restituirlos á su tiempo segun por derecho se manda. Pero si es sospechoso de fuga, ó de conducta irregular, ó forastero, se deberán secuestrar y depositar en persona leiga, llana y abonada á arbitrio de juez, ó en el propietario de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no perezca, ni se deteriore la propiedad (2); y esto es lo mas seguro.

20. Aunque siendo constituido el usufructo en última voluntad, no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufructuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el párrafo 9; pero si se constituye por contrato en sanidad, dicen los autores (3), que se puede remitir: yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley (4) romana, de que se deduce esta doctrina, al parecer dice que lo mismo se debe practicar en un caso que en otro, á lo que me inclino.

21. Si el testador lega á alguno el usufructo de sus bienes, y manda á uno de sus herederos que afiance al usufructuario, si extinguido el usufructo pagare algo por este el heredero que constituyó la fianza, no tendrá por ello accion ni repeticion contra los coherederos: porque no lo hizo de su orden ni en su nombre, sino en cumplimiento del precepto del testador (5). Y lo mismo que queda expuesto en cuanto al legatario de usufructo, se debe observar en otros casos por la razon mencionada, pues de lo contrario con facilidad podia el testador eludir y

1 Parlad. ibi, num. 24.

2 Gom. lib. 2. Var. cap. 15. num. 3. vers. Item adde. Salgad. part. 1. Labyr. cap. fin. num. 158. Castill. de usufruct. cap. 18. per tot. Cancr. part. 3. Var. cap. 20. ex num. 218. Barlos. in collectan. lib. 4. Cod. de usufruct. num. 8.

3 Menoch. de successio num creat. lib.

1 §. 7. num. 34. Gom. l. ii, vers. Et adde quod predicta satislatio. Castill. de usufruct. cap. 15. Guerreir. de inventar. lib. 4. cap. 9. num. 16 y 17.

4 Ley 4. Cod. de usufruct.

5 Jason in leg. Quod dictum, ff. de pact. num. 10. Fabian de emptio. et vendition. part. 3 al principio, num. 63.

defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza (1).

22. No necesita el usufructuario dar la fianza en cuatro casos: el primero, cuando no se duda que ha de venir á él ó sus herederos la propiedad de los bienes; el segundo, cuando el fisco queda por usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario; el tercero, cuando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que por derecho pleno le toca, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla; y el cuarto, cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

23. El testador puede dejar á uno solo ó á muchos el usufructo de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad ó segun la parte que señale, porque es divisible y puede competirles parcialmente, y asi pueden dividirlo entre sí, ó arrendarlo y partir el producto del arrendamiento. Pero si lo lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que antes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y asi los demas por su orden (2); y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque no lo adquirió por su muerte anticipada.

24. Puede legar tambien simplemente ó sin condicion á un sugeto la propiedad de una finca y á otro el usufructo, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra, sino la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de este; de modo que ambos acudirán igualmente á su percibo, no mandando el testador lo contrario. Y la razon es porque la finca consiste en la propiedad y el usufructo juntamente; y como por el hecho de legar al uno la finca, es visto legarle no solo la propiedad, sino el usufructo, que es el todo integral; y legando este solamente al otro, parece que le lega tambien la finca que legó á aquel; por eso como conjuntos en la misma cosa (que es el usufructo), concurren y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute (3).

25. Pero no sucederá esto cuando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, v. gr. siervos, caballos &c., ó le instituye por heredero usufructuario de todos sus bienes, y des-

1 Roman. singular. 798. Segur. in leg. Si ex legati causa, num. 73. ff. de verbor. obligation. Parlador. dicha different. 29. num. 21.

2 Gom. dicho. cap. 15. num. 41. et ibi Ayllon.

3 Gom. dicho cap. 15. num. 5. Castill. de usufruct. cap. 47. num. 1 al 4.

pues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufructo: porque este legado específico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada. Ni cuando lega á uno cierta cosa íntegra, y luego á otro parte cierta de aquella cosa, v. gr. el fundo íntegro al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta ó sexta parte de la propia finca al segundo (1). Ni tampoco cuando lega á uno el usufructo de todos sus bienes, y á otro el de una finca solamente; pues aquel no concurrirá con este: porque aunque el género se deroga por la especie, esto se entiende cuando ambos recaen sobre un mismo derecho, mas no recayendo sobre derecho diverso (2).

26. Si el testador lega el usufructo de un fundo ó una finca al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufructo, sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia diputados para labrarla, v. gr. mulas ó bueyes, arados &c. Y lo propio milita si tenia trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprendido en el legado de usufructo bajo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza (3) (\*).

27. Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger ó á otro extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad: pues porque quiera que su muger goce de él íntegramente, no se les debe imponer gravamen en su legitima, ni perjudicar en la propiedad y usufructo de ella (4), la cual no se comprende en aquel, á menos que conste de la voluntad del testador. Y lo mismo procede en cuanto al tercio para con los ascendientes legitimos (5).

28. Y aunque Ayora (6) y otros dicen que el legado de usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda

1 Carcer. part. 3. Var. cap. 20. ex num. 14. Gom. dicho cap. 15. num. 5.

2 Mantie. de conject. lib. 9. tit. 6. num. 23. Menoch. lib. 4. præsumpt. 140. num. 36. Castill. de usufruct. dicho cap. 47. num. 13 al 16.

3 Greg. Lop. en la ley 20. tit. 31. Part. 3. glos. 8. Menoch. cons. 140. num. 21 al 23.

\* El reformador de Febrero tiene por improbable este caso, y el adicionador tratando de justificar al autor se explica en términos ininteligibles. Ciertamente el ca-

so es raro, y el que quiera enterarse de las razones en que se funda dicha doctrina puede leer á Gregorio Lopez en la ley 20. tit. 31. Part. 3. glos. 8.

4 Gom. lib. 4. Var. cap. 11. num. 26. vers. *Sei his non obstantibus*.

5 Morquech. de divis. lib. 4. cap. 11. num. 44 al 56. Gutierr. lib. 5. Pract. quest. 18. num. 4 al 12.

6 De partition. quest. 21. num. 70 hasta el 75.

del testador, y se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos de su legitima en propiedad y usufructo, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufructuario, segun la forma por derecho prescripta en casos semejantes, porque lo util no se vicia por lo inutil (1); y siempre es visto que el testador elige los medios, por los que valga el acto y no se frustre su voluntad; esto se entiende cuando claramente consta que quiso se hiciese la compensacion, pues en este caso valdrá el legado existiendo los hijos y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes, de tal suerte que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no exceda de aquel su importe, ó contentarse con su legitima en propiedad y usufructo; pero en caso de duda, y no constando cual fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número precedente, como opinion mas comun y conforme á nuestro derecho (2).

29. Cuando el testador deja á alguno el usufructo de todos sus bienes, se comprenden en el legado no solo los mismos bienes muebles y raices, sino los frutos cogidos y separados del suelo, y las rentas ó pensiones que de ellos dejó vencidas: porque todos son herencia del difunto, y así tocan al legatario ó usufructuario como tal, y los debe llevar otorgando la respectiva fianza; y si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituirla, pues estas no son frutos. Lo cual se entiende ya sean propias del testador ó ajenas las fincas sembradas, pues siendo arrendadas deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente á su responsabilidad.

30. Pero si al tiempo de su muerte estan pendientes y mostrados en las porciones ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afanzar ni de restituirlos: pues los hace suyos porque se contemplan una misma cosa con estos é incremento de ellos, á causa de ser inseparables, y no cosa distinta ni separada atendido el estado actual de las fincas, y no en otro concepto, ni hablando absolutamente (3), y el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Lo cual

1 Regla *Utile per inutile*. De regul. jur. in 6.

2 Castill. de usufruct. cap. 45. num. 14 y 15. Gutierr. dicho lib. 5. y quest. 18.

ex num. 13. Morquech. de divis. honor. lib. 4. cap. 11. desde el num. 44.

3 Gom. en la 40 de Toro, num. 74. vers. *Quint. facit*.

se entiende no mandando el testador lo contrario, ó no disponiendo de ellos en otra forma, pues entonces se debe observar su voluntad (1).

31. Si el marido dejó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos cierta porción de dinero, y sus herederos ignorando lo que habia dispuesto por estar muy distantes lo dieron á censo, ó lo emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía; podrá la muger pretender por razon del legado de usufructo, y se le deberán entregar, todos los réditos ó utilidades del dinero dado á censo ó empleado, ó solamente su capital? Respondo que no llevará cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades: y la razon es porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que deja al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo (2).

32. Dejando simplemente el testador á su muger ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprenden los venales ó mercaderías destinadas para vender. Unos (3) dicen que no, y que así no llevará el usufructo de ellos, porque no es visto estar comprendidos en el legado general. Otros (4) convienen en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprenden en el usufructo, y así lo llevará de ellos el usufructuario.

33. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufructo de todos sus bienes, sin limitar ni exceptuar algunos, se comprenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada excluye, y que si omite la palabra universal todos, no se comprenden los venales, por lo que solo de los demas llevará el usufructo (5). Bien que aunque omita la palabra todos, y diga solamente lego el usufructo de mis bienes, ó lego mis bienes muebles, concibo que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal (6), y en el legado de usufructo se comprenden muchas cosas.

34. Al modo que en cuanto á la propiedad y pleno dominio há lugar el derecho de acrecer, del mismo modo en el usufructo,

1 Castill. de usufruct. cap. 42.  
2 Ayor. part. 2. quæst. 22. num. 76.  
3 Parlad. different. 29. dicha, num. 20.  
4 Ayor. part. 2. quæst. 13. num. 78.  
5 Alex. en la ley Generali, inserta §.  
6 Jason en la 1. Coq. de verbor. significat.

5 Menoch. lib. 4. præsumpt. 137. num.  
6 Covarr. lib. 2. Var. cap. 5. Decio en la ley 1. num. 18. ff. de regul. jur. Guerreir. de divis. lib. 5. cap. 3. num. 73.  
6 Covarr. Pinel y Menoch. ubi supr. Castill. de usufruct. cap. 36, 37 y 38.

con la diferencia y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene como derecho personal coherente á la persona, á la cual se mira y atiende siempre, y mientras vive dura el derecho y causa de su adquisicion. Pero no habiendo conjuncion de personas por la ley ni por el hombre, no há lugar á la propiedad ni usufructo.

35. Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia no se acrece al otro, en el usufructo es al contrario; por lo que si el testador deja á dos ó mas por usufructuarios, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se extingue el usufructo (1), porque en la propiedad, una vez adquirida, está perfecta y consumada la adquisicion; pero el usufructo no se adquiere plena y perfectamente, porque tiene causa y tracto sucesivo que es al dueño á quien debe pasar, el cual ha de esperar hasta que se consolide; y mientras tanto, como no hay adquisicion plena y perfecta, no tiene lugar el derecho de acrecer, sino como en cosa imperfecta y no plenamente adquirida; y por eso se puede llamar mas poderoso el derecho de acrecer que el de la consolidacion (2).

35. Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, ¿tocará ó no al que sobrevive todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ó solamente la mitad? No há lugar este derecho en el caso propuesto, y por consiguiente percibirá el donatario integramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el sobreviviente nada mas que el de los suyos privativos; porque el difunto ninguna parte le dejó en el usufructo de los que le pertenecen (3); pero si la hubiese dejado, se observará su voluntad.

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. num. 40. dicho cap. 10. num. 42. et ibi Ayllon.  
2 Castill. de usufruct. cap. 48. Gom. 3. Parlad. different. 29. dicha, num. 19.

## CAPITULO VIGESIMOPRIMERO.

*De las cuartas trebeliánica y falcidia.*

- §. 1. Motivos que indujeron al establecimiento de estas disposiciones legales entre los romanos.
2. ¿Que abuso se procuró cortar por medio del senadoconsulto trebeliánico, y qué es cuarta trebeliánica?
3. Nuestras leyes adoptaron esta disposición, y en qué términos.
4. Lo dicho se entiende del fideicomisario extraño: mas no si fuere hijo del testador.
5. Si el heredero fideicomisario no acepta espontáneamente su cargo, no há lugar á la cuarta trebeliánica.
6. Abuso que atajó la ley falcidia, y cuál fue su disposición.
7. Si el testador tiene herederos forzosos, no há lugar la cuarta falcidia.
8. No puede deducirse de los legados aplicables á obras pias, á militares en campaña &c.
9. Si la cosa legada no admite cómoda division, se sacará la cuarta parte del valor en que se aprecie.
10. A la rebaja de la cuarta falcidia debe preceder la formación de inventario y pago de deudas, pena de perder el derecho á ella.
11. Otros casos en que se pierde este derecho, y cláusulas que debe emplear el escribano para evitar ambigüedades.

1. **H**abiéndose observado entre los romanos que los testadores se valian de dos medios para defraudar de la herencia á los mismos herederos que instituían, resultando á estos mas bien perjuicio que utilidad de semejantes instituciones, se trató de cortar este abuso por medio de leyes oportunas.

2. Uno de estos medios era nombrar heredero fideicomisario mandándole que entregase la herencia á otro ú otros, de modo que él se quedaba sin derecho á la mas leve parte de la misma. Para ocurrir á este inconveniente se estableció el senadoconsulto trebeliano, por el cual se mandó que el heredero fideicomisario pudiese deducir para sí la cuarta parte de los bienes del testador, y es la que se llama *cuarta trebeliánica*.

3. Nuestras leyes adoptaron esta disposición, declarando el modo de deducir la cuarta trebeliánica, que es el siguiente: si el testador lega al heredero alguna cosa, debe tomarse en cuen-

ta su valor para la deducción de aquella. Lo mismo se hará con el importe de los frutos de la herencia que hubiere percibido antes de entregarla, en términos que si estos ascendieron al valor de la cuarta parte del caudal, no tiene derecho á una nueva deducción. Si los frutos excedieren del valor de la cuarta parte, los hará suyos el fideicomisario, si el testador mandó entregar la herencia á dia cierto, y lo ejecutó aquel, y tambien si la retuvo por omision del heredero en pedirla; pero si fue moroso en entregarla por utilizarse de su producto, deberá restituir al heredero el exceso del importe de este (\*).

4. Lo dicho acerca de los frutos de la herencia se ha de entender respecto del fideicomisario extraño; pues si este fuere hijo del testador, hará suyos los productos que diere la herencia antes de entregarla, sin que se tomen en cuenta de su legitima, la cual debe sacarse íntegra del cuerpo del caudal, aunque el testador lo haya dispuesto de otro modo (1).

5. El derecho de deducir la cuarta trebeliánica se entiende en el caso de que el fideicomisario acepte voluntariamente su cargo; pues si lo hiciera apremiado por el juez, nada podrá deducir. Se previene que en todo caso debe el fideicomisario contribuir al pago de las deudas del testador á prorata de la cuarta que percibe.

6. El segundo abuso consistia en distribuir de tal modo en legados la herencia, que no le quedaba al heredero cosa alguna. Para atajarle se promulgó la ley falcidia, llamada así del tribuno Cayo Falcidio que la propuso, y en ella se mandó que cuando al heredero le quedase en la herencia menos de la cuarta parte de su importe, pudiese retener para sí esta cuarta parte, deduciéndola de los respectivos legados ó fideicomisos (2). Por dicha ley, que está en observancia entre nosotros, el heredero extraño, cuya herencia se halla tan recargada de mandas que le queda menos de la cuarta parte de su valor, puede retener en su virtud hasta la cuota referida, sacando la cuarta parte de cada una de las mandas, y apropiándosela por la sola razon de haber sido nombrado heredero (3). Mas para hacer la deducción se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la

\* El reformador de Febrero omite este tratado por considerarle inútil; pero nuestras leyes que adoptaron esta doctrina, están vigentes, y en nada se opone á ellas la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., que aquel T. 1.

cita.

1 Ley 8. tit. 12. Part. 6.

2 Tit. God. *Ad leg. falcidiam*, cap. *Quedam*, 6. dist. 2.

3 Ley 1. tit. 11. Part. 6.

muerte del testador: porque sus aumentos ó desfalcos posteriores son de su cuenta, y no de la de los legatarios (1).

7. Si el testador tiene herederos forzosos, no há lugar la cuarta falcidia: porque debiendo llevar estos completa su legítima, nunca caben otros legados que los que en su caso admita el tercio ó el quinto, según queda explicado (2).

8. Tampoco puede deducirse, según nuestras leyes, de las mandas hechas á lugares piadosos, socorro de pobres ó redención de cautivos: ni de lo que se lega á un militar que está en campaña, aunque nada le quede al heredero (3): ni de lo que entrega este por mandato reservado del testador al que tiene prohibición de heredar: pena que impone la ley al heredero por haberle obedecido en lo que no debía (4): ni de lo que queda vinculado: ni de la dote que un marido lega á un tercero para que la entregue á su muger: ni de lo que mande dar de sus bienes á alguna para que la sirva de dote.

9. Si la cosa legada no tiene cómoda división, se deducirá la cuarta parte del valor en que se aprecie, y no podrá el heredero tomar todo un legado por razón de la cuarta de los restantes sin consentimiento del legatario: pues en rigor solo le corresponde la cuarta parte de cada uno de ellos (5). Si paga por entero algún legado por creer que el remanente de todos ellos es bastante, no puede menos de cumplir los que faltan, á menos de descubrirse alguna deuda de que no había noticia, pues en este caso retendrá de los que no esten satisfechos la parte que sea menester para cubrir su cuarta (6).

10. A la deducción de la cuarta falcidia debe preceder la formación de inventario y el pago de deudas. Si omite el heredero su formación no tiene derecho á ella, y debe cumplir íntegramente los legados y pagar á los acreedores del difunto (7). Si las mandas estan pagadas y no las deudas, deben estos repetir primero contra los legatarios y despues contra el heredero (8).

11. En los casos en que pudiera deducir el heredero la cuarta falcidia, perderá el derecho á retenerla cuando maliciosamente cancelare el testamento ó las mandas, ó bien ocultare ó negare alguna cosa de las legadas, ó el testador le prohibiere *expresamente* su deducción (9). Mas si no estando expresa

1 Leyes 1 y 3. tit. 11. Part. 6. Gom. lib.  
 1. Var. cap. 12. num. 26.  
 2 Leyes 17. tit. 1 y 4. tit. 11. Part. 6.  
 3 Ley 4. tit. 11. Part. 6.  
 4 Ley 5. tit. 11. Part. 6.  
 5 Ley 2. tit. 11. Part. 6.

6 Ley 6. tit. 11. Part. 6.  
 7 Leyes 2 y 7. tit. 11. Part. 6.  
 8 Ley 7. tit. 6. Part. 6.  
 9 Ley 6. tit. 11. Part. 6. Greg. Lop. en ella.

la prohibición, el nombramiento de heredero está concebido en la cláusula de estilo: *y despues de cumplido y pagado todo lo contenido en este testamento, en el remanente de mis bienes muebles, raices y derechos nombro por mi heredero á Pedro &c.*, podrá deducir este la cuarta parte, aunque muchos autores dicen que debe contentarse con lo que le quede. Mi opinion se funda: 1.º en que la ley se la concede por el solo hecho de ser instituido, y no debe ser de peor condicion que los legatarios, sino al reves; 2.º porque dicha cláusula se extiende así por costumbre, y no por voluntad de los testadores; 3.º porque en el hecho de no usar estos la facultad que les da la ley para prohibir al heredero la deducción de la cuarta, es visto habérsela concedido. Para evitar dudas cuidará el escribano de extender la institución de herederos extraños, diciendo: *nombro por heredero de mis bienes, raices, derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte á Pedro &c.*, suprimiendo las cláusulas anteriores (1).

## CAPITULO VIGESIMOSEGUNDO.

### De los codicilos.

- |                                               |                                             |
|-----------------------------------------------|---------------------------------------------|
| §. 1. Que cosa es codicilo.                   | ó mas sin perder ninguno su validez.        |
| 2. No debe nombrarse heredero en el codicilo. | 4. El codicilo puede ser abierto ó cerrado. |
| 3. Los codicilos pueden ser dos               |                                             |

1. **E**l codicilo es un escrito que hace el testador despues de otorgar el testamento, con el fin de aclarar ó mudar algunas de las disposiciones en él contenidas. De esta definición se infiere que el testamento debe preceder, pues el codicilo no es mas que una especie de apéndice que lo aclara ó rectifica. Sin embargo, la ley de Partida reconoce tambien por codicilo el que se otorga antes del testamento, en cuyo caso es válido cuando así lo expresa el último: mas si no se hiciere mención en él del tal codicilo, quedará enteramente revocado. Cuando se otorgó el codicilo, y despues no se hizo ningun testamento, será válido aquel, á menos que se revoque por otro codicilo posterior (2). El que es capaz de testar puede hacer codicilo, con

1 Véase á Greg. Lop. en la ley citada, 2 Leyes 1 y 3. tit. 12. Part. 6. glos. 3.

tal que intervenga en su otorgamiento el número de testigos que se expresará mas adelante.

2. No debe el testador nombrar directamente heredero en el codicilo (1); bien que si lo instituye, se estimará por testamento, aunque se llame codicilo (2). Tampoco debe quitar la herencia al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él, excepto que en este diga *que lleve la herencia con las condiciones y en la forma que expresará en el codicilo, y no de otra suerte*; en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, mas no se la impone, lo cual es muy diverso; y fuera de este caso, aunque se la imponga, no está obligado á cumplirla, ni por este defecto dejará de percibir la herencia. Tampoco puede mudar lo, ni desheredar á sus herederos forzosos; pero podrá manifestar el delito que contra él cometieron, pues si fuere de los expresados en el capítulo de los que tienen prohibicion de heredar, y se probare, perderá la herencia. Asimismo no puede hacer susstitucion mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituya en el codicilo: porque esto es hacer segunda institucion, lo cual le está prohibido (3); mas no obstante, se le permite nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento, que entregue la herencia al que establece en el codicilo; bien que aunque no se lo mande ni ruegue, tiene obligacion de entregársela, quedándose con la cuarta trebeliánica, si es extraño, y siendo forzoso, con su legitima, y dándole aquello de que el testador puede disponer, que es del tercio ó quinto, segun sea (4), pues la institucion directa hecha en el codicilo ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria (5). Pero se previene que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el escribano por autorizarlo, porque ninguna ley se la impone ni se lo prohíbe. Igualmente puede declarar y especificar en el codicilo el nombre del que quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el testamento la parte y porcion de herencia que ha de percibir y en qué bienes, si en este expresó que lo declararia

1 Ley 2. tit. 22. Part. 6. et ibi glos. 1.  
2 Greg. Lop. en la ley 2. tit. 12. Part. 6. glos. 1. Matienz. en la 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 9. num. 19. Roman. cons. 31. num. 3. y cons. 180. num. 5.  
3 Leyes 103. tit. 18. Part. 3. 7 y 8. tit. 3.

y 2. tit. 12. Part. 6.  
4 Leyes 7 y 8. tit. 3 y 2. tit. 12. Part. 6. Parlad. different. 14. num. 0 y 11.  
5 Aylon ad Gom lib. 1. Var. cap. 4. num. 8. vers. *Quod directa*; y otros que cita.

y se la designaria en aquel, y no de otra suerte, en cuyo caso llevará lo que le designe y no mas: si nada le señala, heredará todos sus bienes: pero si los herederos instituidos en el testamento son dos ó mas, partirán igualmente la herencia (1). Lo propio milita en memoria testamentaria citada en el testamento, y no de otra suerte; como dejo dicho en el párrafo 5 del capítulo 2 de este titulo: porque en ella no se altera la sustancia de la institucion, solamente se trata del señalamiento de la cuota y de la calidad de bienes, lo cual es muy distinto y no está prohibido. Tambien puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá despues confirmarlo el juez para que pueda usar de la tutela (2), lo que no es preciso siendo nombrado en testamento.

3. Ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, porque por el segundo perfecto se revoca el primero, como dejo sentado; pero si dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el segundo se revoque por el primero, sino en lo que sean contrarios, ó que la revocacion sea expresa en el todo (\*). La razon de disparidad consiste en que en los codicilos se legan, ó dejan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia ni contrariedad; pero en los testamentos se deja necesariamente la herencia, que es sucesion en todo el derecho del testador difunto, y por eso se rompe el testamento primero por el segundo, á causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dejarla toda á cada uno, ni por consiguiente verificarse ser íntegramente heredero de ella. Sin embargo de que des-

1 Ley 9. tit. 3. Part. 6.

2 Ley Testamento, 3. et ibi Bald. ff. de testamentar. tutel. Parlad. differ. 14. num. 14.

\* Un codicilo no anula otro codicilo que se hizo antes, como no se revoque expresamente, ley 3. tit. 12. Part. 6., ó en lo que sean contrarios. Lo mismo debe decirse de un testamento en que no hubiere institucion de heredero, el cual no revocará ni el codicilo que se hizo antes ni otro testamento anterior, en que tampoco hubiere institucion de heredero, á menos que lo revoque expresamente, ó en lo que sean contrarios. Un testamento en que no hay institucion de heredero es un codicilo ó una última voluntad, y no es otra cosa. No habiendo institucion de heredero, se entiende que el testador quiso morir intesta-

do, y que gravó á sus parientes inmediatos con el pago de las mandas y el cumplimiento de las demas disposiciones. Pero un tesmento propio y verdadero se anula por otro tal posterior, aunque no se haga mencion de él. El testamento posterior con institucion de heredero no anula el codicilo anterior, como no le revoque expresamente. Esta es la gran cuestion decidida por los emperadores Severo y Antonino, pues el juriconsulto Papiniano juzgaba ser necesario para la subsistencia de este codicilo, que el testador manifestase en el testamento permanecer en la misma voluntad. No habiendo en nuestras leyes una que decida esta cuestion, habrá de determinarse forzosamente en juicio quando ocurra este caso. *Febrero adicionado.*

pues de hecho el codicilo nazca hijo ó hija al testador, no se romperá total ni parcialmente por esta causa; pero el testamento si por la pretericion ó supernacencia de alguno (1), excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el párrafo 2 del capítulo 9 de este título.

4. El codicilo puede ser abierto ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. ibi::: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.* Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades. Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos ó ampliarse á los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar esta de su solemnidad á continuacion de la que preñe para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos y el escribano, y cinco si no son vecinos; y otros que son precisos los cinco, y que firmen con este, como en el testamento escrito (2). Pero para quitar dudas y escrúpulos, haga el escribano que presencien el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (3) se requieren los mismos cinco, los cuales deben firmar con el escribano encima del cuaderno, como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento para que conste.

1 Leyes 20. tit. 1. y fin. tit. 12. Part. 6.  
2 Matienz. ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec.  
glos. 9. num. 3 y sig. Gom. en la ley 3 de

Toro, num. 76. vers. *Quero tamen*:::  
3 Leyes 1, 2 y 3. tit. 12. Part. 6.

## CAPITULO VIGESIMOTERCERO.

### De la cláusula codicilar.

- §. 1. ¿Que es cláusula codicilar?  
Puede ser tácita ó expresa.
2. Primer efecto de esta cláusula, dar valor á los legados hechos en testamento escrito que no se otorgó con las solemnidades de la ley.
3. Segundo, dar validez á la institucion del heredero extraño hecha en testamento escrito y falta de solemnidades, y en qué términos.
4. Tercero, convertir en fideicomisaria la institucion de un extraño hecha en perjuicio del heredero legitimo.
5. Cuarto, convertir en mejora la preferencia de los herederos universales instituidos indebidamente por pretericion ó menoscabo de sus coherederos.
6. Quinto, asegurar al heredero nombrado directamente en codicilo la parte de que hubiera podido disponer el testador en favor suyo, salvo el derecho de los herederos abintestato.
7. Dar firmeza á la sustitucion pupilar hecha en codicilo, salvo el derecho de los consanguíneos.

1. La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos escribanos, y otros la ponen solo por estilo ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los autores que cito y tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras *expresa y tácita*. La expresa se pone de esta suerte: *si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo.* Y la tácita es aquella en que se dice: *si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer ó que por derecho haya lugar.* Se entiende pues en tres casos, aunque se omita: el primero, cuando el testamento contiene la tácita referida; en segundo, cuando se liga con juramento, ya sea jurando el testador *que quiere se observe todo cuanto en él ordena*, ó mandando á su heredero *que jure cumplirlo y pagarlo* (1); y el tercero, cuando testa entre hijos y descendientes legitimos. Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues que cuando por derecho sean nulos,

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 6<sup>o</sup> y 74. Gom. Arias en ella, num. 71 y 72.

valdrán, si la contienen, en cuanto codicilos; en los cuales conviene ponerla, y la de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo. De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte Parlad. different. 14. num. 15., y lo practican los inteligentes.

2. Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescripta por el derecho Real, y no de la de los codicilos ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contenga, y los herederos abintestato estarán obligados á darlos á los respectivos legatarios; pero no si no la contiene.

3. El segundo es que si el testador por no tener herederos forzosos instituye á un extraño en testamento cerrado, y este no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero si de la de los codicilos y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir, que los sucesores abintestato del testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al extraño instituido, como si á ellos los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para sí la cuarta trebeliánica: porque mediante la cláusula codicilar es visto que el testador grava tácitamente á sus herederos abintestato á restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3 de Toro, el nuncupativo y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

4. El tercero es que si el padre ú otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente legitimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la cual se irrita y se anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido, ó sin causa legitima desheredado, está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28 de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fue ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la 6 de Toro tuvo facultad de dejarle.

5. El cuarto es que si el padre testa entre hijos ú otros descendientes legitimos, y nombra á uno de ellos ó á mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, de-

ro dejando á algunos menor parte de herencia que la que por su legitima debe tocarles, aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legitima sino que se reputarán y tendrán por mejorados en el tercio y remanente del quinto, que es en lo que la ley 18 de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos, ya sean los que viven entonces ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados ó perjudicados en su legitima, solo percibirán esta integra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, habrá sus dificultades en cuanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que dejo dicho en el párrafo 2 del capítulo 9.

6. El quinto es que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente y con institucion directa de heredero, no dejará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar: y asi los herederos abintestato, siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto; si son ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes, la restituirán al nonbrado en el codicilo reteniendo la cuarta trebeliánica, porque se reputa por fideicomiso: lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

7. Y el sexto efecto es en cuanto á la sustitucion pupilar, pues si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad y forma de esta sustitucion que se haga en testamento y no en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por este siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion sobre esta cláusula vea los autores citados (1); pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

1 Gom. en la 3 de Toro, num 75 al 88. Ant. Thesaur. decis. 141. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 4. num. 20 y sig.

Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 9. Parlad. different. 248. num. 7 y sig.

## CAPITULO VIGESIMOCUARTO.

*De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.*

- §. 1. La propiedad de los bienes, que por título gracioso obtuvo la muger de su marido, pasa á los hijos si se casa de segundas nupcias.
2. También se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato.
3. La obligación de reservar los bienes indicados se extiende á quantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio.
4. Dicha obligación se amplia á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este.
5. La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio.
6. Esta pena subsiste aun quando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion.
7. Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto.
8. La viuda que se casa está obligada á afianzar los bienes muebles y raíces para continuar en la tutela.
9. El viudo en su caso debe so-
- lo afianzar los bienes muebles.
10. Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿que se hará?
11. Resolucion del caso antecedente.
12. La muger que se casa dentro del año de su viudedad tiene que devolver la mitad del lecho á los hijos del primer matrimonio, si se cuenta entre los Bienes gananciales.
13. Hay varias excepciones de la regla general de reservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de algun pariente ó extraño.
14. Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre.
15. Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fue lucrativa sino remuneratoria.
16. Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del Soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda antes de cumplir veinte y cinco años.
17. Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar.

18. Excepcion séptima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinte y cinco años.
19. Primer caso de los varios comprendidos en la séptima excepcion.
20. Segundo caso.
21. Tercer caso.
22. Cuarto caso.
23. Quinto caso.
24. Sexto caso.
25. Siempre que segun la anterior doctrina no está la viuda obligada á la reservacion, hace suyos los indicados bienes.
26. Lo mismo sucede si no tuvo hijos ni descendientes.
27. En caso de reservacion esta no se extiende al usufructo de los bienes reservables.
28. Caso en que se corrobora esta doctrina.
29. De los bienes gananciales no hay reservacion.
30. Se resuelve un caso dudoso sobre la materia de reservacion.
31. La enagenacion de los bienes reservables es válida durante la vida del que la hizo.
32. Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda.
33. Por las segundas nupcias no se pierde el usufructo que haya dejado de sus bienes el cónyuge del difunto al vivo, y asi no estan sujetos á reservacion.

1. La propiedad de todos los bienes que la muger hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion entre vivos, ó por causa de muerte, ó por cualquiera otro título gracioso pasa necesariamente á sus hijos del primer matrimonio, si contrae segundas nupcias; y asi está obligada á reservárselos. Por lo mismo no puede disponer de ellos en manera alguna, antes bien sus bienes propios sirven de fianza ó hipoteca del importe de aquellos, debiendo prestar caucion suficiente, y administrarlos á arbitrio de buen varon (1): pues en el hecho de casarse pierde la propiedad, y solo conserva el usufructo hasta su muerte. Verificada esta se distribuirán entre los hijos con igualdad ó á prorata, segun el testamento de su padre.

2. Igualmente está obligada la viuda á la reservacion de los referidos bienes, aun quando por muerte de alguno de sus hijos los haya heredado abintestato, pues siempre son propiedad de los restantes: en lo cual se atenderá á dos cosas: primera, que hayan recaido en la madre por sucesion, y no de otro modo; segunda, que sean de la procedencia que designa el párrafo antecedente.

1 Leyes 25. tit. 13. Part. 5. y 1. tit. 2. lib. 3 del Fuero Real.

3 La obligacion de reservar no solo procede la primera vez que se casa una viuda, sino todas las demas en que vuelve á enviudar y á casarse de nuevo; por lo que debe reservar á cada hijo todo lo que por titulo gracioso hubo de su respectivo padre.

4 Se amplia igualmente la referida obligacion á lo que los parientes de sus maridos ú otros extraños la dieron por mera contemplacion de ellos como causa inmediata. Lo mismo procede en caso de dudarse si la donacion fue ó no hecha por su consideracion: lo primero, porque cuando esta consta claramente, ó por la cantidad y cualidad de lo donado se puede percibir, se conceptúa donado por el mismo marido, y para él se adquiere; y lo segundo, porque al modo que si la muger recibe donacion *propter nuptias* de alguno por el marido tiene obligacion de reservarla como si de este proviniera (1), del mismo modo otra cualquiera donacion. Lo propio milita para con el marido en cuanto á lo que le den los parientes de su muger por contemplacion de esta; bien que algunos opinan lo contrario (2): de consiguiente si la donacion se hizo á la muger en concepto de hacerse al marido, deberá reservarla, porque es lo mismo que si á él se le hiciera; y no de lo contrario. Pero no hay reservacion de los bienes procedentes de cualesquiera donaciones que hicieron á la viuda ó viudo por consideracion personal, ni de los que por industria ó titulo oneroso hubiesen adquirido.

5 La reservacion es una pena impuesta á la viuda por su facilidad en pasar á segundas nupcias. Esta pena comprende del propio modo y sin ninguna excepcion á los viudos (3).

6 Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, los comprenden aunque estos fallezcan, si dejan nietos ó biznietos de aquellos, y así pueden reivindicar la parte que á su padre ó ascendiente se debia reservar, y los abuelos y demas ascendientes estan obligados á su reservacion, porque la razon es igual, y por consiguiente debe obrar la misma legal disposicion (4).

7 Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legitimos no son todos los que estos hubieron de

1 Gom. en la ley 5. de Toro, num. 7. vers. *Sed his non obstantib.*

2 Morquech. lib. 1. cap. 12. num. 9. Rip. in leg. *Feminae*, num. 55. y allí Alveric. cerca del fin. Roman. cons. 405.

3 Ley 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

4 Rip. in dict. leg. *Feminae*, num. 8.

Cast. en la 15 de Toro, y Tello Fernandez en ella, y en la 6. num. 20. Cast. de usu-fruct. cap. 2. num. 12. Guerreir. de divis. lib. 2. cap. 14. num. 59. Parlad. differ. 121. §. 2. num. 2. vers. *Quin et de avo.* Matienz. en dicha ley 3. y glos. 2. num. fin.

cualquier parte y por cualquier titulo, sino solamente los de aquella linea y persona á quien por haberse casado hicieron la injuria; v. gr. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por habérselo donado ó dejado, ó por haber heredado abintestato á alguno de sus hijos de este matrimonio, estará obligada, volviéndose á casar, á reservar á los otros hijos de dicho matrimonio, ó á los nietos hijos de ellos, lo que hubo de su marido, y lo que heredó del hijo muerto intestado que recayó en él por muerte de su padre; mas no lo que el hijo muerto adquirió por otro titulo, parte, linea, medio ú persona que no sea de su ascendiente: pues de ello se constituye dueña su madre, especialmente si se casó despues de su muerte; y ni los hijos sobrevivientes, ni sus nietos hijos de estos, tienen derecho á que se lo reserve (1); por lo que si el hijo que murió intestado despues de su padre heredare á un hermano de este, que es su tio, no estará obligada su madre á reservar á los demas sus hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que su tio consanguíneo le dejó, porque no le vino por la linea ni persona de su padre, el cual por haber muerto antes que su hermano nunca tuvo derecho á ella, sino por su tio que es linea diversa, y así cesa la obligacion de reservacion, porque en casarse no hace injuria á su cuñado, ni por consiguiente á los demas hijos sobrevivientes; lo que sería al contrario, si el tio hubiera muerto antes, y su herencia recaido en el padre, y por muerte de este pasado á sus hijos. Lo mismo se dirá de los bienes habidos ó heredados por la viuda del marido, de quien no haya tenido hijos, pues no tiene que reservárselos á nadie (2).

8 Si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, aunque no está obligada á afianzar, como tampoco los demas tutores testamentarios (3); no obstante, como por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aunque haya sido electa en el testamento paterno tiene obligacion de dar cuenta, debe por consiguiente afianzar por los muebles y raices para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato (4).

9 No procede lo expuesto para con el padre, pues sin em-

1 Parlad. differ. 121. §. 2. num. 4 y 5. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 13. Part. 4. glos.

4 Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. num. fin. Acev. en la 4. dicho tit. y lib. num. 58. y en la 6. tit. 9. dicho lib. num. 2.

2 Rip. ibi. quest. 3. Parlad. different. 121. §. 1. num. 9.

3 Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. Part. 6. glos. 5.

4 Ley 5. tit. 16. Part. 6. et ibi glos. 2. Véase á Parlad. differ. 121. §. 2. declarat. 8, y asimismo á Greg. Lop. y Matienz. que son de mi dictamen.

bargo de que se case muchas veces no pierde la administracion ni usufructo de los bienes libres y vinculados de sus hijos mientras existen en su poder, antes bien lo hace suyo íntegramente; por lo que no debe afianzar en cuanto á los raices, ya los haya de su muger por legado ó contrato lucrativo, ó por herencia testada ó intestada del hijo, y si solo por lo concerniente á los muebles, respecto de los cuales es igual á la viuda (1). Bien que jamas he visto que el viudo de buena conducta haya sido obligado á dar fianza de ningunos bienes muebles ó inmuebles, sino solo de hacer su inventario, aprecio y particion (2).

10. Todo lo dicho tiene lugar cuando al fallecimiento del cónyuge superviviente quedan bienes bastantes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio el importe de los que heredó su padre de su hermano ó hermanos difuntos, y á la última muger la dote, arras y demas derechos que le pertenecen, ó bien cuando existen en su ser los bienes reservables. Pero supongamos el siguiente caso. Queda un viudo con tres hijos, de los cuales mueren despues dos, cuya legitima materna hereda su padre, y esta procede de la dote de la difunta. Supóngase igualmente que este viudo se vuelve á casar, y despues fallece sin dejar en su ser los bienes que fueron de su primera muger, ni los que trajo en dote la segunda, sino que deja en dinero ú otros efectos una suma que no alcanza para todos. Se pregunta ahora: ¿quien será preferido? ¿el hijo del primer matrimonio por la legitima materna, que de sus hermanos heredó su padre y debió reservarle por haber perdido la propiedad contrayendo segundas nupcias, ó la muger última ó sus hijos que reclaman su dote?

11. En este caso parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido, sino á sus herederos legitimos; de suerte que en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho por ser créditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion: solo tendrá preferencia la segunda en los bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo que sobrevive al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho, como uno de tres, que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirlo despues por estar satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal si-

1 Acev. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. num. 49. Cast. de usuf. cap. 8. num. 92.

2 Cast. de usuf. cap. 3. num. 92.

no hereditaria provenida de la muerte abintestato de sus hermanos, de quien es heredero; pues en el instante que ellos ó su padre, como su legitimo administrador, se apodera de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no trasmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró, y solo será dotal cuando él ó su descendiente legitimo por no hallarse reintegrado de su legitima materna ó abolenga la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primero en tiempo á la de la dote segunda, como la de esta tiene el de antelacion segun derecho (1) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger segunda á quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6 de Toro, y la reservacion á que le obligan las leyes citadas en los numeros precedentes, no es otra cosa que una pena que le imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda y á sus hijos, y por enriquecerlos defraudará á los de la primera; por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo que sobrevive, el cual por beneficio de la ley es heredero forzoso abintestato de sus hermanos, como consanguíneo mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio ni antelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos, esto es alucinarse, y querer confundir la luz con una pura ficcion y sofisteria, pues no puede haber intermediacion donde hay fisica interposicion de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprendido virtualmente en la regla de que en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho, porque á mas de no estarlo y deberse entender la legal disposicion segun suena, se ve que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelacion; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre, el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concederia igualmente, como se prueba del hecho mismo de

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que cuando la madre hace la reservacion, no procede la accion del hijo por razon de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitucion y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dejó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido este un mero usufructuario obligado á devolverlos.

12. La muger que se casa dentro del año de la viudedad está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho cotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse, y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio: pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesion, propiedad y usufructo (1); y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservárselo, y ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictamen, porque la ley 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que de esto trata y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto: *si el marido ó la muger muriere, el lecho que habian cotidiano finque al vivo: é si se casare, tornenlo á particion con los herederos del muerto.* Sobre lo cual véase el tratado de particiones. La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse á casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casados otra vez (ya sea dentro ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue), no se les debe abonar; y asi se ejecutorió años pasados en el Consejo. Se previene que aunque el testador legne al cónyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho ó su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

13. No es tan amplia y absoluta la conclusion sentada en los primeros párrafos de este capitulo, que no padezca sus limitaciones, por lo que la obligacion de hacer la reservacion impuesta por el derecho al padre y á la madre, cesa en los siete casos siguientes: el primero, cuando el hijo, aunque haya muerto el

1 Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. quest. 93, 94 y 95. Montalv. en ella. Gutierr. lib. 2. Pract.

testador, heredó algo de sus abuelos ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó la adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente; porque de esto no habla ni se comprende en la disposicion legal; y asi lo hacen suyo absolutamente sus padres (1): aunque en quanto á lo de los abuelos hay quien sienta lo contrario (2).

14. El segundo, cuando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que en su testamento la dejó con título de institucion ó legado; porque entonces sucede principalmente mediante su expresa voluntad; como si fuera extraño; y asi puede dividirse entre los hijos de todos sus matrimonios: lo que al contrario cuando muere intestado; porque no interviene este, y si la mera decision y concesion legal (3). Bien que atendida la disposicion de la ley 6 de Toro dudo que haga suya mas que la tercera parte, de que el hijo puede disponer libremente, y en lo que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad: pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto por testamento como abintestato, sin diferencia, ya quiera ó no el hijo dejárselas; por lo que no le sucede en ella por su mera voluntad, como en la tercera, sino por disposicion de la ley; y asi me parece que estarán sujetos á la reservacion.

15. El tercero, cuando su marido la dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud &c.: porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y asi se aplicará y será comunicable á todos sus hijos (4). Pero esto se entiende cuando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, ya sea en edad, calidad ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respeto y por via de remuneracion la hizo la donacion, y no en otros términos; y asi aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser propiamente donacion cual se requiere para llamarse remuneratoria, á causa de faltar los mo-

1 Gom. en la ley 15 de Toro, num. 2. vers. *Dubium tamen.* Matienz. en la ley 3. glos. 2. tit. 1. lib. 5. num. fin.

2 Parlad. different. 121. cit. §. 2. num. 5. al 7.

3 Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 15 y 16. et ibi Acev. num. 4

T. I.

al fin. Gom. dicho num. 2 al principio.

4 Rip. in leg. *Pæminæ*, num. 44. Cod. de secund. nupt. quest. 17. Pal. Rub. de donat. inter. vir. et uxor. §. 50. num. 35. Covarr. de matrimon. part. 2. cap. 2. num. 2 y 3. Guerreir. de divis. lib. 2. cap. 14. num. 69 al 87.

tivos realmente constitutivos de la remuneracion legitima y verdadera (1).

16. El cuarto, cuando precedió y obtuvo licencia del Soberano para volverse á casar; pues como legislador puede remitirle esta y las demas penas impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias, segun expresamente está decidido en derecho (2). El quinto, cuando quedó viuda, siendo menor de veinte y cinco años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos; porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, como dicen los autores (3). Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni la conceden expresamente este privilegio, y asi será por equidad y no de justicia.

17. El sexto, cuando su difunto marido la concedió licencia expresa para volverse á casar; pues puede remitirle la pena (4), y respecto saberlo y consentirlo, no se le hace injuria (5). Y lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla ni su importe, sino que la haga suya, como si fuera patrimonio; porque siempre que hay bienes unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre de quien fueron; y asi no se debe hacer distincion ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos.

18. Y el séptimo, cuando los mismos hijos siendo mayores de veinte y cinco años la concedieron licencia y consintieron su casamiento; pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien (6). Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso, saber como se entiende y ha de ser esta licencia, y cuando por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

19. El primer caso es cuando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase á segundas nupcias, y la remiten y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ó todo su derecho. En cuyo caso es incuestionable que nada pier-

1 Ley 7 al fin. tit. 14. Part. 4. Gutierr. num. 81 al 83 del lugar citado.

2 Ley fin tit. 12. Part. 4.

3 Cifuent. en la ley 15 de Toro. Jason en *Minoribus* al fin. ff. *de his quibus ut indignis*. Boer. decis. 185. Gom. en dicha ley 15. num. 6.

4 Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. num. 5.

5 Regla 25. tit. 34. Part. 7.

6 Gom. dicho num. 6. vers. *Et idem etiam est*. Castill. *de usufruct.* cap. 2. num. 93.

de, antes bien retiene y adquiere para si en propiedad y usufructo todos los bienes que de su primer marido tenia en su poder, y los que por sucesion de sus hijos habian recaido en ella, y provenido de la sustancia del padre de estos (1).

20. El segundo es cuando los hijos tambien mayores consienten simplemente que su madre se case, pero no renuncian expresamente el derecho y beneficio que la ley les concede: y en este caso se deberá decir lo mismo que en el anterior, pues por el hecho de consentir el matrimonio es visto remitir su derecho; por lo que este consentimiento simple surte el efecto de que su madre se exime y liberte de la obligacion de reservacion, que á no intervenir tendria (2). Lo que queda expuesto en estos dos casos en cuanto á los hijos mayores milita y procede para con los menores; interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas y seguirseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos (3).

21. El tercero, cuando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes, callaron, y ningun acto ni gestion hicieron, por el cual se infiera haber consentido en el matrimonio: pues entonces su mera presencia no les perjudica, ni por ella se prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion (4); aunque una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo cual no es presumible mientras no conste (5). Sin que los hijos necesiten hacer protesta para dejarlo ileso (6); porque si esta fuese necesaria, y su silencio y asistencia los perjudicasen, jamas se verificaria tener lugar la pena de reservacion (7).

22. El cuarto, cuando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente ni renunciaron su derecho, pero intervino con su presencia algun acto positivo exterior de su parte, por el cual manifestaron su voluntad y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tá-

1 Angul. cons. 396. col. 4. num. 4. vers.

*Haec autem regula*. Decio cons. 209. num. 7. Menoch. cons. 237. num. 6 al 18. lib. 3.

2 Menoch. *ibi*, num. 16. y sig. y otros que cita.

3 Gaill. lib. 2. *Observat. praet. observat.* 98. num. 22. Menoch. dicho cons. 237. num. 22 al 24.

4 Menoch. lib. 3. *praesumpt.* 29. num. 90.

5 Parisiens. in *Anotat. ad Dec. cons. 205.* verb. *Volente*. Rip. in leg. *Si unquam*, Cod. *de revocand. donation.* quest. 42. num. 108 al fin.

6 Baez. *de non meliorand. filiar.* cap. 20. num. 59.

7 Baez. dicho cap. 10. num. 88. Parisiens. loco citat. Boer. decis. 185. num. 23. Fulgos. cons. 73.

citamente, y así se perjudican por haber practicado acto por el cual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen á no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos igualmente que por las palabras <sup>(1)</sup>, y aun mejor se da á entender por aquellos que por estas: los hechos manifiestan el efecto; y las palabras suelen proferirse á veces contra la voluntad del que las dice <sup>(2)</sup>. A mas de que el que está presente y calla, es visto consentir aun en lo que le perjudica, si con su presencia concurre por su parte á algun acto positivo externo, y mucho mas los conjuntos <sup>(3)</sup>.

23. El quinto, cuando los hijos que asistieron á la boda nada consintieron expresa ni tácitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; pues pierden tambien el beneficio de la ley del mismo modo que si al tiempo en que se celebró hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en cuanto al efecto <sup>(4)</sup>. Lo cual se entiende no solo cuando la ratificacion es expresa, sino cuando es tácita, y. gr. cuando en su vida no se quejan de las segundas nupcias: ó habitan familiarmente con su madre, ó la aman y á su padrastro: ó en vida ó muerte les donan algo: ó por otras conjeturas se infiere su asenso <sup>(5)</sup>; pues si la ratificacion hecha con las palabras expresas es suficiente, debe serlo tambien la que se colige de las obras, porque estas la inducen mas vigorosa que aquellas <sup>(6)</sup>. Previendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no trasferen á sus herederos este derecho que tenia adquirido, antes bien por su silencio es visto habérselo condonado y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial <sup>(7)</sup>.

24. Y el sexto, cuando los hijos no estuvieron presentes á la celebracion del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tácita ni expresamente; pero si luego llegó á su noti-

1 Tiraquel de jur. constitut. part. 3. limit. 30. num. 12. Cravet. cons. 159. num. 5. Menoch. cons. 110. num. 1. y cons. 121. num. 90. lib. 2.

2 Menoch. cons. 5. num. 16. lib. 1. Socin. Junior. cons. 38. num. 13. lib. 1.

3 Clementin. 1. de procurat. Abb. in cap. Cum virum, in tertio notabili. De regularib. Alciat. y Jason in leg. Cum proponas, Cod. de pact. Boer. decis. 185. num. 20.

4 Angel. cons. 96. Anton. Gabriel, lib. 3. Commun. opinion. tit. de secund. nupt. conclus. 1. num. 36. Baez. dicho cap. 10.

num. 96.

5 Roland. cons. 92. num. 20 y sig. lib. 1. y cons. 81. num. 13. lib. 3. Decio cons. 295. num. 5 al 7. Parisiens. cons. 29. ex num. 82. lib. 3. Bursat. cons. 12. num. 42. lib. 1. Surd. cons. 91. num. 21 y 22. lib. 1.

6 Menoch. cons. 507. num. 15. lib. 6. Abb. cons. 116. in 2. part. Bursat. cons. 40. num. 18. y cons. 118. num. 14. lib. 1.

7 Rip. in dict. leg. Famina, quest. 14 y 16. vers. Facit quod. Anton. Gabriel, in tit. de secund. nupt. conclus. 1. num. 23. Guerreir. de division. dicho lib. 2. y cap. 14. num. 60 y 61.

cia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su derecho, es indudable que por la renunciacion se perjudicaron; y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables. Y lo propio milita si la ratificacion es tácita é intervinieron los actos, conjeturas ó signos por los cuales se induce, como queda expuesto en el precedente caso, pues faltando estos respectivos requisitos, y habiendo intervenido la ausencia de los hijos, está sujeta la madre á la pena legal, y para no incurrir en ella, es indispensable algun consentimiento de ellos <sup>(1)</sup>.

25. En los casos expresados en que la madre no está obligada á hacer la reservacion á sus hijos, hace enteramente suyos los bienes que heredó de estos ó de su marido; por lo que puede usar y disponer de ellos á su arbitrio, y así se dividirán entre todos los de sus matrimonios con arreglo á su voluntad, como si los hubiera llevado en dote, ó no se hubiera vuelto á casar. Lo mismo procede cuando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del matrimonio segundo: lo uno, por la razon expuesta; y lo otro, porque no hace injuria al cónyuge muerto, ni á sus hijos; y cesando esta debe cesar la disposicion; y así los hace suyos, y puede repartirlos entre todos los hijos de sus dos matrimonios <sup>(2)</sup>.

26. Y si no tiene hijos del precedente ó precedentes matrimonios, ni descendientes de ellos, tambien hace suyo todo cuanto le dieron ó dejaron sus respectivos anteriores maridos, y como dueña puede disponer de ello á su arbitrio, segun los textos citados se lo permiten, no habiendo fuero ó costumbre de que vuelva al tronco.

27. La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona ó deja, no procede para su usufructo, pues es dueña absoluta de él; y así aunque sea tanto, que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos, ni se entienden provenir ni provienen de la sustancia paterna como la propiedad, por no haber sido de su padre; por lo que puede disponer de ellos entre los de todos sus matrimonios, como de los patrimoniales, pues las leyes bastante proveyeron á favor de los hijos en preceptuar la reservacion de la propiedad, en la cual, como procedia del padre, eran defraudados; y no quisieron ampliar su

1 Castill. de usufruct. cap. 2. num. 110

Morqueb. dicho cap. 12. num. 8 Guerreir. dicho cap. 14. num. 55 al 58. lib. 2.

2 Covarr. in Epit. success. num. 9 y 10.

precepto á los frutos, porque estos nunca fueron ni pudieron ser de este sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte (1).

28. Aunque la madre viuda herede á algun hijo que haya muerto, y despues se case otro de los vivos, no pierde por eso ni debe restituírle el usufructo que desde que se volvió á casar percibió de los bienes de su difunto hijo, hermano de los otros, antes bien debe gozarlo por toda su vida: porque lo hace suyo, y no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado, como admirablemente lo funda Castillo (2).

29. Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican mientras estan casados, deben reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, antes bien los hacen suyos plenamente por ser de industria y trabajo, que es titulo oneroso; y así aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14 de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. (3).

30. Muriendo sin sucesion legitima algun hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado á su padre, si hiciere testamento, y segun lo permite la ley 6 de Toro dejare la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre, y esta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviere casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, ¿estará obligada á reservar á los hermanos enteros sobrevivientes la tercera parte que abintestato heredó de este último, y él hubo de su hermano difunto? No, porque esta tercera parte no proviene inmediatamente de la sustancia del padre sino del hermano, del cual se hizo despues de su aceptacion, como patrimonio adquirido de otra parte, y por su aceptacion dejó de ser herencia del padre, de quien primero habia sido, pues hubo interposicion de dos personas (4).

31. Si la madre enagena los bienes raices que está obligada á reservar á sus hijos, parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usu-

1 Castill. ibi, num. 37. Merlin. *de legit.* lib. 4. tit. 2. quæst. 1 hasta la 4. Guérreir. ibi, num. fin. Parlad. §. 2. num. 16. differ. cit.

2 *De usufruct.* dicho cap. 2. num. 50 al 55.

3 Gom. en la 14 de Toro, num. 3. vers. *Ex quibus videbatur.* Guérreir. lib. 2. *Pract.* quæst. 95. num. 12 y 14. Matienz. en la 6. tit. 9. lib. 5. glos. 2. num. 1.

4 Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 60 al 69.

fructuario, que enagenaudo los que usufructúa ó el derecho de usufructuarlos, pierde el usufructo, el cual se consolida con la propiedad y pasa al propietario. Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y así valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte; porque puede suceder que los hijos mueran antes que su madre, y que por consiguiente los herede, lo cual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufructuario; bien que si lo enagena antes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo habil su enagenacion, puede reivindicarlos de los que los posean, sin necesidad de hacer ejecucion en los maternos (1).

32. Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, casándose, si enagena algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea antes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre, ni tampoco despues, si aceptan su herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante, y así no solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repeticion (2).

33. Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido la dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozare mientras viviese. Y lo propio milita para con el marido si su muger lo deja por usufructuario. Ni tampoco si se lo lega con la condicion de *si viviere casta y honestamente*, sin añadir *si permaneciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente (3).

1 Gom. en la ley 15 de Toro, num. 5. vers. *Dubium tamen est, y vers. Item adde.*

2 Ley 21. tit. 13. Part. 5. et ibi glos. 9. 10 y 11. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8. num. 5. Pinel. in leg. 1. Cod. *de bonis ma-*

*tern.* part. 3. num. 21.

3 Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 127. hasta el fin. Gom. en la ley 15 de Toro, num. 9.

## CAPITULO VIGESIMOQUINTO.

*De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos.*

- §. 1. El que tiene en su poder algún testamento cerrado debe presentarle á la justicia dentro de un mes despues de la muerte del testador.
2. El interesado en un testamento puede pedir por sí ó por procurador, que se abra y publique.
3. A la abertura precederá el examen de los testigos, y reconocimiento de sus firmas.
4. ¿Que deberá hacerse cuando no pueden ser habidos todos los testigos?
5. ¿Como se suplirá su falta si todos han muerto?
6. Antes de publicado un testamento son nulos los contratos que se celebren sobre cosas de la herencia.
7. ¿En que caso no debe dar el juez copia del testamento?
8. ¿Que deberá hacer el heredero para llevar á efecto un testamento nuncupativo, hecho sin escribano, ó verbalmente?

1. Dejo ya explicado todo cuanto concierne á la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso á expresar dentro de qué término está obligada la persona, en cuyo poder existen, á manifestarlos á la justicia, en qué pena incurre sino lo hace; quién es parte legítima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla; por qué juez se han de abrir, y cómo; y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado bajo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la justicia ordinaria del pueblo en que este murió, dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, y no cumpliéndolo, pierde el legado que le dejó, el cual se ha de distribuir por su alma, y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedis á la Real Cámara, sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el clérigo con pretexto de ser lego el juez; porque lo es competente, segun está declarado en

la Real cédula de 13 de junio de 1775, y en las leyes que se citan (1).

2. el que tiene interes en el testamento, ú otro en su nombre con su especial poder, puede pedir se abra, expresando haber fallecido el testador bajo de él, jurando no pedirlo de malicia, y si solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el juez ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento, dispondrá el juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga para que lo presente (2).

3. Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer á su presencia los testigos instrumentales, los cuales bajo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su examen al escribano ni á otro por ser este un acto personalísimo) reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que por este ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento ó cuaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido, ó visto cadaver, y no sabiéndolo, pondrá el escribano fe de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el juez que el testamento ó cuaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el escribano y los testigos, y entregarlo á este para que lo lea y publique delante de todos, y despues de abierto y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga ó estime por testamento y última voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto haya lugar en derecho, pues hasta que se abra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto.

4. No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos,

1 Leyes 1 y 2. tit. 2. Part. 6. y 5 y 6. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 2. tit. 2. Part. 6.

basta que comparezca la mayor parte (que á lo menos han de ser cuatro), y despues lo ha de enviar á los demas para el mismo efecto, si estan en otro lugar, ó enfermos, ó son personas muy condecoradas ú honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos ni la mayor parte, y el juez conoce que de esperarlos y omitir su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego volver á cerrarlo, y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestárse-lo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias no resultase cosa en contrario, las mandará unir á otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que á cada uno corresponda. Hasta aqui la ley de Partida (1).

5. Pero si han fallecido todos los testigos (como puede suceder) ó se cree asi, ó se hallaren ausentes sin saber su paradero, se debe hacer informacion de ello; de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si ha muerto; de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fe sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ó se comprueben (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento); y luego el juez lo mandará abrir en la forma explicada (2): y si quisiere rubricará sus hojas, sin embargo de que no es preciso, previniéndose asi en la diligencia de apertura. Si el escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma; bien que no es rigurosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

6. No puede hacerse pacto, concierto ni transaccion antes de la publicación del testamento cerrado sobre la herencia ó los legados que contiene, y si se hace es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos (3); por lo que aunque uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituirsele (4). El juez debe mandar que se dé traslado íntegro del

1 Ley 3. tit. 2. Part. 6.

2 *Bas Theat. jur. prud. part. 4. cap. 5 y 6.*

3 Ley 1. tit. 2. Part. 6. y *De ius contravertis. ff. de transact.*

4 Ley 25. tit. 11. Part. 3.

testamento á los herederos del testador; y á los demas interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes ni hora en que fue hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida (1). Lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pie del testamento, y nada mas, de lo cual no resulta perjuicio, falsedad ni fraude.

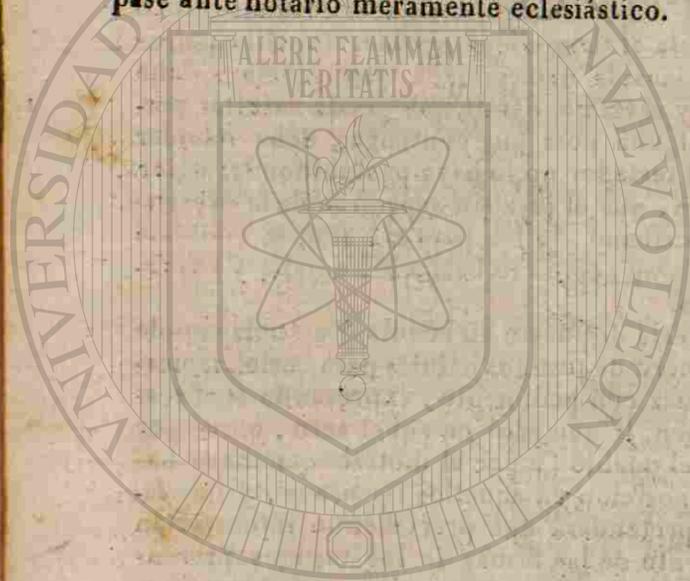
7. Prohibiendo el testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo asi el juez; y si este entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido (2); y por eso es buena prevencion, que el juez sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lo lea para sí, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos, que saben su oficio.

8. Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al juez con pedimento, expresando si el testador la escribió, ó quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber escribano en el pueblo (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella, y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presentes, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias y los testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que á ello y á sus tratados interponga el juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la cual lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, y deferirá á lo demas pretendido; de lo que se instruirá el escribano por las diligencias

1 Leyes 103. tit. 18. Part. 3. y 5. tit. 2. Part. 6.

2 Leyes 5 y final, tit. 2. Part. 6.

que se insertarán á continuacion. Si el testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida (1), que no está derogada ni corregida; y es lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

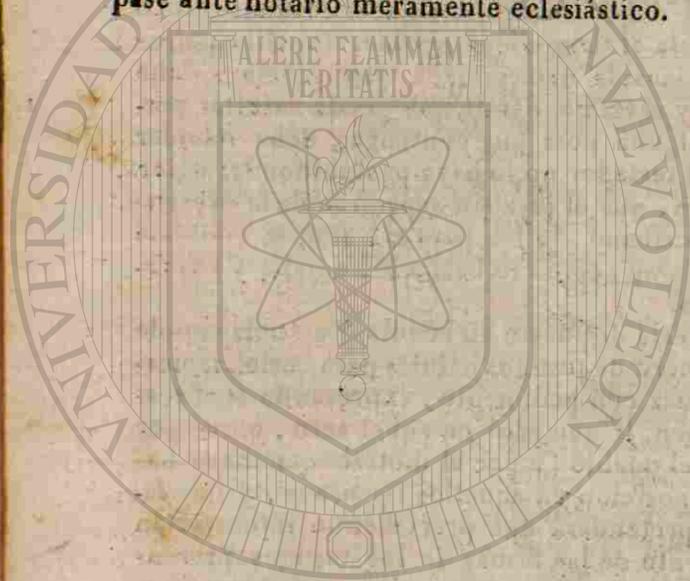
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

## CAPITULO VIGESIMOSEXTO.

*Previsiones á los escribanos para el acierto en las materias de este titulo.*

- §. 1. El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho.
2. Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pias, que es nula por derecho.
3. Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores.
4. No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo.
5. La cláusula que prohíbe al propietario la acción de obligar al usufructuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos.
6. De las varias especies de fianzas que debe dar el usufructuario.
7. ¿Que fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso?
8. ¿Cuales deben darse por razon de animales no productivos?
9. La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun cuando se case segunda vez, es nula.
10. Advertencias sobre el testamento de los extrangeros.
11. El nombramiento de futuro en orden á heredero, no es válido.
12. El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien presijar.
13. Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse.
14. El testamento puede otorgarse á cualquiera hora del dia ó de la noche.
15. No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunte á quién instituye por heredero.
16. ¿Como debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad?
17. ¿Que debe hacer cuando el testador padece demencia con lúcidos intervalos?
18. ¿Como ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma?
19. ¿Por que razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero?
- 20, 21 y 22. ¿En que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento?

que se insertarán á continuacion. Si el testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida (1), que no está derogada ni corregida; y es lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## CAPITULO VIGESIMOSEXTO.

*Previsiones á los escribanos para el acierto en las materias de este titulo.*

- §. 1. El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho.
2. Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pias, que es nula por derecho.
3. Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores.
4. No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo.
5. La cláusula que prohíbe al propietario la acción de obligar al usufructuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos.
6. De las varias especies de fianzas que debe dar el usufructuario.
7. ¿Que fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso?
8. ¿Cuales deben darse por razon de animales no productivos?
9. La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun cuando se case segunda vez, es nula.
10. Advertencias sobre el testamento de los extrangeros.
11. El nombramiento de futuro en orden á heredero, no es válido.
12. El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien presijar.
13. Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse.
14. El testamento puede otorgarse á cualquiera hora del dia ó de la noche.
15. No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunte á quién instituye por heredero.
16. ¿Como debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad?
17. ¿Que debe hacer cuando el testador padece demencia con lúcidos intervalos?
18. ¿Como ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma?
19. ¿Por que razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero?
- 20, 21 y 22. ¿En que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento?

23. ¿Que legados ó limosnas son válidas cuando se hacen en favor de los religiosos

de San Francisco.

24. Sobre el legatario del tercio entre los ascendientes.

1. **D**ebe instruir el escribano al testador de lo que previenen las leyes á fin de que arregle á ellas sus disposiciones, pues aunque tenga libre voluntad de hacer de lo suyo lo que le parezca, siempre es con sujecion á derecho.

2. Está reprobada por ley la cláusula siguiente: *prohibo á los arzobispos, obispos ó sus vicarios, que celen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellania ó memoria de misas que dejo fundadas, y mando que si se entrometiesen en su conocimiento se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, y en este caso la revoco y anulo en todas sus partes.* Es nula esta cláusula: 1.º porque ningun testador puede privar á la jurisdiccion eclesiástica del conocimiento y accion que le conceden los sagrados cánones en las mandas piadosas; 2.º porque una vez erigidos los bienes en capellania ú otra fundacion eclesiástica, aceptados por esta jurisdiccion y sujetos á ella, no queda facultad al dueño de desposeerlos de la nueva condicion legal que han adquirido; 3.º porque dicha cláusula se opone á los mismos bienes del testador, que son asegurar la fundacion hecha á la aplicacion de sus bienes á su debido objeto; pues si se inhibiese de su vigilancia en estos puntos á quien de derecho corresponde, se cometerian fraudes que hiciesen ilusorias dichas disposiciones. La revocacion que incluya la cláusula inserta no tiene lugar despues de confirmada y aceptada la fundacion, pues ya no es dueño de volverse atras el que la hizo.

3. Tampoco debe cumplirse la cláusula en que los testadores suelen prohibir *que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se les pida cuenta de su manejo é inversion;* pues el derecho manda que la den.

4. Si el testador manda *que no valga la costumbre y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ó de él en que tiene bienes en cuanto á lo que en su testamento deja ordenado y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre ni fuero,* no se observará su voluntad: y la razon es porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada que tiene fuerza de ley, y solo podrá hacerlo cuando es personalísimo á él mismo; por lo que en este caso será lo mejor que vincule los bienes á título de ma-

yorazgo, pues se entra á su obtencion y goce por derecho de sucesion con arreglo al llamamiento, y no por derecho hereditario, como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco, y la raiz á la raiz.

5. Se estimará por irrita y nula, *si dejando á alguno por heredero usufructuario de sus bienes, y á otro por propietario, manda que este no pueda compeler á aquel á inventariarlos, ni dar fianzas de restituírseles, y usar de ellos como es obligado;* porque el que adquiere derecho á su propiedad, en el instante que el testador fallece es el propietario, el cual queda por legitimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar, la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del útil para desde el dia siguiente al en que el usufructo espire, pues mientras dura está suspenso; pero finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo; por lo que puede compeler al usufructuario á la formacion del inventario ó descripcion de los bienes, con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de restituírseles y no disiparlos, y le entregue los títulos de su pertenencia, si los tiene: pero si ademas del usufructo de los bienes le deja por heredero de algunos, no necesitará inventariar estos últimos.

6. Las fianzas son de varias especies: si los bienes que ha de usufructuar son raices, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas ó ganados productivos, en quienes se verifica propiamente el usufructo, porque producen, y su producto es distinto y se separa de la propiedad; ó casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufructo, sino uso y habitacion ó comodidad, ha de darla de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ú omision no se destruyan ni deterioren para volverlos y restituírlos á sus herederos en el mismo estado que los recibió; y el modo de usarlos á arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos ó árboles se secan ó arrancan, plantar otros, dar de comer y tratar bien á los ganados, y si algunos fallecen, reemplazarlos con los hijos que procreen, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten, v. gr. retejos, blanqueos, compostura de puertas y ventanas, y otras semejantes, que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores,

v. gr. si se hunde la casa ó parte de ella por caso fortuito, ó amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica y estimacion de la Corte, son de cuenta del propietario, el cual como dueño debe ejecutarlo del mismo modo que si la usufructuara, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore sino á que no perezca. Todo lo cual se entiende, á menos que la ruina provenga de culpa ú omision del usufructuario, que entonces puede ser compelido á repararla á sus expensas ó del inquilino, pues estará obligado á lo mismo, porque debe saber y mirar á quién la alquila, y cómo la usa; sobre lo cual véase á Castillo de usufruct. capítulo 15. y siguientes.

7. Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el cual consiste su usufructo, y guardándolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceite, miel y otras semejantes (por lo que su usufructo se llama *cuasi usufructo*), y el testador los deja en su casa, trox ó bodega, podrá el usufructuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir, que si estos bienes se valúan y aprecian, como debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufructuario, la dará de restituir el mismo valor y estimacion; ú otros tantos del propio género, calidad y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie, número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad misma que recibe: y la razon es porque de estos bienes se le trasfiere el dominio, y puede hacer lo que quiere, lo que no sucede con los expresados en el número precedente. Pero si cuando el testador fallece, no están cogidos ni separados del suelo, sino pendientes y mostrados en el campo ó arboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufructuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del difunto, y no cosa distinta; además que el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo cual procede ya sean propias del testador ó ajenas las fincas que los producen; pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto, como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solucion, al mo-

do que lo pagaria el testador, y asimismo debe pagar las demas cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufructo (1), y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho debe sufrir el gravamen (2).

8. Si el usufructo es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes &c., en los cuales se verifica mero uso, debe dar la fianza *de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, pérdida, muerte ni deterioro, á menos que provenga de culpa suya*. Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen ó aniquilan, sino que se envejecen y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos y otros semejantes: porque en ellos se verifica solamente uso, y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren ó consumen algunos, ó ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin su culpa (3); pues de lo contrario se verificaria que el testador no le deja mas que trabajo en custodiarlos y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Se previene que cuando uno de los cónyuges queda por usufructuario de los bienes del otro, debe hacer inventario ó descripcion, particion y separacion de todos con asistencia del propietario ó de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra á usufructuar, y sus herederos han de restituir; pues de no hacerlo así, servirá de confusion y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos: y asimismo que si los bienes ó parte de ellos consisten en tierras que estan barbechadas ó sembradas, y no se ve el fruto, se han de dividir por mitad, como gananciales, las labores y semillas echadas en ellas; lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes y mostrados.

9. Es reprobada por derecho la voluntad del testador en cuanto manda: *que aunque su muger se case segunda vez no pierda ni se la quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos* (4): porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño (5). Lo mismo sucede respecto de la abuela, y así no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan pade-

1 Ley 22. tit. 31. Part. 3.

2 Ley 13. tit. 33. Part. 7.

3 Castell. de usufruct. cap. 17, 18 y 77.

Ayor. de partit. part. 2. quæst. 24.

4 Ley 5. tit. 16. Part. 6.

5 Ley 4. tit. 16. Part. 6.

cido los de sus hijos durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede á los parientes que deben heredarlos *ab intestato* (1).

10. El extranjero no domiciliado en el reino donde vive á la sazón que hace su testamento debe tener presente que si la ley, estatuto ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se amplía y extiende á todos los que lo habitan; aunque no sean regnicolas, por cuya razón han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado á observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellos con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la sustancia y decisión de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo (2). Si está domiciliado y tiene bienes en el reino y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de él, y de estos según las de su patria, y no de todos de un mismo modo: porque la ley ó estatuto no puede extender sus efectos fuera de los límites á que se extiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes situados fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro reino (3) en cuanto á poder ó no testar como he sentado en el párrafo 32 del capítulo 1 del testamento. Lo propio deberá observar por idéntica razón, aunque no sea extranjero, si posee bienes en provincia que se gobierna por algún fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragón y Cataluña; pues con arreglo á este y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está connaturalizado, el rescripto de connaturalización servirá de regla para lo que se debe practicar: pues el Príncipe, como legislador y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios, y no fuera de ellos.

11. Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: *quiero que sea mi heredero el sugeto ó persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un*

1 Leyes 5 y 12. tit. 16. Part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3 y 4. Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 5 y 19.

2 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 20.  
3 Acev. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. Rec. num. 15. Gom. en la ley 5 de Toro, num. ún.

*papel ó memoria que está en tal gaveta, ó en poder de fulano (nombrándolo), ó el que Pedro tiene instituido en su testamento, y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresión, no se detenga el escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en papel, y no dudándose de la fe de la memoria ó cédula privada, serán válidos; pero no si hablare de futuro, v. gr. quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ó que fulano instituyere: la razón es porque en este caso no se nombra persona cierta como en el otro (1).*

12. Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ó la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el día que prefine (2); y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los testadores suelen imponer esta prohibición, es porque si tienen algún hijo pupilo, ó loco ó fatuo, y lo sustituyen ó le dejan algún legado, nombrando á otro á su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ó que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el sustituto por heredarle (3); y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *mando que hasta tal día de tal mes y año, de ningún modo se abran ni publiquen tales hojas, (ha de expresar cuantas son) cosidas (ó cerradas, según esten) dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dejo dispuesto y ordenado: y que lo demás del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescrita por derecho luego que se verifique mi fallecimiento: y encargo al señor juez que de su apertura conociere, no altere ni permita se tergiversar ni interprete total ni parcialmente esta disposición; porque así conviene, y es mi deliberada voluntad.*

13. Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el testador prohíbe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar con toda claridad las que son, y cuántas cláusulas contienen; pero no su contexto. Si el testador puede escribirlas ó firmarlas, lo ejecutará, porque esto es lo más seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean, es suficiente en su otorgamiento. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo

1 Gutierr. *Repet. leg. Nemo potest,* num. 248. y lib. 2. *Pract. quæst.* 41. num. 4 y 5. Cast. lib. 4. *Contrav.* cap. 20. num. 29 y sig. *Mantic. de conject.* ley 4. tit. 4. num. 6. y sig. Albarad. *de conject. mente*

*defuncti,* ley 3. cap. 2. §. 1. num. 2. *Mantic.* ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16. num. 13.

2 Leyes 5 y 6. tit. 2. Part. 6.

3 Ley 6. tit. 2. Part. 6.

solamente la cláusula que dejo extendida en el párrafo precedente.

14. El testamento, como acto puramente extrajudicial, puede otorgarse de día y de noche, al modo que los contratos. Cuando el escribano tome la minuta ó razon de él para extenderlo, ha de estar solo con el testador sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, lo presencie sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y dejarle en libertad de explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones violentas, repugnantes y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento que deben presenciar únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entonces podrán asistir estos á la toma de la razon, y la firmarán á fin de que, precedidas sus contestes disposiciones, se reduzca á escritura pública, y se declare por testamento y última voluntad del testador, como si la hubiera hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede este extenderlo con arreglo á ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con la minuta por lo que pueda ocurrir si se dudare de su contexto, lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de extendido. Pero sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al testador mientras vive debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexto que es instrumento público, pues se llama así porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos; pero no es público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia ni testimonio, ni parte de él á otro que al testador; y despues de su muerte solo á los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda (1).

15. El escribano debe preguntar indiferentemente al testador: *á quién deja por su heredero*, sin nombrarle ni traerle á la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas, pues la pregunta ha de ser verbal, clara, y en términos generales, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida y nacida de su

1 Ley 103. tit. 18. Part. 3.

libre voluntad. Sin embargo si él ó cualquiera otra persona, que no sean interesados ni sospechosos, se le nombrasen diciéndole: *si instituye por heredero á fulano*, y responde que sí á presencia de los testigos, bastará: porque ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los autores (1), y dejo expuesto.

16. Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende, ó del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorice semejantes disposiciones: porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras claras y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza (2); bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronuncacion, y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por si mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues estos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gomez en la ley 3 de Toro, número 114, apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejo al escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

17. Queda explicado que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lúcidos intervalos. Y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el escribano á algun hijo ó pariente de él, que acuda al juez haciendo relacion de la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, con la solicitud de que dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano que previamente declaren con juramento si está ó no capaz, y estándolo ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme á la ley el médico y cirujano si está ó no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, y no de otra suerte (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por si para

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 110. 2. tit. 6. num. 9.  
y sig. Matienz. en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec. 2. Gom. en la ley 3 de Toro, num. 110.  
glos. 16. num. 4 al 9. Cast. lib. 4. Controv. Covarr. cap. Cum tibi, num. 4. de testam.  
cap. 27. num. 14. Manuc. de conject. lib.

dar fe), á su presencia y á la de los testigos prevenidos por la ley ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su juicio y de la firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demas que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portán lose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexion, sin dejarse llevar de pasion ni interes, é irá extendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á extender una cláusula antes que satisfaga á la anterior. Si sabe y puede firmar, hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el examen de todos los concurrentes al acto.

18. Si el testador ni habla ni entiende el idioma del escribano, escribirá por sí mismo su testamento á presencia del escribano y testigos. Si no pudiese escribir, porque su enfermedad no se lo permita, se buscará un sugeto que entienda su idioma, y le dictará su disposicion; despues la leerá por sí mismo el testador, ó se la leerá el intérprete; y la firmará. Los testigos y el intérprete firmarán tambien, y rubricarán á mayor abundamiento todas las hojas, y el escribano autorizará en forma este testamento, expresando en él todo lo ocurrido. En un caso semejante lo que importa es asegurar la identidad del papel donde está escrita y consignada la voluntad del testador; y esto se consigue por el medio indicado, evitándose en lo posible los fraudes que pueden cometerse en los testamentos de extrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiere un intérprete autorizado por el gobierno, deberá buscarse con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es cuando otra persona cualquiera inteligente en la lengua del testador hará sus veces. El interesado en la herencia solicitará que se traduzca esta disposicion, que los testigos reconozcan sus firmas y depongan lo que pasó ante ellos, y que el juez la declare por testamento. Es verdad que los testigos no podrán serlo de lo que no entendieron, pero servirán sus dichos para probar que no se cometió fraude alguno antes ni despues del otorgamiento.

19. Por dos razones no puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero. La primera, porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibicion

de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el senadoconsulto livoniano (\*), y el escribano hace veces en él de dos testigos. La segunda, porque su aprobacion y autoridad se requiere esencialmente para su validacion; pero puede autorizar su testamento cerrado y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio á nadie daña (1). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos, y demas requisitos prescritos por la ley cuando no concurre escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizara en cédula (á cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño); porque la fe y autoridad que se da al testamento no consiste solo en que el testador permita que un tercero se instituya ó escriba por su heredero, sino en que lo presencién los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro cualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo, y observando la solemnidad y formalidad prevenidas por derecho, porque en el escribano concurren dos conceptos, uno público y otro privado, y puede usar de ambos en un mismo acto, como tambien separadamente, ó en distintos, de cada uno (2).

20. Se duda si en el testamento ó en otra última disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el escribano dé fe del conocimiento del testador, ó bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley recopilada (3). Algunos autores dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de la última voluntad que el testador tiene potestad de revocar hasta su muerte. (R)

\* Aunque la prohibicion del senadoconsulto livoniano no está adoptada expresamente en ninguno de nuestros cuerpos legales, se halla admitida en la práctica por nuestros tribunales superiores. Véase á Elizondo *Práctica univers. for.* tom. 3. num. 3. pag. 80. *Febrero reformado.*  
1 *Fragoso de regimine Reipublica,* part. 1. lib. 5. disp. 13. §. 11. num. 314 y

sig. *Molin. de justit. et jur.* tit. 1. disp. 125. unum. 2, 3 y 5.

2 *Ang. l. in y. Idem juris,* num. 32. *Instit. de excepcion.* Parliad. lib. 2. *Rer.* cap. 20. num. 23.

3 *Ley 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Matienz.* en la 2. tit. 4. lib. 5. *Rec. glos.* 7. num. 6.

21. Mi dictamen, conformándose con el de estos autores, es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aun cuando la ley 54. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: *é debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quién son, é de qué lugar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño*, y la 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no la haga ni reciba, á menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de donde son vecinos, y que si las conociere dé fe de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia á los contratantes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contratan, que no al escribano, pues este no sirve de otra cosa que de autorizarlo y ordenarlo conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo: *que lo otorgaron asi y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fe de ello, parece que á nada mas estará obligado; y si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se da por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni resultará cargo contra el escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Si esto procede en los contratos, con mas razon debe tener lugar en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero, por lo cual aunque carezca de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas ni otra alguna, y seria cosa durisima que por no contenerlos fuese nulo el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad y descargar su conciencia.

22. Esta opinion se funda ademas en que si alguno de dichos requisitos fuera sustancial y de esencia para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida que tratan de su ordenacion y solemnidad (1); no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos (2). Por estas razones soy de sentir, y acon-

1 Leyes 1 y 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. 193. tit. 18. Part. 3.

2 Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.

sejo al escribano, que aunque no conozca al testador, ni haya quien le conozca, no deje de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fe de su conocimiento, ya sea en contrato ó última disposicion, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño, basta que lo haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

23. Sin embargo de que los religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir y retener bienes temporales, y de ejercer por sí ninguna accion civil, como no se les prohibe admitir para uso y sustento las limosnas de los fieles, para evitar que no extendiendo, como corresponde atenta su regla, las cláusulas de herencias y legados que les dejen, queden privados de ellos, debo advertir al escribano, que si los legados son de trigo, cebada, aceite, vino ó bienes muebles, de los que pueden usar lícitamente en propia especie para su sustento, ó para otra cualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa; sábanas, mantas, colchas y colchones para la enfermería; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerto para su uso &c., valen, ya se hagan á los conventos ó á cualquiera de sus religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una vacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas ú otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos ú otros derechos perpetuos, y se las dejan *para que las posean y usen, ó las vendan por sí mismos, y con su producto remedien sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y asi para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del testador deje de cumplirse, ha de extender la cláusula en esta forma: *mando que tal cosa (la que sea) se dé al síndico de tal convento de San Francisco, para que en nombre de la silla Apostólica, ó en el mio, la trueque, venda ó enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus religiosos; cuya manda y limosna le hago en los términos, via y forma que mejor haya lugar en derecho, á efecto de que no caduque, antes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les deseo*. Tambien puede mandar el testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el síndico, dándoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto á la mendicidad

apostólica; por cuya razon no pueden admitir herencias ni legados dejados en otra forma, segun lo tienen declarado varios Sumos Pontífices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de débitos que el testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los religiosos ó á sus conventos. Y si quiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les deja para la sacristia ó culto divino, ya sea ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo cual tendrá presente el escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permitiere, con religiosos de la orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles: y para mayor seguridad podrá ver el manual de escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo manual trae extendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

24. Estan persuadidos los escribanos que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente en los mismos terminos que su ascendiente, y bajo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber, en esta forma: *instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera parte de todos mis bienes, para que los hayan y hereden &c.*; pero no solo es un error hacer la institucion en estos terminos, sino llamarle heredero al legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legitimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6, la cual, aunque no habla sino de descendientes, se debe extender á los ascendientes, porque la ley 6 de Toro manda que sean sus herederos legitimos y les sucedan igualmente *ex testamento* y *ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, cuando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente estimándose por no hecho el testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre legatarios no hay derecho de acrecer, á menos que el testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere antes que el testador, ó acaece otro

motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas (1); con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legitimo y legatario extraño. De consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *legatario*. El tercio en este caso es legado; y mejora entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los legatarios bajo el nombre de herederos.

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

## CAPITULO VIGESIMOSEPTIMO.

De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas.

- §. 1. ¿Que cosa es renunciación?
  2. ¿En que conviene con la cesión, y en que no?
  3. ¿En que concuerda con la repudiación, y en que se diferencia?
  4. ¿De cuantas maneras son las renunciaciones?
  5. ¿Que son renunciaciones extintivas ó abdicativas?
  6. ¿Cuándo se dicen reales y cuándo personales?
  7. Del origen de la legislación de las herencias de los monasterios.
  8. De aquí se derivó la sucesión de los religiosos en los mayorazgos.
  9. Disposiciones de la legislación Goda sobre esta materia.
  10. Disposiciones de los Fueros Viejo y Real.
  11. Disposiciones de las leyes de Partida.
  12. Los conventos no son herederos de los parientes de los religiosos profesos que fallecen intestados.
  13. ¿Que debe observarse acerca de los bienes que posee un novicio antes de profesar?
  14. Para dejar el novicio sus bienes al monasterio necesita licencia de todos sus herederos forzosos.
  15. Disposiciones del santo concilio de Trento en esta materia.
  16. La renunciación abdicativa ha de ser de presente y de futuro.
  17. En ella debe trasladarse inmediatamente el dominio al renunciatario.
  18. Este contrato puede afianzarse por medio del juramento.
  19. Preveniones que puede hacer el novicio acerca de su renunciación.
  20. El contrato ó pacto de sucedendo es nulo.
  21. Las renunciaciones corroboradas con juramento son irrevocables: mas solo pueden perjudicar al que las hace.
- Escrituras concernientes á este capítulo.*
- 1.<sup>a</sup> Diligencia primera sobre pretension á entrar religiosa, que llaman tratado primero.
  2. Escritura de recepcion, en la cual se inserta copia de los tres tratados y la licencia del superior.
  3. Renunciación de monja.
- Notas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>*

1. La renunciación es un acto voluntario por el cual el que lo ejecuta, abdica y separa de su persona el derecho ó privilegio

que actualmente le compete ó puede competirle en lo sucesivo. Puede hacer renunciaciones el que está en aptitud de testar, tratar y contratar, y esta facultad se limita á los casos, personas y derechos expresados en las leyes, de modo que la renunciación de un derecho no se extiende á otro, aunque sea acerca de la misma cosa, ni puede perjudicar á tercero.

2. La renunciación conviene con la cesión en que se requieren para su validez las mismas cláusulas, y en que en una y otra hay desprendimiento de algun derecho; pero se diferencian en que para la cesión han de concurrir necesariamente la voluntad del cedente y la del cesionario, y además justa causa para que se transfiera el derecho cedido, en vez de que la renunciación solo pide la voluntad del renunciante con la cual se perfecciona. También se diferencian en que el fin y efecto esencial de la renunciación es la privación y abdicación espontánea del que la hace; y el de la cesión es la traslación del derecho á la persona del cesionario por la justa causa que obliga á hacerla (1).

3. También es especie de repudiación; pero se diferencia en que esta recae sobre derecho recientemente adquirido por gestión ajena, y la renunciación puede ser de los que tengamos por nosotros mismos, ó esperemos tener en adelante. En la renunciación nos desprendemos, y en la repudiación no admitimos (2).

4. Las renunciaciones unas son *traslativas* ó *trasmitivas*, y otras *abdicativas* ó *extintivas* (3). Se llaman *traslativas* las que comprenden los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos, y se le han deferido, los que por una especie de donación ó cesión implícita transfieren en el renunciatario, y de consiguiente se presupone un derecho radicado, y una adquisición á lo menos intelectual y momentánea en la persona del renunciante, de donde se deriva, y por su representación pasa á la de aquel á cuyo favor se constituye la renunciación, al cual aprovecha solamente (4). Estas renunciaciones ó repudiaciones, que por lo regular se constituyen con cesión de derechos, mas son cesiones que renunciaciones, respecto de que en nada se diferencian de la cesión.

5. Por extintivas ó abdicativas se gradúan aquellas en que el renunciante, que nada cierto y determinado da ni transfiere de

1. Gallerato de renunciacion. cap. 4. num. 5, 6 y 26.

2. Gallerato ibid. cap. 2. num. 2 hasta el 40.

3. Card. de Luc. de renunciacion. disc. 1. num. 5. disc. 3. num. 7. y en la Summ. nam.

12 y 15. Olea de cession. jur. tit. 1. quest. 2. num. 15 y sig. Donadeo tom. 2. cap. 49. dicho, num. 143. Nogueroi allegat. 6.

4. Card. de Luc. disc. 1. y num. 5. dichos, y disc. 7. num. 2.

presente en el renunciario porque nada tiene ni posee, aparta para siempre de su persona cualquiera derecho que en lo futuro le pueda venir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna, que se le estime como no existente en el mundo; y por consiguiente que aunque esté vivo, no se le contemple ni tenga por parte en las sucesiones *ex testamento* y *ab intestato* que puedan recaer en él, antes bien se defieran y pasen á sus inmediatos parientes. Estas son las propias y verdaderas renunciaciones, porque por ellas se induce y verifica una simple y nuda privación, exclusión y absoluto desapropio y desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos, sin trasferirlos ni cederlos á persona determinada (1). De estos principios se deduce que una misma renuncia puede ser traslativa y tambien adjudicativa ó extintiva á un propio tiempo con diversos respectos. Traslativa en cuanto á los bienes y derechos que el renunciante tiene adquiridos, se le han deferido, y le pertenecen cuando la constituye, lo cual es verdadera repudiación de ellos: y abdicativa ó extintiva por lo concerniente á los que al tiempo de renunciar no tiene adquiridos; pero pueden corresponderle en lo sucesivo por causa de presente ó de futuro (2).

6. Se subdividen en *reales* y en *personales*. Son reales las que el renunciante formaliza movido no por atención y efecto á ciertas y determinadas personas, sino por un motivo general y absoluto, y por un eficaz deseo de desprenderse, desapropiarse y abdicar ó apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene y en él pueden recaer en lo sucesivo *ex testamento* y *ab intestato* de parientes y extraños, ya sea con la mira y objeto de servir mejor á Dios, ó por otra causa absoluta y universal. De suerte que por estas renunciaciones se abdicar y desprende el renunciante de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, y de la esperanza de ellos, y los traspasa en el renunciario tan plena y eficazmente, que aunque este muera intestado, y aquel viva, no reviven ni vuelven á él, excepto que intervenga nueva causa y derecho, ó que cese la de la renuncia; ni tampoco pasan á otra persona ni comunidad por su representación, ni estas tienen el mas leve derecho á ellos (3). Por personales se entienden las que se constituyen en contemplación y á favor de una ó mas personas ciertas y determinadas, á las que se restringen y limitan en tanto grado, que faltando estas antes

1 Olea quest. 2. cit. num. 17 y 18.  
Card. de Luca ibi, num. 5. dicho.

2 Card. de Luca. *de renunciat.* disc. 6.

num. 13.

3 Galler. *de renunciat.* lib. 2. cap. 5. y otros que cita.

que el renunciante, y habiendo aptitud y capacidad en este para adquirir entonces, hace suyos otra vez los bienes que ha renunciado, y la renuncia queda inutil é ineficaz en este caso, como si no la hubiera constituido, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, excepto que en ella disponga otra cosa (1); por lo que conviene que manifieste claramente su voluntad, á fin de evitar siniestras interpretaciones y decisiones arbitrarias. Todas las expresadas renunciaciones pueden ser hechas por causa de presente y de futuro, como las cesiones, con las que se confunden en la práctica y comun inteligencia, y por consiguiente se puede renunciar, al modo que ceder, el derecho de futuro con causa de futuro, y la esperanza de él; pero para que este derecho se realice y sea efectivo, es indispensable que el renunciante tenga la capacidad y aptitud referidas al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ellas, ó está muerto civil ó naturalmente, así como no puede adquirirlo, tampoco puede transmitirlo á otro por las razones que expondré hablando de las cesiones.

7. Supuestas las acciones y derechos que pueden ó no ser cedidos y renunciados (de que se hablará tratando de las cesiones), y las clases de renunciaciones que los autores distinguen, antes que explique las solemnidades que hoy son indispensables en las que otorgan los que entran en religion, tengo por necesario decir alguna cosa acerca del origen que tuvieron las herencias y sucesiones respecto de los monasterios y de los religiosos. Las iglesias en tiempo de Constantino podian adquirir bienes *ex testamento*; pero no consta que sucediesen *ab intestato* hasta una época muy posterior (2). Por varias leyes del código de Justiniano aparece que el que entraba en religion podia disponer de sus bienes antes de profesar del modo que gustase, y que si no lo hacia ni tenia hijos, los adquiria el monasterio, perdiendo por la profesion la facultad de testar: que teniendo hijos, y no habiéndoles dejado su legitima, podia testar á su favor despues de profeso, con tal que dejase á beneficio del monasterio la parte correspondiente á uno de los hijos, pues por tal se reputaba: que por el hecho de entrar en religion no podian los padres desheredar á su hijo, debiendo dejar salva su legitima en la que sucedia tambien *ab intestato* (3).

8. De estas disposiciones del derecho romano se derivó sin

1 DD. supra citat.

2 Ley 1 Cod. *de sacros. Eccles.*

3 Ley 55, y Authent. *Nunc autem.* Cod.

*de episcop.* Nov. 5. cap. 5. 76. cap. 1. y 123. cap. 38. Authent. *Si quæ mulier.* Cod. *de sacros. Eccles.*

duda la práctica observada hasta ahora en nuestros tribunales de admitir á los monges profesos á la sucesion en los fideicomisos y mayorazgos, cuando expresamente no los excluye el fundador, ni tienen servicio anejo incompatible, si bien no falta quien les niegue con mucha razon esta capacidad. Pero aun cuando la tengan, no debe inferirse de esto que pueden suceder *ab intestato* en los bienes libres. En los mayorazgos se atiende principalmente á la voluntad del fundador, quien puede excluir ó no á los monges; pero en las sucesiones *ab intestato* se ha de atender á la ley, la cual interpretando la voluntad del difunto, presume que no querría instituir á un individuo que se reputa por muerto para el siglo, y menos á un extraño, con preferencia á sus parientes, cual es el monasterio, en quien para siempre habria de radicarse la sucesion. Por testamento no es lo mismo, pues no hay entrada á dicha presuncion cuando consta que el testador ha querido que herede el monge, y por consiguiente el monasterio por la incapacidad de aquel. En la sucesion al mayorazgo es tambien menor el inconveniente por quanto su posesion acaba con la vida del monge, y pasa á quien toca segun los llamamientos, en vez de que la herencia *ab intestato* quedaria para siempre como propiedad del monasterio.

9. La primera ley que se observó en España (pues nunca tuvo en ella vigor el código ni las novelas de Justiniano) en esta especie de sucesiones es la de Leovigildo (1) que dice así: *los clérigos é los monges é las monjas que no han heredero asta séptimo grado, é que non mandan nada de sus cosas, la iglesia á quien servian lo debe haber todo*. De ella se infiere que la iglesia ó monasterio no pueden heredar *ab intestato* de un monge que tiene parientes dentro del séptimo grado; y que no pudiendo en este caso suceder al monge, menos podrán heredar á sus padres y parientes. Posteriormente Recesvinto y Egica volvieron á mandar la exclusion del monasterio en competencia de los parientes (2), y esta disposicion fue constantemente observada en estos dominios, confirmada por varios reyes, y recordada en 1778 á la chancillería de Granada para la decision de los negocios de esta naturaleza (3).

10. Además de las leyes citadas hay otras muchas, como la 2. tit. 2. lib. 5 del Fuero Viejo, la 10. tit. 5. lib. 3 del Fuero Real, la 11. tit. 6. lib. 3., y la 1. tit. 6. lib. 4 del mismo, todas

1 Ley 12. cit. 2. lib. 4 del Fuero Juzgo.

2 Lejes 2 y 3. tit. 5. lib. 3 del Fuero

Juzgo.

3 Real cédula de 15 de julio de 1778.

las cuales inculcan la exclusion de los monasterios en las herencias de los religiosos en concurrencia con sus parientes, y los códigos que las contienen estan en todo su vigor, como verdaderos cuerpos de leyes patrias en lo que no han sido derogadas por otras posteriores.

11. En las Partidas, que por lo general adoptaron el derecho romano, no hay tampoco ley alguna que conceda á los monasterios el de suceder á los parientes del monge *ex testamento* ni *ab intestato*, ni á este en otros bienes que los que tenia al tiempo de profesar (1). Pero aun cuando hubiera ley que lo mandase nada importaria por quanto dichas leyes no derogan las anteriores y peculiares de estos reinos, antes bien se debe juzgar primero por estas que por aquellas, segun el orden que establece la ley 1 de Toro, en que está inserta otra del Ordenamiento de Alcalá que previene lo mismo (2). Verdad es que algunos autores deseosos de favorecer á los monasterios se han empeñado en sostener doctrinas extrañas, las cuales no deben seguirse por carecer de fundamentos sólidos, y ser contrarias á nuestra legislacion; y mucho menos desde que se expidió la citada Real cédula de 15 de julio de 1778, que no deja la mas leve duda.

12. En consecuencia de quanto queda sentado es evidente que los conventos capaces de adquirir no son herederos de los parientes de sus religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, no obstante que estos al tiempo de hacerla hayan renunciado á favor de aquellos las futuras sucesiones, y tampoco de los padres y demas ascendientes que sobreviven á dicha profesion, y fallecen intestados. La razon es porque despues de profesar, como estan muertos para el mundo, carecen de capacidad de adquirir, y por consiguiente de transmitir á sus conventos lo que no tienen ni jamas ha sido suyo: lo que no sucede con los que viven en el siglo, cuyas renunciaciones son válidas por ser capaces de adquirir bienes, y de transmitirlos á otros. Contra el tenor de las leyes citadas no bastará alegar las razones cavilosas, y subterfugios que han inventado los autores que siguen otra doctrina, ni los particulares estatutos de los monasterios que no tienen fuerza alguna contra las leyes, y solo pueden regir con respecto á los bienes que les leguen ó donen, por ser visto ser donados ó legados al monasterio. Tampoco pueden ser herederos por testamento, teniéndolos el testador legítimos; ni este puede legarles mas que el remanente del

1 Ley 17. tit. 1. Part. 6.  
T. 1.

2 Ley 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Res.  
73

quinto, aun cuando sean hijos suyos, pues aunque por la muerte legal é incapacidad de adquirir del religioso, se conceptúe (la cual no es mi opinion) que se entienden hechos los legados al monasterio, este es un extraño, y como tal no puede ser beneficiado en mayor cantidad en concurrencia de herederos legítimos.

13. Por lo respectivo á los bienes que el novicio posee como propios al tiempo de profesar, hay que hacer una distincion: si el novicio carece de herederos forzosos, puede reservarse en la renuncia el todo ó parte de los frutos de los bienes que entonces posee, para subvenir á sus necesidades religiosas, pues no le está prohibido, ni tampoco el poseerlos precariamente con licencia del prelado, con la cual parece que se salva el voto de pobreza. Tambien puede mandar que despues de su vida pasen dichos bienes en propiedad y usufructo á la persona ó personas que nombrare, ó bien á su convento si fuere capaz de adquirir; ó distribuirlos en legados ó fundaciones, como si fuera por testamento, pues el acto de su renuncia equivale en sus efectos á la última voluntad. Pero si tiene descendientes ó ascendientes legítimos, se debe arreglar en los reinos de Castilla á las leyes 6. y 28. de Toro, en los mismos términos que si hiciera testamento; y de no practicarlo así será de todo punto ineficaz la renuncia en su comunidad, como se sentenció en pleito habido ante el Consejo en 5. de octubre de 1772, y en otro exemplar ocurrido posteriormente, en que confirmó el mismo Supremo tribunal con fecha de 17. de octubre de 1787 el fallo del teniente de la villa de Madrid Don Juan Antonio de Santa María.

14. En primer lugar para disponer los ascendientes y descendientes novicios á favor de sus conventos ó de otras personas parientes ó extrañas de todos los bienes que poseen, y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son sus herederos forzosos, la que pueden concederles estos en la misma renuncia, concurriendo á ella, ó en instrumento separado; y no concediéndosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente del tercio ó quinto de ellos, segun las leyes citadas: no renunciando así se anulará en el todo la renuncia por la infraccion de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufructo sin su licencia: porque toca, como la propiedad, á sus legítimos herederos. El dominio de esta es el que presta título para la adquisicion de frutos; y si por estar muertos civilmente despues de profesos, tienen imposibilidad legal de adquirirlos, si expresamente no se lo permiten los herederos, la tienen por consiguiente de transmitirlos; y así son

por todo derecho de sus ascendientes y descendientes, los cuales pueden testar y disponer de ellos, del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ó nunca los habieran tenido. No disponiendo, pasarán á los existentes en el siglo que abintestato deben heredarles, y no á sus conventos; no obstante que los religiosos vivan. De los que no poseen, ni se les han deferido, de ninguna manera pueden disponer en propiedad, ni reservarse su usufructo total ni parcialmente, sin embargo de que tengan esperanza de que á existir en el siglo recaerian en ellos, porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos, si no se los dejan sus dueños para sus urgencias: y así aunque el hijo novicio tenga á su padre loco ó fatuo no puede disponer de los bienes de este á favor de su madre, ni de otro, para en el caso que muera en su demencia, despues de profesado, por no ser suyos; pues por estar demente no le privan las leyes de su dominio sino solamente de su administracion, ni lo conceden á su hijo, por lo que pasarán á los que abintestato deban heredarle falleciendo en ella, y no á su viuda, ni á su madre, porque esta ningun derecho tiene á ellos, ni el hijo puede trasmitirselo á causa de no haberlo adquirido viviendo su padre. Finalmente todas las dudas y dificultades que algunos letrados menos instruidos pudieran poner en apoyo de la sucesion abintestato de los religiosos y sus monasterios se desvanecen del todo con lo dispuesto en la pragmática de 6. de julio de 1792 (ley 17. tit. 20, lib. 10. Nov. Rec.), que deberán tener presentes los escribanos para instruir á los renunciantes, y no cometer absurdos ni exponerse á sonrojos judiciales.

15. El santo concilio de Trento, que arregló todo lo concerniente al ingreso y profesion religiosa mandando que el varon tuviese catorce años cumplidos y la muger doce; que precediese á la profesion un año de noviciado, y que esta no se les diese hasta haber cumplido diez y seis de edad; que las dotes no se entregasen hasta haber profesado la novicia, y que un mes antes de espirar el año de probacion explorase el ordinario la voluntad de aquella y en seguida le concediese licencia, como se puede ver en la sesion 25; trató tambien de las renunciaciones, disponiendo que los novicios y novicias (ya fuesen mayores ó menores de veinte y cinco años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, precedida la licencia del ordinario diocesano, ó de su vicario, y que hasta que hubiese profesado, ningun efecto sur-

tiesen, aunque se corroborasen con juramento, y contuviesen renunciacion expresa de este auxilio; cuya nueva forma mandó observar inviolablemente bajo la pena de nulidad (1). Pero no anuló las hechas con la referida licencia dentro de los dos meses del año contado desde el dia de su ingreso en el convento, no obstante que despues de cumplido se difiriese mucho ó poco tiempo la profesion, ni las donaciones, testamentos, ni otras últimas voluntades formalizadas antes de entrar en religion sin la citada licencia, sino solamente las renunciaciones hechas despues de haber tomado el hábito; y asi para la validacion de estas, y no para las demas, es indispensable observar la forma que prescribió (2). Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes respectivas de cada reino ó provincia, en cuanto al modo de suceder, y heredarse los ascendientes y descendientes legítimos, y los parientes de los religiosos, ni en esto se mezcló, por ser peculiar, y privativo de la potestad secular, y estar sujeto como profano á las leyes civiles y reales; por lo que en los reinos de Castilla y Leon se debe observar lo que queda sentado.

16. Siendo real, abdicativa y extintiva la renuncia, han de renunciar los que la hacen, ya sean ó no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen, y se les han deferido entonces (y si son ascendientes y descendientes sus legítimas), sino tambien los que por cualquier título, causa ó razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo *ex testamento* y *ab intestato* de parientes y extraños por causa de presente y de futuro, á lo que llaman *futuras sucesiones*; pues para que estas se entiendan comprendidas en la renuncia, es preciso que se especifiquen; y de omitirse, no se estimarán incluidas en ella, ni en lo general de legítimas y de otros bienes y derechos, porque como es de riguroso derecho, debe interpretarse estrechamente, y limitarse á lo que literal y expresamente contiene.

17. Igualmente han de conceder facultad al renunciatario para que luego que se verifique su profesion (si son religiosos, y no siéndolo, desde aquel instante, ó desde el dia que señalen), disponga de los bienes renunciados, como dueño propietario y absoluto, por contrato ó última voluntad, del mismo modo que si los renunciantes murieran naturalmente, expresando que si el renunciatario falleciere antes que estos sin testar, pa-

1 Conc. Trident. sess. 25. cap. 16 y 19. de regul.

2 Gallien. in Declar. ad Conc. sess. 25. cap. 16. de regul. Card. de Luc. de re-

num. disc. 1. num. 15. Gallerat. de renunt. lib. 3. cap. 7. num. 7 al 9. et communiter DD.

sen los bienes á los que abintestato deben heredarle, con cuya expresion se evita la duda y disputa de si la renuncia fue traslativa personal, ó real extintiva; de si hubo ó no caducidad; de si por esta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben ó no hacer reversion los bienes á los renunciantes. Y si quisieren que sea traslativa personal, explicarán su voluntad con tal claridad, que no dé lugar á siniestras interpretaciones, pues con lo explicado bastante luz tiene el escribano para instruirlos y proceder con discernimiento de casos.

18. Por ser este contrato, como de enagenacion, uno de los que la ley permite ligar con juramento (1), no solo pueden interponerlo en él los menores de veinte y cinco años, sino tambien los mayores de ellos, y obligarse bajo de él unos y otros á haber por firme la renuncia, y no revocarla ni reclamarla total ni parcialmente, ni oponerse á su tenor con pretexto de menor edad (si fuesen menores), lesion en sus legítimas (siendo ascendientes ó descendientes, pues no siéndolo, no viene al caso hablar de ellos) ni miedo reverencial (si hay motivo para tenerlo) ni dolo ni violencia para renunciar en aquellos términos, ni con otro motivo sea el que fuere, sin la mas leve excepcion ni reservacion; y asi conviene que se interponga á fin de que sea estable, y no pueda el renunciante revocar por otra la renuncia, como ya se ha visto, ni alegue que es pacto de no suceder, que por derecho está reprobado; porque con el juramento se le da vigor y firmeza. Pero el hijo que estando bajo la patria potestad entra en religion no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como algunos poco instruidos creen, porque para este efecto se le contempla fuera de ella, y le habilita el derecho para disponer de su persona, y asi basta la licencia del ordinario diocesano que es su juez.

19. Puede prevenir en la renuncia el novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entonces posee, en los casos de que pase de aquella religion á otra igual ó menos estrecha, ó le den obispado, ú otra dignidad, ó en el de que se secularice con dispensacion; bien que en este caso puede disponer libremente con arreglo á las leyes de estos reinos, ya haya renunciado á favor de su convento, ó profesado sin renunciar; pero por si este resiste de volverle sus bienes, alegando para su retencion razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia á su favor se exprese que la hace para que sea dueño

1 Ley 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

de ellos si falleciere en aquella religion, y no de otra suerte, pues si saliere de ella despues de profeso por enfermedad ú otro motivo, sea el que fuere sin excepcion, se los ha de volver y restituir incontinenti integramente, á cuyo fin le constituye poseedor precario, y le prohíbe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos mientras viva. Prevendrá tambien, renunciando á favor de su convento, lo que se ha de practicar en caso que este se suprima, ó se extinga la religion; ó cuando el renunciatario no quiere admitir la renuncia; ó siendo esta traslativa y personal, si los bienes renunciados han de volver al renunciante ó á quien, muriendo el renunciatario testado ó intestado antes que él, ya esten ó no en poder de este, y resolverse por consiguiente la renuncia, ó pasar á los herederos que el renunciatario haya instituido ó deban heredarle abintestato. Y se advierte que el renunciante puede conceder facultad al renunciatario extraño para disponer libremente á favor de quien quisiere en vida y muerte de los bienes que posee, y le cede, aunque este tenga legítimos ascendientes ó descendientes, sin estar sujeto en cuanto á ellos, á las leyes que le obligan á dejarles los que le pertenecen cuando fallece; é imponer, como donante, al que no sea su heredero forzoso, los gravámenes y condiciones posibles y honestas que le parezca, pues no siendo opuestas á derecho, debe cumplirlas.

20. Es nulo, aunque se autorice con juramento, el contrato por el cual una persona pretende adquirir la futura sucesion de los bienes de otra, que llaman pacto de *succedendo*: y la razon es porque cede en detrimento de tercero, induce á insidiar la muerte de la una, se opone á las buenas costumbres é impide la libertad de testar, excepto entre los soldados cuando van á entrar en batalla. Paso á tratar si el que contiene el pacto contrario que es de *non succedendo*, por el cual el hijo ú otro descendiente agnado ó cognado, que tiene derecho de heredar á su ascendiente ó consanguíneo abintestato, se abstiene ó renuncia la sucesion de sus bienes, valdrá ó no; y digo, que aunque padre é hijo son dos personas realmente distintas segun la naturaleza, se estiman como correlativas por una en el concepto legal para los actos civiles; y así estando el hijo bajo de la patria potestad, se le permite celebrar con su padre contratos de peculio castrense y cuasicastrense solamente (1). Digo tambien que el pacto ó renuncia que hace de sus legítimas y futuras

1 Leyes 2. tit. 5 y 6. tit. 11. Part. 5. y 8. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

sucesiones, ya se halle ó no en el dominio paterno, está reprobado por derecho, y como tal es nulo. Lo cual se entiende, no obstante que lo haga por causa onerosa, quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente ó consanguíneo, á quien debia heredar, en premio y compensacion ó remuneracion de la renuncia (1).

21. Pero si la renuncia se corrobora y liga con juramento, será firme é irrevocable, porque este hace válido el contrato que sin él puede revocarse, si no se convierte en detrimento de tercero, ni es contra las buenas costumbres (2), como en el presente sucede; por lo que el hijo que renuncia con juramento la herencia de su ascendiente, se constituye extraño de la sucesion, pierde el derecho de disponer libremente de sus bienes como dueño de su persona, y no se le debe la legítima, ni puede romper ni decir de inoficiosidad ni nulidad del testamento de su padre ó ascendiente que le preterió, porque la accion de alegarlas se regula por el derecho de suceder *ab intestato*, del que carece por la renuncia jurada (3). Lo propio milita con la licencia jurada que los legítimos ascendientes conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene á ser renuncia que hacen de la legítima que por su previo fallecimiento les puede corresponder, ó pacto de *non succedendo*, porque versa no solo identidad sino mayoría de razon (4), sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar esta licencia ó renuncia, porque carecen de accion *ex testamento* á los bienes de su hermano. Y aunque los hijos por lo que tienen de sus bienes segun la naturaleza, y por la probable esperanza de heredarlos, como que es regular le sobrevivan, se reputan en derecho cuasi dueños de su hacienda, se entiende de la que dejan propia cuando fallecen, mas no de la que no adquirieron pudiendo, pues no deben ser compelidos á su adquisicion. A mas de que el derecho no deferido se puede renunciar por pacto, el ascendiente puede renunciar todo lo que está establecido en su privativo beneficio, y dejar de adquirir y consumir lo que adquirió, y el que sobreviva á su descendiente es eventual. Por estas razones, y porque sin embargo de que sucede á su hijo por derecho positivo y hereditario no se le debe por tantos

1 Gom. en la 22 de Toro, num. 1. fin. Gutierr. de juram. confirm. part. 1.  
2 Gom. ibi, num. 6 y 7. Covarr. y cap. 19 num. 2. et in cap. *Quamvis pactum*, num. 12, 39, 44 y 50. P. Molin. disp. 579.  
3 Gom. en dicha ley 2. num. 9.  
4 Molin. de primog. lib. 2. cap. 3. num.

útilos su legitima, como á este la suya (1), surten efecto, y se admiten llanamente en los tribunales estas licencias ó renunciadas juradas de ascendientes á sus descendientes legitimos. Pero se advierte que perjudican única y singularmente al que las da, y no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho á todos los bienes de su legitimo descendiente, los que percibirá íntegramente siendo solo, y lo que toca singularmente á muchos debe ser aprobado por todos juntos ó separados (2); lo cual no es necesario cuando les compete universalmente, v. gr. á una comunidad, pues basta que lo apruebe la mayor parte de los que la componen; y así para que todos los que tienen derecho próximo á heredar al descendiente, sean excluidos por la licencia ó renuncia jurada de suceder en sus bienes, se la han de conceder simultánea ó separadamente, y de no intervenir en su concesion, lo será solamente el que la otorgue. Acerca de estos pactos, el *de futura successione conservanda*, que es válido, y de otros particulares, véase á Gomez en la ley 22 de Toro, y á los que cita, pues por no ser propia del escribano esta instruccion omito explicarlos.

*Escrituras concernientes á este capítulo.*

1.<sup>a</sup> TRATADO PRIMERO DE MONJAS.

Estando en el locutorio bajo del convento de Santa Catalina, orden de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, comparecieron de la parte de adentro de la reja las madres Sor Francisca de tal, abadesa, Sor Ana, vicaria, Sor Antonia, Juana y Eustaquia, discretas, y Sor Fulana, Fulana y Fulana &c., todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en este convento, por sí, y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir á este acto, y en lo sucesivo lo fueren, por quienes prestan voz y caucion de que habrán por firme todo lo que aquí se contendrá, bajo de expresa obligacion que á ello hacen de los bienes y rentas presentes y futuras de este convento; y estando juntas y congre-

1 Covarr. incap. *Quamvis pactum*, part. decis. 252. num. 3. Gallerat. decis. 31. num. 18.

2 Felin. num. 15. de *constitut.* Capic.

gadas, segun lo tienen de costumbre cuando han de conferir las cosas concernientes al servicio de Dios y utilidad de este convento, propuso la referida abadesa á las demas que Don N. de tal, vecino de tal parte, tiene una hija llamada Narcisa, de tanta edad, la cual quiere ser religiosa de coro y velo negro en este convento; que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado, en esta forma: (*Aquí se expresará en cuál, y á qué plazos la ha de pagar.*) y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija, ni tenerlo el citado convento á sus legítimas y futuras sucesiones, antes bien lo ha de renunciar todo en el mencionado su padre; y así las manda que vean si conviene ó no recibirla, y den su voto libremente: y enteradas, respondieron: que mediante estar informadas de la virtud y recogimiento de la enunciada Narcisa, y ser competente la dote que su padre ofrece, las parece útil y conveniente admitirla; pero que sin embargo lo reflexionarán mejor, y resolverán lo que sea mas útil, por cuya razon suspenden por ahora dar su voto decisivo: así lo dijeron y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

*Nota.* Con arreglo á este tratado se han de extender los otros dos, haciendo relacion del primero en el segundo, y de ambos en el tercero, en el cual resolverán que se la dé el hábito y admita por religiosa, obligándose su padre á cumplir la promesa que hace á los plazos propuestos, y despues impetrarán la patente ó licencia de su superior, y todo se insertará original en la escritura de recepcion: y aunque en muchas partes de nada de esto se hace escritura, sino solo de la renuncia y entrega de la dote, lo extenderé para que sirva de modelo al escribano por si le ocurre.

2.<sup>a</sup> ESCRITURA DE RECEPCION.

Estando en la portería del convento de Santa Catalina, orden de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, las madres Sor Francisca de tal, abadesa, Sor Ana, vicaria &c., todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en él, por sí, y en nombre de las que estén legítimamente impedidas para concurrir á celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes prestan voz y caucion de que pasarán por el contexto de es-

ta escritura; dijeron que Don Fulano de tal, vecino de esta villa, en atención á la firme vocacion que desde su tierna infancia tuvo Doña Narcisa, su hija legítima, de ser religiosa de coro y velo negro en este convento, para servir mejor á Dios y á su Santísima Madre, solicitó con dicha madre abadesa se la recibiese por tal, á cuyo fin ofreció tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado, segun estilo, con tal que en el término prescrito por el santo concilio de Trento, y con la solemnidad que se requiere, renuncié á su favor sus legítimas y futuras sucesiones, cuya pretension hizo presente á las demas religiosas, quienes habiéndolo conferido entre sí, y hechos los tres tratados ordinarios, resolvieron unánimes admitirla, y de su deliberacion dieron parte al Ilustrísimo Señor Don N., obispo de esta diócesis, su superior, el cual en vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia, mes y año, refrendada de Don N. su secretario, que original con los tratados se une á esta escritura para documentarla é incorporar en sus traslados, y su literal tener es el siguiente.

*Aquí los tratados y licencia por su orden.*

Concuerdan los tratados y licencia insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fe: y las referidas religiosas, usando de la dicha licencia, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho = Otorgan que reciben por monja de coro y velo negro á la enunciada Doña Narcisa de tal, que está presente, y se obligan á que dentro de los dos meses inmediatos á su profesion renunciará á favor de su padre sus legítimas y futuras sucesiones, para lo cual formalizará la escritura correspondiente, y este convento la de aprobacion y ratificacion si fuere necesaria, y si por olvido ú otro motivo no se formalizaren, y profesare sin haber renunciado, desde ahora por lo que á este convento toca, la han por hecha y hacen las madres otorgantes con todas las firmezas legales: se desisten, quitan y apartan para siempre jamas del derecho y accion que á ellas podia tener este convento, y lo ceden, renuncian y traspasan íntegramente para siempre en el citado Don F., y en quien el suyo tenga y le sucediere; y le dan poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituyen procurador actor en su propio negocio, para que las goce, posea, use y disponga de ellas á su arbitrio, y de su importe, como de cosa suya adquirida con legitimo titulo, mediante que en

la aceptacion de esta escritura se ha de obligar á satisfacer á este convento á tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas y razones expuestas en su introduccion, con la que se dan las otorgantes y este convento por pagadas y satisfechas de la dote, ajuar, propinas y alimentos de la enunciada Doña Narcisa, y de todo cuanto la pueda corresponder por sus legítimas y futuras sucesiones asi por testamento como abintestato, y por contrato entre vivos de padres, parientes y extraños, por causa de presente y de futuro; y se obligan y á este convento, á no pedir mas con este ni otro pretexto al susodicho Don N., su padre, ni á sus herederos en tiempo alguno. Habiendo oido á la letra, y entendido esta escritura dicho Don F., dijo: que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este convento queda formalizada, y se obliga á satisfacerle en su consecuencia á los plazos expresados los tantos reales que ofreció á la madre abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la referida su hija, á cuya solucion y á la de las costas que por falta de puntual pagamento se le causen en su exaccion, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de estas en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, y le releva de otra prueba. Y todos por lo que les incumbe se obligan á no alterar, tergiversar, contradecir ni reclamar este contrato, ni alegar por sí ni por interpuesta persona excepcion alguna, aunque les sea admisible en juicio; y si lo hicieren, á mas de no ser oidos, quieren se les condene en costas, y que sea visto por el mismo caso haberlo aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato: á su cumplimiento obligan el citado Don Fulado sus bienes, y las referidas religiosas los de este convento, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer &c. *Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, renunciacion de leyes y del beneficio de menor edad y auxilio de restitution in integrum, que compete al convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato, y nada mas; pues la renunciacion de las leyes del senado consulto Velejano no viene al caso, por lo que dejo explicado.*

3.<sup>a</sup> RENUNCIA DE MONJA.

Estando en el locutorio bajo (ó puerta reglar) del convento de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Sor ó Doña Francis-

ca de tal, novicia de él, menor de veinte y cinco años, natural de tal parte, hija legítima de legítimo matrimonio de Don Fulano y Doña Fulana de tal, vecinos de la referida villa, dijo: que desde su tierna infancia deseó con ansia ser religiosa, y muchas despues que con el mayor uso de razon conoció los escollos y peligros mundanos que obstan para servir á Dios y llegar al estado de la perfeccion; y habiéndolo consultado con personas timoratas que aprobaron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre que está presente, pasó este á tratar con la madre abadesa de este convento, y la ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase á su favor el derecho que tiene y puede tener á sus legítimas y futuras sucesiones, asi por linea recta como transversal, por testamento y abintestato, de parientes y extraños, por causa de presente y de futuro, y por otro cualquiera motivo ó razon, y á su pago se obligó en este supuesto por escritura que otorgó en tal dia, mes y año, ante N., escribano; y precedidas las solemnidades acostumbradas, fue admitida por religiosa de coro y velo negro en este convento, el cual condescendió en todo con la propuesta de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del señor vicario general de esta diócesi, el cual se la concedió en tantos de este mes, referendada de N., notario de su tribunal, la que se une á esta escritura, á fin de documentarla, vigorizarla é incorporarla en sus traslados; y su literal tenor es el siguiente.

*Aqui la licencia del ordinario.*

Conviene la licencia inserta con la que está en el protocolo de esta escritura, de que doy fe; y usando de ella el otorgante, mediante estar dentro de los dos meses inmediatos á su profesion que prefiere el santo concilio de Trento, en la via y forma que mas lugar haya en derecho, de su libre y espontánea voluntad = Otorga que desde ahora para el instante en que se verifique su profesion, y desde este para siempre jamas, renuncia en el mencionado su padre todos los bienes, derechos y acciones que actualmente la pertenecen y pueden corresponder en adelante, asi por muerte de sus padres, como por otras herencias y sucesiones testadas é intestadas, legítimas y transversales, por legados y donaciones entre vivos, y por causa de muerte de parientes y extraños, por causa de presente y de futuro, y la esperanza de ellos sin limitacion ni reservacion, abdica, se desprende, des-

apropia, desiste, quita y aparta entera y absolutamente, y á su convento del derecho, título, propiedad, posesion, voz y recurso que á ellos tenia y podia tener y pretender; y este por su representacion, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutorias lo cede y trasfiere en el mencionado su padre, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador y actor en su misma causa y negocio, para que de su autoridad ó judicialmente, verificada que sea su profesion, tome y aprenda la real tenencia y posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le compete, y sin su intervencion los venda, cambie, enagene, use y disponga de ellos, como dueño, á su arbitrio, por contrato ó última voluntad á favor de parientes ó extraños, ó en otros destinos, sin estar sujeto en lo respectivo á los que la otorgante posee, y parte de ellos de que puede disponer, á las leyes de que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado á dejarlos á sus hermanos, ni estos adquirir el mas leve derecho á ellos, pues para esto le subroga en el que tiene y tendria si existiera en el siglo, careciera de herederos forzosos, y falleciera despues de su padre; y para que no necesite tomar la posesion, formaliza á su favor esta escritura, y me pide que de ella le dé las copias autorizadas que quisiere, con la cual, como legítimo, justo y verdadero título, sin otro acto de aprension ni aceptacion, ha de ser visto haberla tomado, aprendido y trasferidosele, y en el interin se constituye su inquilina, tenedora y precaria poseedora, pues con la dote que la ofreció, se da por contenta, pagada y satisfecha de todo cuanto por las razones expuestas la corresponderia á permanecer en el siglo, por lo que declara y confiesa no haber lesion alguna, y en caso que la haya, del exceso en poca ó mucha suma le hace gracia ó donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos con insinuacion y demas estabilidades legales, y á mayor abundamiento renuncia la ley 4. del tit. 7. lib. 5 del Ordenamiento Real recopilada, que trata de los contratos en que hay lesion, y los cuatro años que prefiere para pretender su rescision, ó el suplemento á lo justo, los que da por pasados como si lo estuvieran. Y se obliga á no revocar total ni parcialmente, ni alterar esta renuncia abdicativa, real, extinctiva, sin embargo de que para ello tenga excepcion legítima, propicia y admisible en juicio; y si lo hiciere, á mas de ser nulo y no deber oírsele ni admitírsela judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien condenársela en costas, ha de entenderse y estimarse por el mismo

hecho que la há aprobado; ratificado y formalizado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato; y no obstante que por enfermedad ú otro motivo se difiera poco ó mucho tiempo su profesion, no ha de ser necesario hacer nueva renuncia, porque esta es irrevocable é irrevocable, y por tal se ha de juzgar; por lo que aunque su padre fallezca intestado, ó intervenga nueva causa y derecho, ó cese la porque formaliza esta renuncia, no han de hacer reversion ni recaer en ella ni en su convento los bienes que posee, ni los que á estar en el siglo heredaría, sino pasar á los parientes que deban heredarla, para lo cual desde ahora se priva, excluye y aparta de nuevo, íntegra, perpetua y absolutamente, y á su convento de toda accion y derecho al todo y parte de ellos, y á la esperanza de los futuros: solemniza la renuncia abdicativa, real y exclusiva mas firme y eficaz en toda forma legal: quiere se supla, y da por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga: confiere amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer para que al cumplimiento y observancia de toda la compelan, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe: y renuncia las leyes de su favor con el auxilio de restitucion *in integrum*, que por ser menor la compete. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz como esta , que cumplirá exacta y literalmente todo cuanto deja prometido en esta escritura: que con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hija, con el de menor edad, con el de lesion en mas ó menos de la mitad de lo que por sus legitimas y futuras sucesiones la tocaria si sus padres fallecieran antes de profesar, y podria tocar en adelante, con el de pretericion y desheredacion, con el de dolo, sugestion, miedo, coaccion y respeto reverencial de su padre (pues ninguna de estas cosas interviene), ni con otro motivo, sea el que fuere indistintamente sin excepcion ni limitacion, no reclamará ni contravendrá á esta renuncia: que contra ella no tiene hecho ni hará protesta; y si pareciere, ú otra renuncia posterior, las revoca y anula: que de este juramento á ningun prelado eclesiástico pidió ni pedirá relajacion; y que aunque de motu proprio se le conceda, no usará de ella, pena de perjurya y de incurrir en las demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes; y hace un juramento mas que relajaciones pueden serla concedidas, para la perpetua estabilidad de este contrato, en virtud del que en quanto al efecto de heredar y suceder *ex testamento y ab intestato*, y á los demas civiles

quiere ser conceptuada y tenida desde su profesion en adelante por extraña y muerta naturalmente, pues por tal se constituye. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

*Nota 1.ª* Con arreglo á la renuncia anterior podrá el escribano extender todas las de religiosas novicias que se le ofrezcan; pero debe tener presente que no en todas ha de poner quanto en aquella contiene; por lo que si el renunciante no es menor, no ha de renunciar el beneficio de la menor edad. Si su padre no la da dote, nada se ha de tocar de ella. Si no tiene ascendientes, no viene al caso hablar de legitimas. Si carece de bienes propios, es necedad mencionarlos, y las expresiones y cláusulas á su posesion correspondientes. Si se gobierna por sí sin estar sujeta á otro, no hay motivo para hacer expresion del miedo y respeto reverencial &c.; pues el ponerlo todo en todas, es absurdo, y dar á entender mucha ignorancia y falta de discernimiento; y así para no ser graduado de necio, omitirá lo que no conduzca, y se arreglará á las circunstancias que concurran en la renunciante, y á lo que quiere renunciar, y términos á que se ha de circunscribir ó extender su renuncia; pues bastante instruccion tiene con lo que dejo explicado. Si la prelada asiste al otorgamiento, puede firmar la renuncia por sola su concurrencia; bien que para nada es necesaria, y así que concurra ó no, la misma validacion tendrá.

*Nota 2.ª* Las renunciaciones de religiosos novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote, ajuar ni propinas, ninguna expresion se hace de ellas.

*Escrituras concernientes á la materia de testamentos.*

- |                                                                                                   |                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. 1. Testamento regular.                                                                         | 14. Auto sobre el dicho pedimento.                                                                      |
| 2. Cláusula declaratoria de dote de la muger.                                                     | 15. Informacion. = Primer testigo. = <i>Nota.</i>                                                       |
| 3. Cláusula sobre el capital que llevó el marido al matrimonio.                                   | 16. Auto.                                                                                               |
| 4. Otra de los hijos del testador, y anticipacion hecha á uno de ellos.                           | 17. Diligencia de apertura. = <i>Nota.</i>                                                              |
| 5. Legado del quinto á un hijo natural por via de alimentos.                                      | 18. Auto. = <i>Nota.</i>                                                                                |
| 6. Institucion de heredero en favor de un hijo natural por falta de descendientes legítimos.      | 19. Diligencias para declarar nuncupativo el testamento verbal hecho ante testigos. = <i>Pedimento.</i> |
| 7. Mejora del tercio y quinto en favor de una hija que ya llevó su dote.                          | 20. Auto.                                                                                               |
| 8. Mejora de un hijo por contrato oneroso.                                                        | 21. Informacion. = Testigo primero. = <i>Nota.</i>                                                      |
| 9. Legado de cosa empeñada en poder del testador.                                                 | 22. Auto. = <i>Nota.</i>                                                                                |
| 10. Revocacion <i>ad cautelam</i> con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger. | 23. Codicilo abierto, y dos notas sobre el mismo asunto.                                                |
| 11. Cláusulas de desheredamiento.                                                                 | 24. Otorgamiento de codicilo cerrado. = <i>Nota.</i>                                                    |
| 12. Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.                           | 25. Poder para testar. = <i>Nota.</i>                                                                   |
| 13. Pedimento para la misma.                                                                      | 26. Testamento en virtud de poder.                                                                      |
|                                                                                                   | 27. Declaracion de pobre. = <i>Nota.</i>                                                                |
|                                                                                                   | 28. Acceptacion de herencia.                                                                            |
|                                                                                                   | 29. Repudiacion de herencia. = <i>Nota.</i>                                                             |
|                                                                                                   | 30. Licencia para testar. = <i>Nota.</i>                                                                |
|                                                                                                   | 31. Cláusulas para el nombramiento de testamentarios universales.                                       |

TESTAMENTO REGULAR.

1. **E**n el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Yo Don Francisco Solis y Guzman, natural y vecino de esta Corte, hijo legítimo de legítimo matrimonio de Don Juan de Solis y Guzman y de Doña Maria de Toledo, difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la divina misericordia bue-

no y sano, y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso, el misterio de la Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas que, aunque realmente distintas, tienen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero y una esencia y sustancia, y todos los demas misterios y sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica, Apostólica, Romana, en cuya verdadera fe y creencia he vivido, vivo y protesto vivir y morir, como católico fiel cristiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen é Inmaculada Reina de los Angeles Maria Santísima, Madre de Dios y Señora nuestra, del Santo Angel mi Custodio, los de mi nombre y devocion, y demas de la Corte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia: temeroso de la muerte, que es natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue; resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia; evitar con la claridad las dudas y pleitos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento; y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fue formado; el cual, hecho cadaver, quiero se amortaje con el hábito de nuestro Seráfico Padre San Francisco, y sepulte en la iglesia parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro (si fuere en público) el número completo de sacerdotes de mi parroquia, treinta religiosos de San Francisco de observancia de esta Corte, otros tantos del colegio de Santo Tomas, orden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, veinte y cuatro pobres del Real Hospicio de San Fernando, y diez y ocho niños de la doctrina, los que acompañen mi cuerpo hasta la iglesia; y si fuere en secreto mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion, sin perjuicio del derecho de la parroquia, el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que el dia de mi entierro, siendo hora, y si no, en el inmediato, se celebre por mi alma misa cantada de cuerpo pre-

sente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y que asistan á oficiarla el número de sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra (1).

Mando igualmente que se celebren docientas misas rezadas por mi alma, las de mis padres y abuelos y demas de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales de vellon, de que sacada la cuarta parte correspondiente á la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Lego por una vez para la conservacion de los santos lugares de Jerusalem y tierra Santa, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas veinte reales de vellon, y otros tantos, con arreglo á lo que está mandado, á los Reales hospitales de esta Corte: con cuya limosna aparto á todas del derecho y accion que podian pretender á mis bienes.

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del hospital de San Juan de Dios de esta Corte, mando se entreguen al padre prior de él quinientos y cincuenta reales de vellon por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino y no en otro, y sobre ello la conciencia.

A Don Antonio de Solís mi hermano lego la caja y espadin de oro de mi uso diario, y á Doña Teresa mi hermana mil ducados de vellon en dinero por una vez, para tomar estado ó para los fines que quisiere: y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana y seda que entonces tuviere; á la criada que me asista y hubiere en mi casa, la cama completa en que durmiere, con sus tablas, colchones, cuatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha que usare en ella, y asimismo cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez; y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y á la moderna se den solo cincuenta ducados: y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legitimamente con Doña Getrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado, y tenemos por nuestros hijos legítimos á Don Alejandro, Don Antonio, Don Jo-

1 Algunos testadores ricos suelen mandar que en su parroquia ó en otra parte se les haga novenario y cabo de año sin mas expresion; y se duda si esto ha de ser con el mismo fúnebre aparato que en el entierro; y para quitar dudas y pleitos en-

tre los herederos y parroquias ó conventos, prevendrá el escribano al testador que lo exprese con toda claridad, pues de omitirlo se ocasionan gastos, y difiere el cumplimiento de su voluntad.

sé, Doña Manuela y Doña Maria Josefa de Solís, menores en la edad pupilar, de los cuales y de los demas que procreáremos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3. tit. 16. de la Partida 6., nombro á la referida mi muger por tutora y curadora de sus bienes, interin subsista viuda: y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno y maternal amor que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor zelo y vigilancia de la conservacion y aumento de ellos, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al señor juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y la discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que asi es mi voluntad; pero si volviere á casarse, mando que aunque dé fianzas se la quite la tutela, y saquen de su poder á mis hijos y sus bienes, y se entreguen á la persona mas cristiana y abonada que pareciere á dicho señor juez, el que le señale para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite y emplee cuando haya proporcion, para aumento de sus legítimas: sobre todo lo cual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y Partida.

Declaro que tengo un esclavo llamado Antonio de los Santos (*Aquí se expresarán su color, edad y demas señales que contenga, y el motivo por qué lo hubo.*), al cual por haberme servido bien, y convirtiendose á nuestra santa fe, ofreci antes de ahora la libertad, y cumpliendo esta oferta, mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre, y como tal pueda tratar, contratar, testar, comparecer en juicio por sí ó por su procurador, y hacer todo cuanto se permite al que es naturalmente libre, pues para ello le concedo plena libertad y el mas amplio poder que necesite; y en consecuencia de lo que previene el derecho, me desisto y aparto, y á mis herederos y sucesores del de patronazgo que tenga sobre él; se lo remito y cedo enteramente para que de esta suerte sea mas firme y eficaz su manumision y libertad, y jamas pueda reclamarla; y mando se le den cien ducados de vellon en dinero por una vez, y toda su ropa, á fin de que pueda grangear y ganar su vida: y le pido me encomiende á Dios.

Usando de la potestad que me confieren las leyes de estos reinos, mejoro en el tercio, que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alejandro mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte, término de esta vi-

lla, y mando que si su valor no alcanza á completarlo, se le reintegre lo que falte en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para parte de pago de su legitima paterna.

A la mencionada Doña Getrudis mi muger lego el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta Corte en tal calle; bien entendido, que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir incontinenti á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad y no á prorata, á cuyo fin para desde el dia en que tome estado en adelante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce y usufructo, y de que pueda enagenarla antes ó despues, y en este caso revoco y anulo este legado; y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no exceda de la legitima que á cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de cualesquier razones y fundamentos que haya para deducirse del total de mis bienes.

Si entre mis papeles ó en poder de mi confesor ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha firmada de mi puño, ó escrita por mí aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion, mutacion, restriccion ó revocacion de todo ó parte de lo que dejo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice, sin necesidad de precepto judicial, en los registros del presente escribano; que su contexto se observe exacta, íntegra é inviolablemente sin tergiversacion, como si aquí fuera especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues así es mi voluntad: pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fe judicial ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo pio que contiene este testamento, y contuviere la memoria en caso de dejarla, nombro por mis testamentarios á Don Fulano y Don Fulano, y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitaren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido y pagado todo lo expresado, del remanente de mis bienes, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros instituyo por mis únicos y universales herederos

ros á los expresados Don Alejandro, Don Antonio, Don José, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís y Meneses, mis cinco hijos y de la referida Doña Getrudis Meneses mi muger, y á los demas descendientes de legitimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su orden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por leyes de estos reinos, con la bendicion de Dios y la mia.

Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ú en otra forma, para que ninguno valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento y memoria citada que quiero y mando se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla todo su contexto como mi última deliberada voluntad; ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano de su Magestad en esta villa de Madrid, á tantos de tal mes y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego y Anselmo de tal, vecinos de ella, y al otorgante yo el escribano doy fe que conozco. La ley 103. tit. 18. Part. 3. trata de la extension del testamento.

DECLARACION DE LA DOTE QUE LA MUGER LLEVÓ AL MATRIMONIO, Y DE LO QUE SU MARIDO LA OFRECIÓ EN ARRAS.

2. Declaro que cuando Doña Fulana mi muger se casó conmigo trajo á mi poder por dote y caudal suyo propio en bienes muebles, que se tasaron, tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió á tanto: y que la ofrecí tanto en arras y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué á su favor el correspondiente resguardo. Mando que se la haga pago de su dote íntegramente, y en cuanto á las arras se tenga presente mi capital y caudal que me tocara, y si cupiere en la décima parte de mis bienes, se la entregue sin descuento lo que la ofrecí; y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

DECLARACION DEL CAPITAL QUE LLEVÓ EL MARIDO.

3. Declaro que cuando contraí matrimonio con Fulana llevé por caudal mio propio tantos mil reales, de que otorgó á mi favor el capital correspondiente en tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano Real. Mando se tenga presente para la deducion de los gananciales ó menoscabos que pueda haber.

**OTRA DE LOS HIJOS QUE EL TESTADOR TIENE, Y DE LO QUE DIÓ Á UNO DE ELLOS EN CUENTA DE SU LEGÍTIMA.**

4. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tengo por mis hijos legítimos á Francisco, Pedro y Juan, de los cuales Francisco se ha casado, y le di tantos mil reales en cuenta de su legitima paterna. Mando que los traiga á colacion y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella; y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

**LEGADO DEL QUINTO POR ALIMENTOS Á UN HIJO NATURAL.**

5. Declaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico no solo al tiempo de su concepcion sino al de su nacimiento, de suerte que podiamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que puedo dejarle por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legitimo, sea mi universal heredero.

**INSTITUCION DE HEREDERO Á UN HIJO NATURAL POR FALTA DE DESCENDIENTES LEGÍTIMOS.**

6. Por quanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural reconocido, llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canonico para contraer matrimonio; por tanto, sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos y acciones al expresado Francisco, para que los haya y herede con la bendicion de Dios y la mia.

**MEJORA DEL TERCIO Y QUINTO HECHA Á UNA HIJA QUE LLEVÓ DOTE CUANDO SE CASÓ.**

7. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco y Juana: que esta se halla casada con Fulano, y que cuando se casó, la di en

dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya y herede á mas de su legitima; y mando asimismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

**MEJORA QUE HACE EL PADRE Á UN HIJO Á QUIEN POR CONTRATO ONEROSO PROMETIÓ MEJORAR.**

8. Declaro que cuando mi hijo Fulano contrajo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraje, y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que lo haya y herede á mas de su legitima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden bajado el quinto.

**LEGADO DE COSA EMPEÑADA EN PODER DEL TESTADOR.**

9. Declaro que Pedro de tal me pidió prestados mil reales de vellon sobre una salvilla de plata y un aderezo de plata con tantos diamantes y tantas esmeraldas que me entregó en empeño para seguridad de la citada cantidad, de que nos hicimos el respectivo resguardo. Mando al expresado Pedro las alhajas referidas, y reservo á mis herederos la accion que les da la ley 16. tit. 9. de la Partida 6. para que usen de ella como les convenga.

**REVOCACION AD CAUTELAM CON CLAUSULAS DEROGATORIAS DEL TESTAMENTO QUE OTORGA UNA MUGER.**

10. Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ó las eficaces persuasiones ó ame-

nazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré exteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre y espontánea voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda ni estime revocada esta á menos que aquella contenga en forma específica tales palabras (*Aquí expresará las que sean.*), y se cite en ellas este testamento y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella y no esta por mi última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio asi lo digo, otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de &c. (1).

CLÁUSULAS DE EXHEREDACION.

11. Mediante que mi hijo Pedro, con desprecio de los mandamientos divinos y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mí tal día á presencia de tales personas las manos airadas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprendí como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como cristiano temeroso de Dios debe tener, y que por este execrable exceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes, desde luego para que no quede impune y sirva á otros de ejemplo y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7. Part. 6. le abdicó y desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis días le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender; y quiero y mando que por razón de alimentos, ni por otro título ni motivo, no sea admitido total ni parcialmente á su goce, ni tenido por hijo mio, como si no hubiera nacido, protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero ni legatario, sin que esta pretericion y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

1 En el párrafo 3, capítulo 15, de la revocacion del testamento, queda extendida la clausula revocatoria del que contiene la anterior: por lo cual se omite; como

tambien la de sustituciones, fundaciones de vínculos por via de mejora, y otras que se pondrán en sus respectivos lugares.

OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO CERRADO, Y DILIGENCIAS PARA SU APERTURA.

12. En la villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, y natural de &c. (*Aquí se expresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo*), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido darle, y en su entero juicio, creyendo &c. (*Aquí se pondrá la protestacion de fe y deprecacion, como en dicho testamento.*), dijo: que tiene escrito y ordenado su testamento en este cuaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él deja señalado entierro, hábito y misas, y nombrados albaceas y herederos: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal: y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente: manda que solo este testamento se tenga y observe por tal, y por su última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mas haya lugar en derecho. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, rogó á los testigos presenciales que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomas y Esteban de tal, vecinos de esta villa, que firmasen tambien, y por los que expresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomas. = Francisco Lopez. = Fui testigo: Pedro de tal. = Fui testigo: Tomas de tal. = Fui testigo: Antonio de tal. = Fui testigo: José de tal. = Fui testigo: Domingo de tal. = Testigo á ruego de Juan de tal: Tomas de tal. = Testigo á ruego de Diego de tal: Tomas de tal. = Ante mí: Fulano de tal. = Yo Fulano de tal, escribano del Rey nuestro Señor, y del número de esta villa de tal, presente fui al anterior otorgamiento, y en fe de ello lo signo y firmo. = En testimonio de verdad: Fulano de tal.

PEDIMENTO PARA LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO.

13. Pedro Fernandez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que Francisco Lopez, vecino tambien de ella, estando enfermo otorgó el testamento escrito que en debida forma presento ante Fulano, escribano de este número, en el día tantos de tal mes, y bajo de él falleció hoy á las siete de

la mañana, poco mas ó menos, y respecto tener entendido que me dejó por su testamento (ó lo que sea), para que se cumpla lo que en él dispuso = A V. suplico que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo á escritura pública, se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan y les competan, interponiendo á ello para su mayor validacion la judicial autoridad quanto há lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

## AUTO.

14. Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El Señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó en ella, á tantos de tal mes y año &c.

## INFORMACION.

## Primer testigo.

15. En tal villa, á tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez, contenido en el pedimento y auto anteriores, cumpliendo con lo que por este le está mandado, presentó por testigo á Fulano, vecino de ella, de quien por ante mí el Señor Don Fulano, corregidor de esta villa, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado: y siéndolo por el referido señor corregidor, al tenor del pedimento citado, y habiéndole manifestado el testamento y cuaderno presentado, dijo: es cierto que Francisco Lopez, vecino que fue de esta villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de las potencias y sentidos, otorgó en tal día su testamento cerrado ante Fulano, escribano de este número, cuyo acto presencié el declarante, como testigo llamado y rogado, con los demas que en él constan, y á vista de todos expresó con palabras claras y perceptibles, que lo que dentro de dicho cuaderno ó volumen cerrado estaba escrito, era su testamento y última voluntad: que en él dejaba elegido hábito, entierro y misas, y nombrado albaceas y heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces precediese para ello la

solemnidad prescripta por derecho; y asimismo que por él revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo cual expresó ante el declarante y demas testigos instrumentales, que á un propio tiempo lo oyeron de su boca porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba el enfermo, lo vieron, y concurrieron á dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el testador y otros que supieron, cuya firma dice *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el cuaderno, que está del mismo modo que cuando lo firmó, y por los que dijeron no saber, firmó *Fuulano*, y todos encima de la cubierta del mencionado cuaderno: é igualmente dijo, que el otorgante falleció en este día de la enfermedad que padecía, por haberlo visto cadaver (ú oídolo decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra ni por escrito: que es lo que sabe y puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica y lo firma con el señor corregidor, y expresa tener tantos años de edad, de que doy fe. = Don Fulano. = Fulano. = Ante mí: Fulano.

*Nota.* Las deposiciones de los demas testigos (que á lo menos han de ser cuatro) irán contestes con la precedenté, mudando lo conveniente y preciso en quanto á las firmas, pues si el testador ó alguno de los testigos que se examinaren, no firmaron, dirá quién firmó por ellos. Si el juez da comision al escribano para que las reciba, se pondrá en el auto, y omitirá en ellas su concurrencia, bien que debe concurrir á todo, como dejo expuesto en su lugar; y si se quiere omitir algo del contexto del otorgamiento, se puede hacer remitiéndose á lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad, y luego corresponde el auto siguiente.

## AUTO.

16. Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra el testamento presentado, se abra, y por el presente escribano publique en forma: y hecho, se proveerá á lo demas pretendido: el señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó &c.

## DILIGENCIA DE APERTURA.

17. Incontinenti el expresado señor corregidor quitó á mi presencia, y de los testigos examinados, el sello (lacre, oblea

ó lo que sea) con que estaba cerrado el citado cuaderno y testamento, y lo abrió y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó, á fin de que lo publique, el cual tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun (ó sellado, segun sea), y al pie una firma que dice: *Francisco Lopez* (si no está firmado se dirá: *y está sin firmar*), y su literal tenor es el siguiente, de que doy fe. = Fulano de tal.

*Nota.* Aquí se ha de insertar el testamento cuando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencia de apertura por orden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que sigue.

## AUTO.

18. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don Fulano, corregidor de ella, habiendo visto estos autos, dijo: que reduce á escritura pública, y declara por testamento y última voluntad de Francisco Lopez, todo lo que en tantas hojas que contiene y rubriqué, está escrito; manda que se protocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley, y que de él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenecieren, pues para la mayor subsistencia y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fe. = Don Fulano. = Ante mí: Fulano.

*Nota.* Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme á la ley, porque no es necesario. Algunos ponen bajo de un contexto la diligencia de apertura y auto último sin separacion. Cada uno ajústese á lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varia en la sustancia.

DILIGENCIA PARA DECLARAR POR TESTAMENTO NUNCUPATIVO EL DISPUESTO DE PALABRA ANTE TESTIGOS.

## Pedimento.

19. Francisco Perez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que Antonio Lopez, de la misma vecindad, hallándose en tal dia muy gravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural; y considerando que segun la crítica

situacion en que estaba constituido, moriria *ab intestato*, por evitar que esto sucediese, mediante no haber escribano en esta villa (ó por el motivo que haya) dió orden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin y Juan de tal; y á su presencia, precedida la protestacion de la fe, les dijo que se contemplaba mortal, y por si Dios fuese servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadaver en su iglesia parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro, siendo hora, y si no, en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto (*Aquí se expresará lo demas que hubiese dispuesto.*): nombró por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, y cada uno *in solidum* para que evacuasen su voluntad dentro ó fuera del término legal: me instituyó por único y universal heredero de sus bienes: revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas: y pidió á los testigos referidos que lo fuesen de como todo lo expuesto queria se estimase y cumpliese por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar hubiese en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados: y mediante haber fallecido hoy bajo de esta disposicion, para que tenga efecto = á V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme á la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contexto declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente escribano, y den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fueren de dar, interponiendo á todo para su mayor validacion y firmeza la judicial autoridad cuanto há lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juró lo necesario, y para ello &c.

## AUTO.

20. Recíbese á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma; y evacuada se traiga para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: el señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó á tantos &c.

el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento y apertura del cerrado, porque ignoran quién es el heredero, y por eso no lo puse como en el de palabra. Asimismo que el notario meramente eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos ni escritura pública entre legos, y si los autoriza son nulos (1); pero se pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que con los referidos en esta nota; acerca de lo cual véase á Florez de Mena *Var. quæst.* 1. num. 13 al 18, y á los que cita.

CODICILO ABIERTO.

23. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que en tal día de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano Real, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras, y poniéndolo en ejecución por vía de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.

Manda que á mas de las tantas misas que deja por su alma se celebren por su intencion tantas en tales altares de tal iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el residuo del quinto de sus bienes se dé á Fulana su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya á mas de su legitima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento, contrajo matrimonio Fulano su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legitima: manda que la traiga á colacion y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deducción se ha de hacer despues de sacado el quinto.

*Nota.* Asi proseguirá con lo demas que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma.

Todo lo cual quiere que valga en la vía y forma que mejor haya lugar en derecho; y manda se guarde, cumpla y ejecute inviolablemente; y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo que sea conforme con él y en todo lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su

1 Ley 2. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec.

fuerza y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c. (1).

*Otra.* Si el testador no hubiere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de este la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el escribano en ponerlo: pues aunque es verdad que el testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo, sin embargo de que se llame asi, sino por testamento, como dejo expuesto; y el que instituya llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga ó no otorgado, podrá poner en él (si quisiere) la protestacion de la fe, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos.

OTORGAMIENTO DE CODICILO CERRADO.

24. En tal parte, á tantos de tal mes y año, Francisco Lopez, vecino de ella, estando enfermo (ó sano) y en su entero juicio &c., dijo: que en tal día, mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que expresa estar dentro de este cuaderno, y me entrega y por tal lo otorga: y quiere y manda que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescripta, y que su contexto valga y se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho; pues en lo que fuere opuesto al citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo ratifica y deja en su fuerza y vigor: y revoca asimismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Asi lo otorga y firma, á quien yo el escribano doy fe conozco, siendo testigos &c.

*Nota.* En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda expuesto, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene ni manda, versa igual razon, y debe obrar lo misma disposicion legal, por

1 Han de ser los mismos en número, sexo y edad que para el testamento nuncupativo.  
T. I. 77

ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura idéntica solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion del testamento cuando no lo hizo antes, y otras cosas, véase la nota precedente.

PODER PARA TESTAR.

25. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella &c. (*Aqui se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, y protestacion de la fe é imploracion del divino auxilio, como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá*), dijo: que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflexion que desea y se requiere, las cosas concernientes á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion y confianza en que Juan Rodriguez, vecino tambien de esta villa, su intimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por habérselas comunicado y estar bien cerciorado de ellas: por tanto, estando, como por la infinita misericordia de Dios está, bueno y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano como incierta su hora, para que cuando llegue no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio, firme y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad, ó declaracion ó disposicion de pobre, segun el caudal que deje, haciendo en él los legados pios, forzosos y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de vínculos del tercio y quinto ó cualquiera de ellos por via de mejora en cualquiera de sus hijos varones, con las sumisiones, sustituciones y gravamen de restitution, y fideicomiso en el tercio, que prescribe la ley 27 de Toro, señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dejare, sustituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por sustitutos á sus hermanos ó cualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado y comunicará en lo sucesivo; ó declarando haber muerto pobre, sino dejase bienes de que testar: pues aprueba todo lo que con arreglo á las referidas facultades practicaré,

y quiere tenga la misma validacion y subsistencia que si aqui fuera literalmente expresado, y que por tal se estime; para lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion, y para ello otorga su testamento ú otra disposicion: y para evacuar enteramente lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le pro-rogo el término que el derecho prefiere, por el que necesite, sin limitacion: y solo reserva en sí lo siguiente.

*Nota.* Aqui se pondrá su entierro, misas y otras cosas si quisiere, elegirá mas testamentarios, y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes, muebles, raices, derechos y acciones instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, María, Micaela y Antonia Lopez, sus seis hijos legítimos, y de Ignacia Fernandez su muger, y á los demas descendientes de legitimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y por su orden y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos reinos, segun su representacion, con la bendicion de Dios y la suya: previniendo que el quinto no ha de exceder de la legitima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubiere muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otro descendiente de estos, pues en este caso lo revoca en cuanto á ellos.

Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar y demas disposiciones testamentarias, que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este poder y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tengan y cumplan por su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos, Fulano, Fulano, Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

TESTAMENTO EN VIRTUD DE PODER.

26. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el es-

cribano y testigos, Pedro Fernandez, vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano Real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

*Aquí la copia del poder.*

Concuerta el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fe, y asegurando el otorgante, como asegura y declara, no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades, aceptándolo nuevamente, dijo: que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal día, bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dejó ordenado y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al cual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia, en la que fue sepultado su cadaver, veinte religiosos de San Francisco, otros tantos de tal religion, tantos pobres del Real Hospicio de San Fernando, y tantos niños de la doctrina: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso y encargó el otorgante que se dijese por su alma é intencion tantas misas rezadas, su limosna á tres reales de vellon: y el otorgante, cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la parroquia, á la cual, como cuarta parte de todas, tocan, pues esta fue la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los santos lugares de Jerusalem, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas, se diesen tantos reales de vellon por una vez; y otros tantos á los Reales Hospicios de esta Corte: y el otorgante, en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen; y con ellos los aparta del derecho que podian pretender á sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita de él aunque no estuviere firmada, que contaviese cosas concernientes á su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él, y se observase íntegramente su contexto; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado y reconocido

exactamente sus papeles, no la halló, ni tiene noticia de que la haya dejado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes: y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos á Josefa Lopez, su hija, de edad de seis años, para que respecto no estar criada, le sirva su importe de ayuda á su crianza, y cuando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo á la ley 214 del Estilo, agregarse su residuo si lo hubiere al resto de la herencia, y de este sacarse el tercio, y no en otros términos, pues esta fue la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora, y carecer el otorgante de facultad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas, ó como le pareciere: y usando de ella, nombra por tutora y curadora *ad bona* de la prenotada Josefa Lopez á María Rubio, su madre, relevada de aquellas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes; y en caso de que se vuelva á casar, ó muera antes que la expresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez, su tío, vecino de esta villa; y por su previo fallecimiento á Roque Rodriguez, persona de integridad y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que estos han de afianzar á satisfaccion de la justicia; y suplica y encarga á los señores jueces, ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben y confirmen esta eleccion; y en su consecuencia los hayan por nombrados, y les disciernan su encargo en la forma enunciada, pues el testador así lo quiso y comunicó al otorgante, el cual lo declara para que conste y se observe inviolablemente su voluntad; y en cuanto á los demas hijos menores, mediante no ser pupilos ni deber darles tutor testamentario, por tener facultad de elegirlo por si mismos, ni tampoco haberle comunicado el testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá extendiendo el escribano las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, expresará el motivo.

## DECLARACION DE POBRE.

27. En el nombre de Dios Todopoderoso, amen. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Juan Perez, vecino de ella (*Aquí se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fe é invocacion de los Santos, como en el testamento; y luego proseguirá en esta forma*), declara: que por la calamidad é injuria de los tiempos se halla muy pobre, por lo que suplica al señor Cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues así lo espera de su cristiana piedad.

*Nota.* Aquí podrá el testador hacer mandas, mejoras y todo lo demas que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega á tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos y acciones por cualquier titulo, causa ó razon, instituye por sus universales herederos á Pedro y Josefa Perez, sus hijos legítimos y de Maria Hernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su orden y grado, segun su representacion, en la forma prescripta por derecho Real, con la bendicion de Dios y la suya.

## ACEPTACION DE HERENCIA.

28. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: ha llegado á su noticia que Juan Lopez, su padre, falleció en tal parte, tal dia, y dejó algunos bienes y deudas, y respecto ignorar á cuanto ascienden, para que en ente caso no sea perjudicado, ni esté obligado á mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorga que acepta con beneficio de inventario, y no en otros términos, la herencia y bienes de su difunto padre, y en su consecuencia pide al señor corregidor de la referida villa, la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal y tasacion de sus bienes sin ocultacion; y que á este fin elijan los tasadores

prácticos é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á estar y pasar por la que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea, protesta pedir en su vista lo que le convenga, y á ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo cual da amplio poder al citado señor corregidor, lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada &c.

## REPUDIACION DE HERENCIA.

29. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Lopez, su hermano, falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes y año, ante N., escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos en atencion á no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la aceptacion de su herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir ni mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le pueden ocasionar, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que no quiere ser heredero del expresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le puede tocar; se desiste y aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, y lo cede, renuncia y traspasa en los otros coherederos, á quienes de la que sea en mucha ó poca suma, hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos, con las seguridades necesarias, y confiere amplio poder para que sin su intervencion formalicen y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes ó no hubiera sido instituido, pues por tal quiere que se le estime; que se apoderen y dispongan de ellos, como de cosa suya adquirida con legítimo y justo titulo, y que tomen la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento y testamento citado les compete; se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta renuncia, y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas, y visto haberla aprobado y ratificado; da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia

definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida &c.

*Nota.* Si el que repudia la herencia es hijo ú otro descendiente legítimo del testador, mediante concederle la ley final del título 6. Partida 6. tres años, aunque sea mayor de veinte y cinco, para recuperarla despues de repudiada, para que quede privado de esta accion, la renunciará específicamente, y jurará no reclamar la renuncia: de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro, bien que si deja hijos, y muere antes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento, y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos á pasar por ella, y asi solo lo serán á traer á colacion y particion con sus tios lo que su padre recibió y llegó á poder de ellos, y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion de sí mismo, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo y personalísimo suyo, no pudo su padre perjudicarles, como afirman los autores y se practica.

LICENCIA PARA TESTAR.

30. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Fernando Lopez, su hijo legítimo, le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso por testamento y abintestato, en caso de no dejar sucesion legitima ó natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley 6 de Toro disponer mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dejarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor y cariño que profesa al citado su hijo, y á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su súplica, y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontánea voluntad = Otorga y concede amplia licencia y facultad al expresado Fernando Lopez su hijo, para que disponga libre y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion, ó en cualquier otro instrumento entre vivos, y por causa de muerte, de todos los bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos y maternos, tios, y otros parientes y extraños, y adquiriere

desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion, *ab intestato*, donacion ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa de presente y de futuro, sin restriccion, á favor de la persona ó personas que le pareciere, exheredando y excluyendo al otorgante de su sucesion en uno ó mas testamentos y contratos usando de ellos, y repartiéndolos á su eleccion, del mismo modo que si no tuviere ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto. En este concepto desde ahora se desiste y aparta enteramente, como tambien á los demas sus descendientes, del derecho que á dichos bienes tiene y puede adquirir y pretender, excepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia y pasa para siempre á favor de tal persona ó personas, á las que constituye dueñas absolutas de todos, y como tales las confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion ó contrato, que el referido su hijo formalizare, les corresponda; y los gocen, vendan, cambien, enagenen y hagan de ellos lo que quisieren, como de cosa suya propia adquirida con legitimo y justo título, sin intervencion del otorgante, el cual á mayor abundamiento desde ahora para cuando llegue el caso les hace de ellos gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable con insinuacion, y todo lo demas que sea necesario para su validacion y firmeza: los constituye procuradores y actores de su misma causa y negocio: los pone en su lugar, grado y prelación, con subrogacion en forma: y jura por Dios nuestro Señor y una cruz, tal como esta , que no revocará total ni parcialmente, ni reclamará esta licencia, poder y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hijo, ni tener mas descendientes, ni de ser lesado y quedar privado y excluido de los bienes que de dicho su hijo podia heredar, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione ni inserte, y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda expuesto; y si lo hiciera, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y formalizado con mayores vinculos y firmezas. Igualmente jura que de este juramento no tiene pedida ni pedirá absolucion ni relajacion á quien pueda concedérsela, y aunque *de motu proprio* se le conceda, no usará de ella, pena de perjurio y de incurrir en infamia y

demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes, y que no lo tiene prestado de no hacer renunciaciones ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni he hecho protesta ni reclamacion contra esta, ni la hará; y si pareciere, la revoca y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le pueden conceder, para la mayor validacion y subsistencia de este instrumento y de los que en su virtud se otorguen, á cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

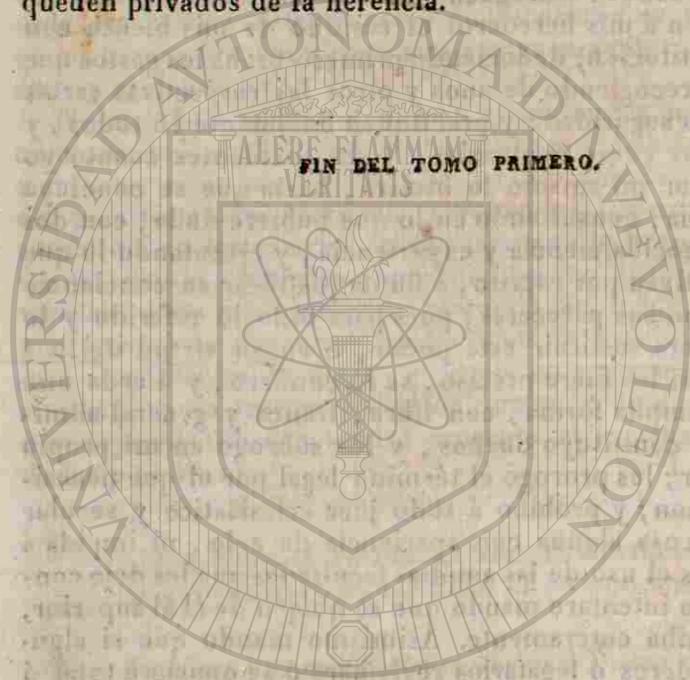
*Nota.* Los padres y demas ascendientes no solo pueden conceder la licencia para testar á sus descendientes legítimos por escritura, como la anterior, sino en el propio testamento ó poder para testar que otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, como tampoco la licencia, y poniendo las demas cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el escribano ó los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben, ó un testigo por ellos, como si la dieran por escritura separada: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos.

FÓRMULA PARA NOMBRAR TESTAMENTARIOS UNIVERSALES EN EL CASO DE QUE HABLA EL PÁRRAFO 4, CAPÍTULO 17 DE LOS TESTAMENTARIOS.

31. Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia ni concurrencia de mis herederos, ni de la justicia, recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante escribano descripcion ó inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, á cuyo fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y lo que con motivo de mi fallecimiento se adeudare en mi entierro, misas y demas cosas que ocurran, y para ello vendan en almoneda, ó fuera de ella los suficientes, pidan judicial y extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas prácticas y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldia, aprobándolas si estan arregladas, y en su defecto exponiendo y aclarando los agravios que incluyan: transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo

á mi favor y contra mí, y los pleitos que actualmente estan pendientes, y en adelante se susciten: cobren judicial y extrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me está debiendo y debiere, y formalicen los competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados: dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad: y practiquen finalmente en todos, y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes cuanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta, con sus pareceres; pues para todo lo referido y lo incidente, y para sustituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso, se lo confiero, y á cada uno *in solidum* en amplia forma, con libre, franca y general administracion. Los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar; los prorrogo el término legal por el que necesitan sin limitacion; y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de zelo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dejo concedidas; y si lo intentare mando que se quejen de él al superior, para que le inhíba enteramente. Asimismo mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamare ó se opusiere total ó parcialmente á lo que ejecuten (ó el que primero tome conocimiento de mis bienes), ó se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentare judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo enteramente de ella, quiero se reparta entre los demas de su clase, y que mis testamentarios, ó el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion, y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que estos esten obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo

doy, y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez, ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y ademas queden privados de la herencia.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## INDICE

### DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS QUE COMPRENDE EL TOMO PRIMERO.

\*\*\*\*\*

#### LIBRO PRIMERO.

##### DE LAS PERSONAS.

###### TITULO PRIMERO.

|                                                           |   |
|-----------------------------------------------------------|---|
| <i>Del estado de las personas. . . . .</i>                | 1 |
| CAP. 1.º <i>Del estado natural de las mismas. . . . .</i> | 1 |
| CAP. 2.º <i>Del estado civil de las personas. . . . .</i> | 7 |

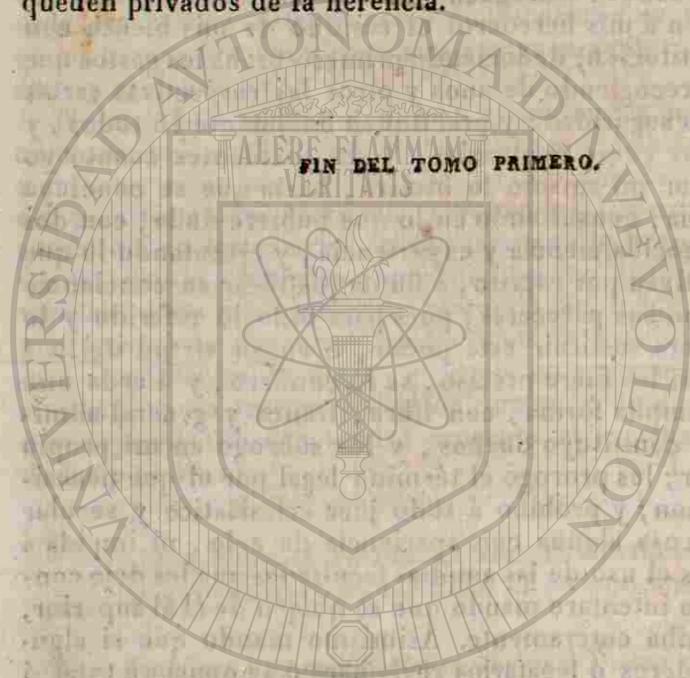
###### TITULO SEGUNDO.

|                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>De la patria potestad, del matrimonio, de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales. . . . .</i>             | 13 |
| CAP. 1.º <i>De la patria potestad, y de los diversos modos de adquirirla: de los esponsales y del matrimonio. . . . .</i> | 13 |
| CAP. 2.º <i>De las escrituras matrimoniales. . . . .</i>                                                                  | 25 |
| CAP. 3.º <i>De la dote. . . . .</i>                                                                                       | 35 |
| CAP. 4.º <i>Del privilegio de la dote. . . . .</i>                                                                        | 50 |
| CAP. 5.º <i>De la restitucion de la dote. . . . .</i>                                                                     | 55 |
| CAP. 6.º <i>De los bienes parafernales. . . . .</i>                                                                       | 75 |
| CAP. 7.º <i>De las arras. . . . .</i>                                                                                     | 78 |
| CAP. 8.º <i>De los bienes gananciales. . . . .</i>                                                                        | 94 |

###### TITULO TERCERO.

|                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>De las prolijaciones, legitimaciones y emancipaciones. . . . .</i>                                                                | 115 |
| CAP. 1.º <i>De las prolijaciones. . . . .</i>                                                                                        | 115 |
| CAP. 2.º <i>De las legitimaciones. . . . .</i>                                                                                       | 118 |
| CAP. 3.º <i>De los principales efectos civiles de la patria potestad, y de las obligaciones mutuas entre padres é hijos. . . . .</i> | 122 |

doy, y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez, ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y ademas queden privados de la herencia.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## INDICE

### DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS QUE COMPRENDE EL TOMO PRIMERO.

\*\*\*\*\*

#### LIBRO PRIMERO.

##### DE LAS PERSONAS.

###### TITULO PRIMERO.

|                                                           |   |
|-----------------------------------------------------------|---|
| <i>Del estado de las personas. . . . .</i>                | 1 |
| CAP. 1.º <i>Del estado natural de las mismas. . . . .</i> | 1 |
| CAP. 2.º <i>Del estado civil de las personas. . . . .</i> | 7 |

###### TITULO SEGUNDO.

|                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>De la patria potestad, del matrimonio, de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales. . . . .</i>             | 13 |
| CAP. 1.º <i>De la patria potestad, y de los diversos modos de adquirirla: de los esponsales y del matrimonio. . . . .</i> | 13 |
| CAP. 2.º <i>De las escrituras matrimoniales. . . . .</i>                                                                  | 25 |
| CAP. 3.º <i>De la dote. . . . .</i>                                                                                       | 35 |
| CAP. 4.º <i>Del privilegio de la dote. . . . .</i>                                                                        | 50 |
| CAP. 5.º <i>De la restitucion de la dote. . . . .</i>                                                                     | 55 |
| CAP. 6.º <i>De los bienes parafernales. . . . .</i>                                                                       | 75 |
| CAP. 7.º <i>De las arras. . . . .</i>                                                                                     | 78 |
| CAP. 8.º <i>De los bienes gananciales. . . . .</i>                                                                        | 94 |

###### TITULO TERCERO.

|                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>De las prolijaciones, legitimaciones y emancipaciones. . . . .</i>                                                                | 115 |
| CAP. 1.º <i>De las prolijaciones. . . . .</i>                                                                                        | 115 |
| CAP. 2.º <i>De las legitimaciones. . . . .</i>                                                                                       | 118 |
| CAP. 3.º <i>De los principales efectos civiles de la patria potestad, y de las obligaciones mutuas entre padres é hijos. . . . .</i> | 122 |

|          |                                                         |     |
|----------|---------------------------------------------------------|-----|
| CAP. 4.º | <i>Del modo de acabarse la patria potestad. . . . .</i> | 125 |
|----------|---------------------------------------------------------|-----|

## TITULO CUARTO.

|          |                                                                                                |     |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|          | <i>De la tutela y curaduría. . . . .</i>                                                       | 141 |
| CAP. 1.º | <i>De la tutela. . . . .</i>                                                                   | 141 |
| CAP. 2.º | <i>De la curaduría. . . . .</i>                                                                | 152 |
| CAP. 3.º | <i>De las obligaciones de los tutores y curadores. . . . .</i>                                 | 156 |
| CAP. 4.º | <i>De los modos de acabarse la tutela y curaduría. . . . .</i>                                 | 163 |
| CAP. 5.º | <i>De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion. . . . .</i> | 170 |

## TITULO QUINTO.

|          |                                                                       |     |
|----------|-----------------------------------------------------------------------|-----|
|          | <i>De los oficios públicos y de la renunciacion de ellos. . . . .</i> | 184 |
| CAP. 1.º | <i>De los oficios públicos enagenables. . . . .</i>                   | 184 |
| CAP. 2.º | <i>De los oficios concejiles ó de república. . . . .</i>              | 195 |

## TITULO SEXTO.

|          |                                                                  |     |
|----------|------------------------------------------------------------------|-----|
|          | <i>De los escribanos y de los instrumentos públicos. . . . .</i> | 203 |
| CAP. 1.º | <i>De los escribanos. . . . .</i>                                | 203 |
| CAP. 2.º | <i>De los instrumentos públicos. . . . .</i>                     | 221 |

## APÉNDICE AL LIBRO PRIMERO.

|  |                                                                         |     |
|--|-------------------------------------------------------------------------|-----|
|  | <i>Del pleito homenaje, y del acto para dar hábito militar. . . . .</i> | 253 |
|--|-------------------------------------------------------------------------|-----|

## LIBRO SEGUNDO.

## DE LAS COSAS.

## TITULO PRIMERO.

|          |                                                                                  |     |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
|          | <i>Division general de las cosas. Del dominio y de las servidumbres. . . . .</i> | 259 |
| CAP. 1.º | <i>Division de las cosas. De los montes, dehesas y pastos. . . . .</i>           | 259 |
|          | <i>Apéndice á este capítulo, sobre los limites de las heredades. . . . .</i>     | 265 |

|          |                                                           |     |
|----------|-----------------------------------------------------------|-----|
| CAP. 2.º | <i>De los propios y arbitrios de los pueblos. . . . .</i> | 271 |
| CAP. 3.º | <i>De los pósitos. . . . .</i>                            | 284 |
| CAP. 4.º | <i>Del dominio, y de los modos de adquirirle. . . . .</i> | 301 |
| CAP. 5.º | <i>De las servidumbres. . . . .</i>                       | 310 |

## TITULO SEGUNDO.

|          |                                                                                                                                       |     |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|          | <i>De las sucesiones hereditarias. . . . .</i>                                                                                        | 316 |
| CAP. 1.º | <i>Del testamento, de sus diversas especies y requisitos. . . . .</i>                                                                 | 316 |
| CAP. 2.º | <i>De los herederos en general. . . . .</i>                                                                                           | 334 |
| CAP. 3.º | <i>De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento. . . . .</i>                         | 341 |
| CAP. 4.º | <i>De las mejoras. . . . .</i>                                                                                                        | 349 |
| CAP. 5.º | <i>De la revocacion de las mejoras. . . . .</i>                                                                                       | 369 |
| CAP. 6.º | <i>De la sucesion de los descendientes legitimados adoptivos é ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales. . . . .</i> | 378 |
| CAP. 7.º | <i>De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento. . . . .</i>                          | 388 |
| CAP. 8.º | <i>De los herederos extraños por testamento. . . . .</i>                                                                              | 393 |
| CAP. 9.º | <i>De los herederos abintestato. . . . .</i>                                                                                          | 408 |
| CAP. 10. | <i>De las sustituciones de herederos. . . . .</i>                                                                                     | 426 |
| CAP. 11. | <i>De las aceptaciones y repudiaciones de herencias. . . . .</i>                                                                      | 442 |
| CAP. 12. | <i>Del derecho de acrecer en las herencias. . . . .</i>                                                                               | 446 |
| CAP. 13. | <i>De los desheredamientos. . . . .</i>                                                                                               | 461 |
| CAP. 14. | <i>De los que tienen prohibicion de heredar. . . . .</i>                                                                              | 465 |
| CAP. 15. | <i>De la revocacion del testamento. . . . .</i>                                                                                       | 467 |
| CAP. 16. | <i>Del poder para testar. . . . .</i>                                                                                                 | 470 |
| CAP. 17. | <i>De los testamentarios. . . . .</i>                                                                                                 | 474 |
| CAP. 18. | <i>De las mandas ó legados. . . . .</i>                                                                                               | 481 |
| CAP. 19. | <i>Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos. . . . .</i>                                               | 509 |
| CAP. 20. | <i>Del usufructo en las herencias y legados. . . . .</i>                                                                              | 514 |
| CAP. 21. | <i>De las cuartas trebeliánica y falcidia. . . . .</i>                                                                                | 528 |
| CAP. 22. | <i>De los codicilos. . . . .</i>                                                                                                      | 531 |
| CAP. 23. | <i>De la cláusula codicilar. . . . .</i>                                                                                              | 535 |
| CAP. 24. | <i>De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio. . . . .</i>                                | 538 |
| CAP. 25. | <i>De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos y codicilos cer-</i>                                  |     |

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| rados, y para reducir á instrumento público los abiertos. . . . .                                                                          | 552 |
| CAP. 26. Previsiones á los escribanos para el acierto en la materia de este título. . . . .                                                | 557 |
| CAP. 27. De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas. . . . . | 572 |

ESCRITURAS CONTENIDAS EN ESTE PRIMER TOMO.

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| Escritura de palabra de casamiento ó esponsales de futuro. . . . .    | 21  |
| De apartamiento y disolución de esponsales. . . . .                   | 22  |
| Licencia de padre á hijo para casar. . . . .                          | 24  |
| Capitulaciones matrimoniales. . . . .                                 | 28  |
| Escritura de capital. . . . .                                         | 32  |
| Carta de pago y recibo de dote. . . . .                               | 68  |
| Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales. . . . .      | 71  |
| Carta de dote confesada. . . . .                                      | 73  |
| Carta de dote y capital en virtud de apremio judicial. . . . .        | 74  |
| Escritura de arras. . . . .                                           | 92  |
| Pedimento y demás diligencias para la adopción. . . . .               | 129 |
| Escritura de adopción. . . . .                                        | 131 |
| Memorial pidiendo la legitimación. . . . .                            | 133 |
| Escritura de emancipación. . . . .                                    | 134 |
| Escritura de aprendiz. . . . .                                        | 135 |
| Escritura de pupilo. . . . .                                          | 139 |
| Forma de extender los autos de tutela y curaduría de bienes. . . . .  | 179 |
| Notificación, aceptación, juramento y obligación del curador. . . . . | id. |
| Discernimiento de la tutela y curaduría de bienes. . . . .            | 181 |
| Nombramiento de teniente de regidor y alférez mayor. . . . .          | 190 |
| Renuncia de oficio de escribano. . . . .                              | 193 |
| Escritura de pleito homenaje. . . . .                                 | 255 |
| Acto para dar hábito militar. . . . .                                 | 257 |

ESCRITURAS CONCERNIENTES Á LA MATERIA DE TESTAMENTOS.

|                                                                                            |                   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| 1. <sup>a</sup> Testamento regular. . . . .                                                | 592 y siguientes. |
| 2. <sup>a</sup> Cláusula declaratoria de la dote que la muger llevó al matrimonio. . . . . | 597               |
| 3. <sup>a</sup> Otra sobre el capital que llevó el marido. . . . .                         | 597               |

|                                                                                                                   |               |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 4. <sup>a</sup> Otra de los hijos del testador y anticipación hecha á uno de ellos. . . . .                       | 598           |
| 5. <sup>a</sup> Legado del quinto á un hijo natural por vía de alimentos. . . . .                                 | id.           |
| 6. <sup>a</sup> Institución de heredero en favor de un hijo natural por falta de descendientes legítimos. . . . . | id.           |
| 7. <sup>a</sup> Mejora del tercio y quinto en favor de una hija que ya llevó su dote. . . . .                     | id.           |
| 8. <sup>a</sup> Mejora de un hijo por contrato oneroso. . . . .                                                   | 599           |
| 9. <sup>a</sup> Legado de cosa empeñada en poder del testador. . . . .                                            | id.           |
| 10. Revocación ad cautelam con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger. . . . .                | id.           |
| 11. Cláusulas de desheredamiento. . . . .                                                                         | 600           |
| 12. Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura. . . . .                                   | 601           |
| 13. Pedimento para la misma. . . . .                                                                              | id.           |
| 14. Auto sobre dicho pedimento. . . . .                                                                           | 602           |
| 15. Información de testigos. . . . .                                                                              | id.           |
| 16. Auto. . . . .                                                                                                 | 603           |
| 17. Diligencia de apertura. . . . .                                                                               | id.           |
| 18. Auto. . . . .                                                                                                 | 604           |
| 19. Diligencias para declarar nuncupativo el testamento verbal. . . . .                                           | id.           |
| 20. Auto. . . . .                                                                                                 | 605           |
| 21. Información de testigos. . . . .                                                                              | 606           |
| 22. Auto. . . . .                                                                                                 | 607           |
| 23. Codicilo abierto. . . . .                                                                                     | 608           |
| 24. Otorgamiento de codicilo cerrado. . . . .                                                                     | 609           |
| 25. Poder para testar. . . . .                                                                                    | 610           |
| 26. Testamento en virtud de poder. . . . .                                                                        | 611           |
| 27. Declaración de pobre. . . . .                                                                                 | 614           |
| 28. Aceptación de herencia. . . . .                                                                               | id.           |
| 29. Repudiación de herencia. . . . .                                                                              | 615           |
| 30. Licencia para testar. . . . .                                                                                 | 616           |
| 31. Cláusulas para el nombramiento de testamentarios universales. . . . .                                         | 617           |
| Propuesta de admisión de monja, recibimiento de esta, y su renuncia. . . . .                                      | 584 hasta 587 |
| Nota. Real cédula sobre el uso del papel sellado. . . . .                                                         | 234           |



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CORRECCIONES.

| <u>Pág.</u> | <u>Línea:</u>          | <u>Dice.</u>              | <u>Léase.</u>                |
|-------------|------------------------|---------------------------|------------------------------|
| 8.          | penúlt. de la nota 10. | ley . . . tit. 7. . . . . | ley 1. tit. 5. lib. 7.       |
| 16.         | última de la nota 8. . | cap. del tratado. . . . . | cap. 3. del tratado.         |
| 17.         | 33. . . . .            | viente . . . . .          | veinte.                      |
| 23.         | 5. . . . .             | de el. . . . .            | del                          |
| 24.         | 9. . . . .             | me ha. . . . .            | le ha                        |
| 46.         | 14. . . . .            | de ella. . . . .          | de ellos                     |
| 73.         | 9. . . . .             | cuando no los recibió.    | cuando los recibió           |
| Id.         | 36. . . . .            | prefiere. . . . .         | prefine.                     |
| 81.         | 26. . . . .            | celebra. . . . .          | celebran                     |
| 124.        | 17. . . . .            | debe esta. . . . .        | debe este                    |
| 160.        | 24. . . . .            | al juramento. . . . .     | al juramento <i>in litem</i> |
| 164.        | primera de la nota 4.  | leyes. . . . .            | ley                          |
| 221.        | 29. . . . .            | maestros. . . . .         | maestres                     |
| 229.        | 26. . . . .            | ó medio. . . . .          | ó por otro medio             |
| 230.        | 14. . . . .            | ante quien sacó. . . . .  | ante quien se sacó           |
| 232.        | 18. . . . .            | y al escribano. . . . .   | y el escribano.              |
| 235.        | 23. . . . .            | rubricándolas. . . . .    | rubricándolas.               |
| 238.        | penúltima. . . . .     | lesiones . . . . .        | cesiones                     |
| 243.        | 11. . . . .            | actos. . . . .            | autos                        |
| 289.        | 14. . . . .            | cuarentigias. . . . .     | guarentigias                 |
| 297.        | 31. . . . .            | y de hacerlo. . . . .     | y deja de hacerlo            |
| 302.        | penúltima. . . . .     | § 47. . . . .             | Instit. §. 47.               |
| 314.        | última. . . . .        | ley 2. . . . .            | lib. 2.                      |
| 328.        | penúltima. . . . .     | adoptarse. . . . .        | adaptarse                    |
| 330.        | 27. . . . .            | en cantidad. . . . .      | en cantidad                  |
| 411.        | 13. . . . .            | de este libro. . . . .    | de este título               |
| 525.        | 32. . . . .            | porciones. . . . .        | posesiones                   |
| 526.        | última. . . . .        | dero. . . . .             | pero                         |
| 551.        | 11. . . . .            | ejecucion. . . . .        | excusion                     |
| 555.        | 32. . . . .            | tratados. . . . .         | traslados                    |
| 575.        | 15. . . . .            | dicho bienes. . . . .     | dichos bienes                |
| 581.        | 38. . . . .            | de volverle. . . . .      | devolverle                   |





U L V  
D T E C