



CIÓN

FEBRERO

MEJICA

1

K960

F4

V.1

C.1



E#H 6#101



~~340.7~~  
34  
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



# FEBRERO MEJICANO,

ó SEA

LA LIBRERIA DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS

QUE

REFUNDIDA, ORDENADA BAJO NUEVO METODO, ADICIONADA CON  
VARIOS TRATADOS Y CON EL TÍTULO DE FEBRERO NOVÍSIMO,

Dió á luz

D. EUGENIO DE TAPIA,

NUEVAMENTE ADICIONADA

Con otros diversos tratados, y las disposiciones del Derecho  
de Indias y del Patrio.

Por el Lic. Anastasio de la Parra.



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA  
TOMO I DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN  
BIBLIOTECA PÚBLICA DEL ESTADO

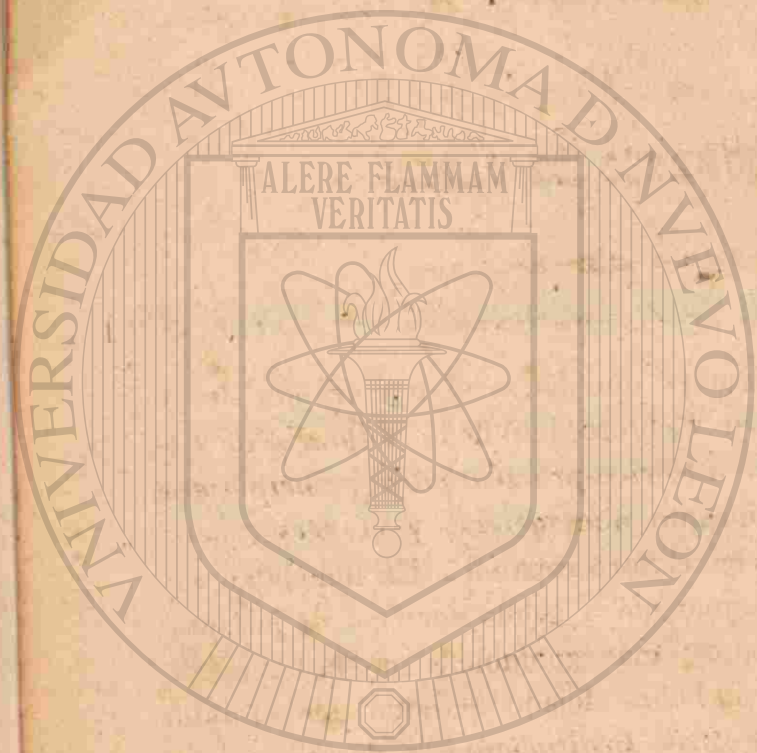


DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MÉJICO: 1834.

Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, calle de Cadena n. 2.

100051  
39559



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

**PRÓLOGO**

DE

**D. EUGENIO DE TAPIA.**

**L**as repetidas ediciones que hasta el día se han hecho de la obra de D. José Febrero, intitulada: *Librería de Escribanos, ó Instrucción 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 instrucción 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 guar-

dan entre sí la debida conexión por estar interpoladas con otras de diferente especie. No hay sino pasar la vista por el índice de cada tomo, especialmente de los de la primera parte, para echar de ver la mencionada inconexión 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 legitimas 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 inconexión en los capitulos 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. Pu-

dieran 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 cambio?

A estos defectos tan palpables se agrega otro no ménos 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 &c., que estaría 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, fórmulas 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; pues esto ya se da por sentado, como que corresponde á otra parte de la jurisprudencia. Cuando se habla en el mismo juicio de la tercería de dote, tampoco se detienen los autores de práctica á tratar de las dotes en general por la misma razon.

¿Por qué, 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 lugar donde se halla. Lo mismo puede decirse de la dote. Para saber cómo ha de deducirse esta del caudal hereditario, ¿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 aquí 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 así, 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 inútil 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 primera, 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, acercándo-

ro *adicionado y reformado*, presentándolo bajo nuevo orden, según el plan de refundición.

Los inteligentes conocerán cuan ardua es esta empresa, y acaso graduarán de temeridad el haberla acometido, mayormente cuando el mismo reformador del Febrero, D. José Gutierrez, tenía 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 edición, donde dice: *Sin embargo, no aseguraremos haber reformado en un todo el método del autor, pues para esto sería necesario formar la obra de nuevo; y mas adelante: con todos estos capítulos y algunos otros colocados al principio de este tomo primero, se nos ocurrió que podríamos dar algun sistema ó plan á la obra, que, aunque mejorada respecto al método en nuestro Febrero reformado, no le tenía ni podía tener por ser mas bien un conjunto ó una miscelánea de materias jurídicas, sin el correspondiente enlace entre sí.* Persuadido de esta insuperable dificultad el señor Gutierrez, aunque mejoró mucho la obra original con importantes adiciones, la dejó casi tan imperfecta como ántes 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 índice general de materias. El autor de la presente refundición 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 edición con las anteriores. Si por fortuna ha acertado en este punto tan esencial, espera ser tratado con in-

dulgentia 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 ímprobo sea este trabajo, no hay para que encarecerlo, pues se ofrece desde luego á la consideración del ménos advertido: no debiendo yo omitir á este propósito que para la composición de los dos primeros tomos me ha ayudado el señor D. Juan Nicasio Gallego, mi amigo, sujeto 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 variación que la de alterar los párrafos cuando ha sido necesario, para dar el debido enlace á la serie de la doctrina.



de las cortes de España y las novísimas de nuestros  
reinos, que abrogan las leyes anteriores de la  
jurisprudencia española, a la vez que consideramos como  
superfluas las pertenecientes a las dictadas con posteriori-  
dad a la época en que se verificó la independencia.

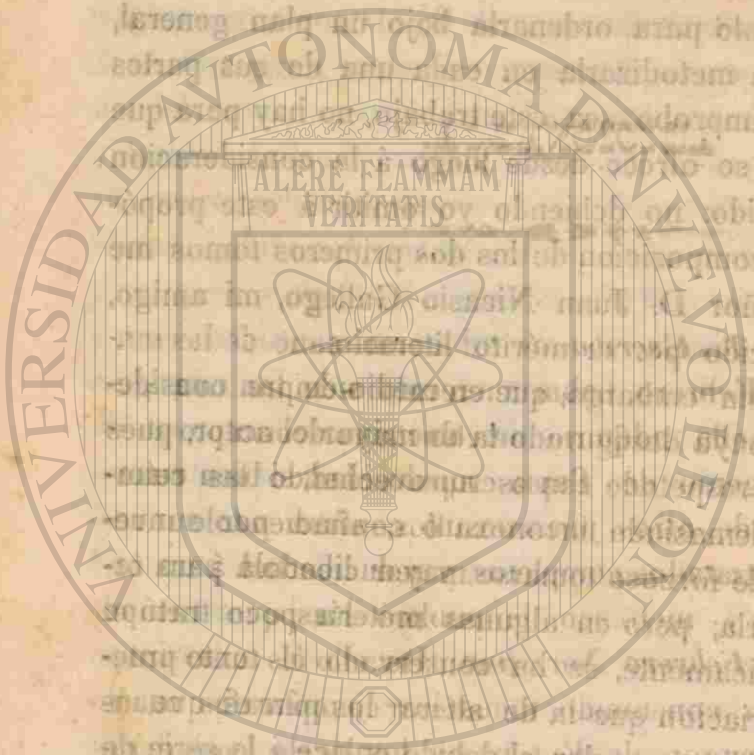
**PRÓLOGO**

DEL

**ADICIONADOR.**

**S**i la *Librería de Escribanos*, tal como salió de las ma-  
nos de D. José Febrero, había merecido siempre una ge-  
neral aceptación, ella adquirió mucho mayor concepto des-  
pues que D. Eugenio de Tapia, aprovechando las refor-  
mas y adiciones de otros jurisconsultos, añadiéndole nue-  
vas doctrinas y tratados completos, y reduciéndola á un ór-  
den mas regular y metódico, la publicó ha poco tiempo  
bajo el título de *Febrero Novísimo*. De ello es una prue-  
ba, el haberse ya consumido todos los ejemplares que de  
dicha edición vinieron de Europa, y los de la considera-  
ble reimpression que se hizo de ella en esta ciudad en 1831.

No obstante, para el foro mejicano la obra no tenía  
la utilidad que se deseaba, y de que era susceptible. Co-  
mo el Sr. Tapia solo se propuso escribir para España, y  
no para las Américas, independientes ya de esta, en la fe-  
cha en que dió á luz sus trabajos no pudo encargarse de  
muchas interesantes decisiones del derecho de Indias, ni  
mucho ménos de las providencias dictadas por los nuevos  
gobiernos de aquellas antiguas colonias. De aquí es, que  
los mejicanos extrañábamos en tan apreciable produccion



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las disposiciones vigentes de la Recopilacion de Indias, las de las cortes de España y las novísimas de nuestros congresos, que abrogan ó restringen otras innumerables de la jurisprudencia española; á la vez que considerábamos como superfluas las pertenecientes á esta dictadas con posterioridad á la época en que se verificó la independenciam.

Convencido de esto mi particular amigo el ciudadano Mariano Galvan Rivera, á quien tanto debe la literatura mejicana, por las costosas ediciones que de obras científicas de todos ramos ha hecho para utilidad del público en estos últimos tiempos, y deseoso de prestar un nuevo servicio á la sociedad, se propuso reimprimir el *Febrero Novísimo*, añadiéndole todo lo ya dicho que se echaba en él de ménos; y ademas, quanto se juzgase contribuir á su mayor perfeccion y utilidad, para compensar en cierto modo las varias páginas que en la edicion de Tapia se llenaban con materias y disposiciones absolutamente inútiles ó inadaptables por la fecha de su origen, ó mutacion de circunstancias, al actual estado de la jurisprudencia mejicana, y que por lo mismo debian omitirse. Tan feliz idea, hija á la verdad de un verdadero patriotismo y acreedora á la eterna gratitud del público, era digna de haberse encomendado, para su ejecucion en la parte literaria, á un juriconsulto encanecido en el estudio; sin embargo, el empresario no teniendo en consideracion mi juventud, y haciéndolo la amistad formase de mí una opinion mas aventajada que la que realmente merezco, se empeñó, á pesar de mis protestas de insuficiencia, en que yo me encargase de llevarla á efecto. Solo pues, las instancias irresistibles de un amigo apreciado, cuyos deseos en todo deseaba obsequiar, y no una loca presuncion, como algunos acaso pensarán, pudieron

hacerme emprender una obra de tanta dificultad, y sin disputa muy superior á mis fuerzas.

Para corresponder á semejante confianza y coadyuvar al fin que se habia propuesto el Sr. Galvan en beneficio público, nada he omitido por mi parte. A demas de las disposiciones del derecho de Indias, autos acordados de la antigua Audiencia, cédulas y órdenes extravagantes, y leyes y decretos de las Cortes de España y de los Congresos mejicanos, se han añadido á la obra muchas doctrinas de uso frecuente y algunos tratados absolutamente nuevos, tales como los del título preliminar, y otros que podrán advertir los que hayan manejado la antigua edicion. Entretanto, el texto de esta en todos aquellos puntos que aun estan vigentes, ha permanecido intacto, excepto en algunos lugares en que las adiciones exigian se alterase el orden de los párrafos, y aun en esos se ha conservado sustancialmente la doctrina que contenian. Respecto á citas de leyes, no solo se han ratificado las de la edicion anterior, sino que se han añadido en tanto número, para fundar doctrinas que Febrero solo presentaba como opiniones de autor, que puede decirse ser muy raro el capítulo que, no teniendo otras adiciones, carezca aun de estas; haciéndose las de la Recopilacion de Castilla, con referencia á la *Nueva* y á la *Novísima*. En quanto á formularios, se han corregido los que tenia con arreglo á nuestra legislacion y costumbres; se han insertado en la jurisprudencia mercantil los que se habian omitido y que se encontraban en otras ediciones; y acerca de algunos relativos á actos frecuentes y que Febrero no traia, son remitidos los escribanos al *Arte de notaría* de Comes, últimamente impreso traducido al castellano. Por último, el índice se

ha aumentado considerablemente con objeto de facilitar el manejo de la obra á los que la consulten.

De las adiciones nuevamente hechas, una se ha juzgado oportuno interpolar en el texto de la obra, y otras se han puesto por via de notas. Las primeras se han colocado entre dos \*\*, designando uno en donde comienza, y el otro en donde terminan: las segundas llevan al fin, para distinguirlas de otras notas de las anteriores ediciones, una *E*.

Aunque no estoy persuadido del acierto en todos esos trabajos, no creo sin embargo, haber errado en todos; lo cual es suficiente para que la obra sea buena, segun el sabido entimema de Marcial: *Est aliquid boni, ergo bonus liber est*. En todo caso, suplico á los sabios jurisconsultos mejicanos, y aun á los principiantes á cuyas manos llegue aquella, que si le notaren algun error ó equivocacion, se sirvan corregirla en obsequio del público á quien consagro tan ímproba tarea; y disimular al que la escribió, que no por eso afecta ciencia, una ignorancia inculpable que él mismo confiesa, y que solo podrá desterrar con el constante estudio y dilatada práctica.

Méjico á 5 de Octubre de 1834.

## ERRATAS NOTABLES

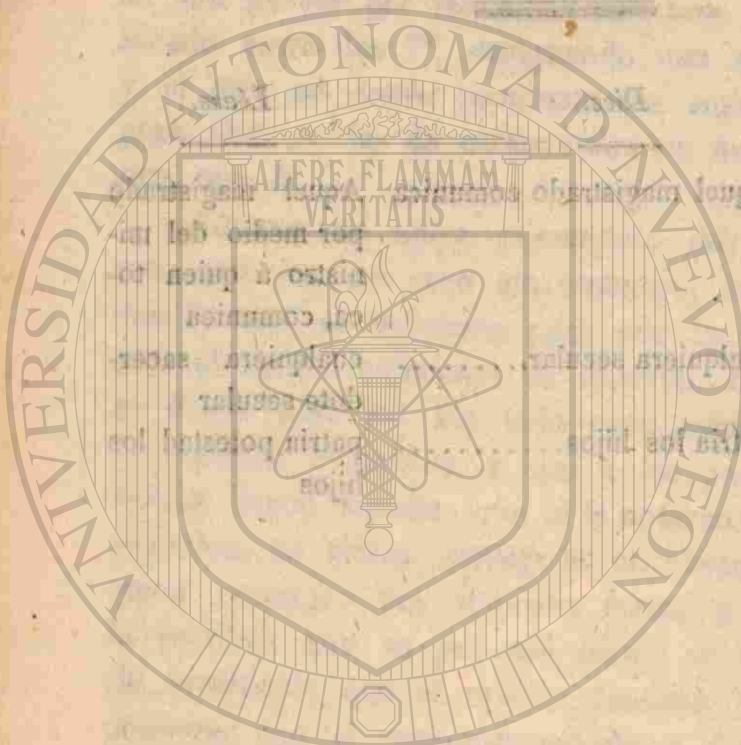
## DEL TOMO PRIMERO.

<u>Pág.</u>	<u>Línea.</u>	<u>Dice.</u>	<u>Léase.</u>
10	18	Aquel magistrado comunica	Aquel magistrado por medio del ministro á quien toca, comunica
143	20	cualquiera secular.....	cualquiera sacerdote secular
248	Nota a	patria los hijos.....	patria potestad los hijos

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DIRECCIÓN GENERAL

**TITULO PRELIMINAR.**

**DEL DERECHO, DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA JUSTICIA.**

**CAPITULO PRIMERO.**

*Del Derecho en general, de la Jurisprudencia y de la Justicia.*

- |       |  |             |  |
|-------|--|-------------|--|
| 1     | Varias acepciones de la palabra <i>derecho</i> .   | uno y otro. |  |
| 2     | Su division en divino y humano.  | 10          | Diferencias principales, entre el <i>derecho civil</i> y el <i>natural</i> .   |
| 3     | Subdivision del divino en <i>natural</i> y <i>positivo</i> , y definicion del <i>natural</i> . | 11          | Division del <i>derecho civil</i> en <i>escrito</i> y <i>no escrito</i> .  |
| 4     | Propiedades caracteristicas del <i>derecho natural</i> .                                       | 12          | En <i>público</i> y <i>privado</i> .   |
| 5 y 6 | Qué sea <i>derecho de gentes</i> .   | 13          | Se define la <i>Jurisprudencia</i> .   |
| 7     | Divisiones de este <i>derecho</i> .  | 14          | El objeto de ella es la <i>justicia</i> : explicase en qué sentido se toma esta palabra, y los tres puntos á que puede reducirse la ciencia del <i>derecho civil</i> . |
| 8     | Del <i>derecho divino positivo</i> .   |             |  |
| 9     | Del <i>derecho humano</i> , su division en <i>civil</i> y <i>canónico</i> y definiciones de    |             |  |

1. La palabra *derecho* tiene muchas y diversas acepciones. Se toma: 1.º por la reunion ó conjunto de reglas que dirigen al hombre en su conducta para que viva conforme á justicia: 2.º por la ciencia del *derecho* ó la *jurisprudencia*: 3.º como sinónimo de las voces *justo*, *bueno* y *equitativo*: 4.º por la decision ó sentencia del juez: 5.º por el lugar en donde se administra justicia: 6.º por la accion que se tiene á una cosa: 7.º por la cosa mandada por las leyes, esto es, por los bienes, goces ó facultades que las leyes nos aseguran: 8.º por las cosas incorporeales, como las *servidumbres*, *herencias*, *obligaciones* y otras semejantes: 9.º por el impuesto que se carga á las *mercaderías*, *comestibles*, *tierras* ó *personas* en clase de *contribucion*: 10.º por la *propina* que se paga á los *ministros de justicia*, y *empleados de otras oficinas* por su trabajo, segun reglas de *arancel*.

2. El *derecho* en su primera acepcion se divide en *divino* y *humano*. *Divino* es la coleccion de reglas ó *leyes* dictadas por *Dios*, y *humano* la de las establecidas por los *hombres*.

3. El *derecho divino* se subdivide en *natural* y *positivo*: al *natural* lo definen las *Partidas* diciendo ser el „que han en si los

omes naturalmente, é aun las otras animalias que han sentido;" cuya definicion está tomada de la que dio Ulpiano<sup>1</sup> y repitió despues Justiniano<sup>2</sup>; mas los mismos intérpretes del derecho romano advierten que esta definicion es muy impropia, pues los brutos, como destituidos de razon, son incapaces de regirse por derecho<sup>3</sup>, lo cual tambien reconoce en cierto modo Gregorio Lopez<sup>4</sup>. Hoy todos los escritores dicen, que derecho natural es *el que Dios ha promulgado á la especie humana por medio de la recta razon*; ó en términos mas filosóficos, *aquel conjunto de reglas que derivadas de la constitucion del hombre, se presentan á su sentido y razon, y tienen por único y comun objeto conservar su especie y hacerla dichosa*. Porque Dios ha organizado al hombre de tal modo, que no puede dejar de inclinarse á su conservacion, siendo en él los medios de conseguirla unas necesidades tan urgentes, que le es imposible abstenerse de satisfacerlas; calificando en seguida de bueno todo lo que contribuye á ella y al desarrollo de sus facultades, y de malo lo que es contrario á esto. El hombre ademas supone en sus semejantes sentimientos iguales á los suyos, y por lo mismo luego que entra en relacion con ellos, se propone observar alguna norma para no ser perjudicado, y para percibir los bienes que pueden proporcionarle. El deseo pues de la propia conservacion, el exámen del influjo de los seres físicos sobre su existencia, y la consideracion de las relaciones humanas, le indican muy pronto algunas verdades que deben conducirlo, y que siendo evidentes, llegan á ser uniformes para todos los individuos de su especie. Estas verdades ó leyes no tienen otro código que la naturaleza del hombre<sup>5</sup>, ni puede pedirse su número, porque es el de las aplicaciones de la razon á las necesidades de la vida, que son muy variadas; y por último, se dice que son dictadas por Dios, porque la naturaleza, de la cual se deducen, es obra suya (a).

1 L. 1. § 3. D. De just. et jure.

2 Princ. Inst. De jur. natur. gent. &c.

3 Vinnio en el mismo lugar.

4 Glos. 2 de la ley 2. t. 1. p. 1.

5 Por eso dice S. Pablo [1. ad Roman. 2. 15]: que están escritas en los corazones de todos, aun de los gentiles.

(a) Reyneval en sus *Instituciones de derecho natural y de gentes*, lib. 1. cap. 1. § 8. not. 8. dice que el derecho natural hablando propiamente, debia llamarse *razon natural*, pues son muy impropias las palabras *derecho ó ley*, cuya analogía, añade en la nota, no se encuentra en la naturaleza. El derecho supone una obligacion, y esta impone un deber: por otra parte la ley supone una autoridad superior, y no vemos en la primitiva naturaleza humana ni

obligacion, ni deber, ni autoridad, y por consiguiente ha de buscarse en otra parte, que es en la *inteligencia suprema* á quien el hombre debe su existencia; pero le ha creado libre, y el único sentimiento imperioso que le ha dado es el de conservarse; y para que este no le haga tropezar, le ha dotado el Criador de entendimiento, juicio y voluntad, de cuyo conjunto resulta la *razon humana*, la *razon natural*. Esta es la única guia del hombre abandonado á sí mismo y no contenido por autoridad alguna superior; porque lo que puede llamarse *ley*, con relacion á la naturaleza, solo mira á la física y material, y de ningun modo á la moral; de lo contrario el hombre no sería libre, sino un autómatas que se veria precisado á obrar conforme á una ley invariable, como todos los cuerpos

4. Al derecho natural asignan los autores cuatro propiedades esenciales y características. 1.<sup>o</sup> La universalidad en cuanto á su obligacion, porque es comun á todo el género humano. 2.<sup>o</sup> La evidencia de sus principios, por la que no pueden ignorarse invenciblemente. 3.<sup>o</sup> Su excelencia respecto de las leyes humanas, pues es la fuente y origen de todas ellas. Y 4.<sup>o</sup> su inmutabilidad propiamente dicha, pues de su alteracion resultaria la del orden de la naturaleza. Es cierto que en algunos casos particulares parece que dejan de obligar los preceptos del derecho natural; mas esto no arguye en ellos mutacion verdadera, sino tan solo una variacion de circunstancias en los casos á que se han aplicado<sup>1</sup>.

5. El derecho natural no se aplica tan solo á las acciones de los particulares, sino que arregla tambien la conducta de las naciones ó estados independientes entre sí, en cuyo caso toma la denominacion de *derecho de gentes* (a). El autor de las Partidas, siguiendo á Justiniano<sup>2</sup>, decia que era un *„derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes, é no á las otras animalias“*; y los intérpretes lo dividian en primario y secundario, llamando primario al que dicta la razon natural sin necesidad de discurso ni meditacion, y secundario al que se deriva de ella por medio de argumentos y reflexiones que han hecho conocer á los hombres su utilidad y necesidad. Mas Vattel observa<sup>3</sup> sobre aquella definicion, que lo es del derecho natural tomado, no en el sentido tan lato que tenia en la jurisprudencia romana, sino en su verdadero significado que ya dejamos expuesto; y por lo mismo, con el comun de los autores la desecha, y define al derecho de gentes diciendo, *ser el mismo derecho natural aplicado á las naciones*<sup>4</sup>.

6. Para resolver los argumentos que se objetan contra esta definicion, y asimismo para acertar en las resoluciones que se saquen de los principios del derecho natural aplicándolos á las naciones; debe advertirse, que como la aplicacion de una regla no puede ser justa y racional si no se verifica de una manera conveniente al objeto, no ha de creerse que el derecho de gentes sea precisamente en todos sus puntos lo mismo que el natural, de suerte que no haya mas que

inanimados, así como una piedra arrojada al aire busca su centro de gravedad.

1 Constantini *De jure natur. et gent. in genere* disp. 4. cap. 2.

(a) Reyneval, en la obra y lugar citados nota 10. dice „que esa expresion es evidentemente defectuosa: 1.<sup>o</sup> porque no hay *derecho* donde no hay *ley*, y no hay *ley* donde no hay superior; pues sin *ley* no existe propiamente obligacion, á no ser la moral que resulta de la razon, que es el caso de las naciones entre sí.

2.<sup>o</sup> La palabra *gentes* imitada del latin, no significa ni pueblos ni naciones, y es por consiguiente una traduccion falsa aunque literal. Sin embargo, añade, nos ha parecido conveniente adoptarla, porque las dos palabras están consagradas por el uso general de todos los escritores.

3 § 2. Inst. De jur. nat. gent. &c.

4 L. 2. t. 1. p. 1.

5 En el prólogo de su *Derecho de gentes*.

6 Citada obra *Preliminares* § 2.

substituir las naciones á los particulares. Una sociedad civil ó un estado, es un objeto muy diferente de un individuo humano; y de aquí resultan, conforme á las leyes naturales, obligaciones y derechos distintos en muchos casos. Es preciso pues, saber hacer una aplicacion acomodada á los objetos; y el arte de hacerla, con una exactitud fundada en la recta razon, forma del derecho de gentes una ciencia particular<sup>1</sup>.

7. El derecho de gentes se divide en *necesario* y *positivo*. Al primero se da ese nombre, porque como no es mas que la aplicacion del derecho natural á los negocios de las naciones, todas se hallan obligadas á guardarlo, y ademas tiene las mismas propiedades que hemos asignado á aquel. *El positivo* es el que proviene al principio de la voluntad de las naciones que por su consentimiento contraen diversas obligaciones, cuyo cumplimiento despues se hace forzoso y constituye un derecho. Se subdivide en *voluntario*, que procede del consentimiento presunto; *convencional* del expreso; y *consuetudinario* del tácito; y no habiendo otro modo de deducir algun derecho de la voluntad de las naciones, tampoco hay mas que estas tres especies de derecho de gentes positivo<sup>2</sup>.

8. Habiendo hablado del derecho divino natural, pasamos á tratar del positivo. Se da este nombre á *aquel que Dios ha querido manifestar á los hombres por medio de la revelacion*. Entre él y el natural existen varias notables diferencias: 1.<sup>a</sup> El natural se conoce por sola la razon, y el positivo por la revelacion: 2.<sup>a</sup> El uno es absolutamente necesario, y de tal suerte unido con la recta razon, que al punto se manifiesta á todo el que quiera usar de ella; el otro por el contrario, depende de la libre voluntad de Dios, y acerca de muchos puntos ignorariamos la justicia, si la sagrada Escritura no nos la declarase: 3.<sup>a</sup> Por último, el natural es inmutable, como dejamos dicho, no así el positivo, que se acomoda á veces por utilidad de los hombres al estado en que se encuentran.

9. Síguese el derecho humano cuya definicion quedó asentada al principio. Se divide en civil y canónico: *civil es el que ha establecido cada pueblo por sí ó por sus representantes, para arreglar los derechos y deberes de sus individuos y conseguir los fines de la sociedad*<sup>3</sup>; *canónico es la coleccion de reglas establecidas por la Iglesia sobre puntos de fe ó de disciplina eclesiástica*; el objeto de este derecho

1 Vattel Preliminares § 2.

2 Vattel lug. cit. ns. 7 y 28.

3 El derecho que acabamos de definir, dice Vinnio, [§ 1 *Inst. de jur. nat. &c.*] deberá llamarse *civil in specie*; porque si se entiende por derecho civil aquel en general de que usa la república, se comprenderán bajo ese nombre muchos preceptos del natural y de gentes. Por lo

mismo, añade, para mayor claridad, podrá distinguirse el derecho civil en *mero* y *mixto*: el uno abraza puramente aquellas disposiciones que son justas y obligatorias solo por haberlas dictado la potestad civil; el segundo contendrá todos los establecimientos que no constituyen por sí una cosa nueva, sino que modifican ó determinan lo que ya anteriormente estaba dispues-

es arreglar la conducta de los hombres para conducirlos á la eterna bienaventuranza, no por fuerza, sino de grado y buena voluntad.

10. Contrayéndonos al derecho civil, único de que trataremos en esta obra, advertimos que se diferencia del natural y de gentes, principalmente en dos cosas: 1.<sup>a</sup> En que este no es como aquel, propio de una sola nacion ó república, sino comun á todo el género humano: 2.<sup>a</sup> En que las cosas mandadas ó prohibidas por el natural son buenas ó malas absolutamente; y las que contiene el civil en sí no son torpes ni honestas, pero que comienzan á serlo desde que se preceptúan ó vedan por exigirlo así la utilidad pública; de aquí dimana que el uno sea invariable, á la vez que el otro sufre muy frecuentes mutaciones.

11. El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es, *no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado*; y no escrito es aquel, *que sin promulgacion, y solo por el uso se introduce en la república, recibiendo su confirmacion del consentimiento tácito del legislador; aunque despues para conservar su memoria se reduzca á escritura*.

12. Tambien se divide el derecho civil en público y privado. Público es *el que tiene por objeto determinar el orden general del estado, estableciendo la forma de gobierno, y prescribiendo las obligaciones y derechos de los que mandan y de los que obedecen* (a); y privado es *el que se dirige á arreglar los intereses y negocios de los particulares que componen el estado*. El derecho público comprende cuanto tiene relacion á la seguridad interior y exterior, á la libertad individual de los ciudadanos, á la agricultura, al comercio, á la industria, á la instruccion pública, á las contribuciones, á la policia, al culto &c., y al castigo y prevencion de los delitos, en cuanto se dirigen uno y otra á la conservacion del orden y de la seguridad pública. El derecho privado arregla todo lo que constituye y asegura el estado particular de los ciudadanos, como los matrimonios, nacimientos &c.; cuanto concierne á sus transacciones, como los contratos de venta, de cambio, las obligaciones, donaciones &c.; y por último, en los delitos lo relativo á procurar una justa satisfaccion á

to de una manera indeterminada por el derecho natural.

A la vez advertimos, que por antonomasia se da el nombre de *derecho civil ó comun* al romano; aunque la segunda denominacion se prueba expresamente en el auto 1. tit. 1. lib. 2. R. ó not. 2. tit. 2. lib. 3 N.

(a) La voz *derecho público* no tiene siempre un mismo significado. A veces se llama público el derecho, por traer su origen de la autoridad pública; en este sentido todo lo contenido en las leyes es derecho público, y se

entiende entónces por privado, el que cada particular adquiere para sí en las convenciones y contratos. Se da tambien el nombre de *público* al derecho comun á todos los ciudadanos de un estado; á distincion del derecho particular ó privilegio, que compete á una sola persona. Por último se dice público el derecho, por razon de su objeto, [no atendido su fin, pues bajo tal aspecto, seria pública, como dice Heineccio, toda la Jurisprudencia que se dirige al bien de la república]; y en ese sentido se toma en la definicion dada.

la parte perjudicada. En esta obra tratamos puramente del derecho privado, tocando del público tan solo la parte criminal (a).

13. Dada ya una idea del derecho en general y de sus divisiones, vamos á definir la jurisprudencia. Ulpiano<sup>1</sup> y Justiniano<sup>2</sup> la llamaron: „Conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto;” sobre cuya definicion han disputado mucho los autores sosteniéndola unos<sup>3</sup>, y reprobándola como ridicula otros<sup>4</sup>. En nuestro concepto quedará exacta, si se omite la primera parte, y se reduce solo á llamarla ciencia de lo justo y de lo injusto; esto es, ciencia que contiene los preceptos que nos enseñan á distinguir lo justo de lo que no lo es, para que en los diferentes negocios que ocurren todos los dias podamos dar á cada uno lo que es suyo.

14. De aquí se infiere que el objeto de la jurisprudencia es la justicia, no tomada esta palabra en cuanto significa una virtud especial ni el conjunto de las virtudes, sino solo en cuanto denota la bondad ó malicia de las acciones humanas, á la que tambien se da el nombre de justicia ó injusticia. Esta en la sociedad civil consiste en la conformidad de las acciones externas de los ciudadanos con las leyes<sup>5</sup> (b); y como para conocer esta conformidad es indispensable saber primero las leyes, luego interpretarlas ó entender su verdadero sentido, y por último, aplicarlas con tino y discrecion á los negocios que se ofrecen, diremos que la jurisprudencia civil está redu-

(a) Fritot en el Prefacio de su obra intitulada: Science du publiciste, entiende por derecho en general, ó derecho natural en la acepcion mas amplia de esta palabra, la reunion ó conjunto de todas las reglas que deben determinar las relaciones de los hombres y de las cosas entre si en materia de legislacion; y lo divide en filosófico ó moral, y constitucional ó orgánico. El primer miembro lo subdivide en derecho público, derecho político y derecho de gentes: derecho público dice ser, el que debe arreglar las relaciones, derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo de quien es parte, y las obligaciones del pueblo para con cada uno de los que lo forman. Derecho público, añade en una nota, quiere decir, derecho que determina los principios generales ó públicos que deben servir de base y regla á todas las leyes particulares ó disposiciones de legislacion, relativas á la religion, al derecho civil, y al penal: el derecho público es como el tronco de todas estas ramas, de las que pueden considerarse como ramificaciones, los reglamentos de administracion, policia, disciplina militar, &c. Por derecho político ó de las naciones entiende, el que arregla las relaciones y conducta de diferentes pueblos entre si; y por derecho de gentes ó comun el que determina dichas relaciones entre los hombres de diferentes naciones, ya entre ellos mismos, ya respecto de las socieda-

des á que no pertenecen. Finalmente llama derecho constitucional constitutivo ó orgánico, al que reúne y abraza los principios y reglas de la organizacion social mas propia, para hacer observar los verdaderos principios del filosófico ó moral.

1 L. 10 § 2. D. De just. et jur.  
2 § 1. Inst. eod.  
3 Vinnio en dicho §.  
4 Alvarez Instit. lib. 1. tit. 1. part. 2.  
5 Heineccio Recitationes lib. 1. t. 1.

(b) Ningun acto puramente interno aunque pacaminoso, es delito, ó injusto civilmente; y aun las acciones externas para que lo sean es necesario que turben la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares, esto es, que no sean conformes á las leyes. La razon es, dice Lardizabal, (Discurso sobre las penas, cap. 4. § 1), porque cuando los hombres se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenían de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesta la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar en ella. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como injustas sino aquellas acciones externas que directa ó indirectamente

cida á esos tres objetos: por lo que Heineccio<sup>1</sup> la define: Ciencia práctica de interpretar bien las leyes, y de aplicarlas rectamente á los casos ocurientes.

turban la pública tranquilidad ó la seguridad de los particulares. Por lo mismo si uno paga los tributos á que está obligado, se abstiene de matar, de robar ó de dañar de otro modo á ninguno de sus conciudadanos, será justo civil-

mente, aunque esto lo practique contra su voluntad, y sea, como se expresa Heineccio, un hipócrita, un ateo.

1 Recitationes lib. 1. t. 1.

CAPITULO II.

Del Derecho escrito ó de las leyes.

1	Definicion y etimología de la palabra ley.	leyes.
2	Solo el legislador puede establecer leyes.	17 Explicase la ley 28 tit. 11. part. 5. <sup>o</sup>
3	Nombres que tienen entre nosotros las resoluciones del cuerpo legislativo.	18 Qué leyes pueden ó no renunciarse.
4	La ley debe ser promulgada.	19 Qué es interpretacion de la ley, y sus varias especies.
5	Autoridades á quienes corresponde hacerlo.	20 Subdivisiones de la interpretacion doctrinal.
6	Promulgada una ley, obliga luego que sea moralmente posible que haya llegado á noticia de todos.	21 Reglas para verificarla rectamente.
7	La ley solo dispone para lo futuro: no puede haberlas retroactivas, y excepcion de esta regla.	22 De la epiqueya.
8	Propiedades de toda ley.	23 Las leyes no obligan en caso de necesidad.
9	Explicanse los tres preceptos á que pueden reducirse todas las leyes.	24 La ley se extingue cuando cesa universalmente su fin total.
10	Estas obligan á todos los súbditos del legislador, aunque sean eclesiásticos; cuyo punto se trata mas extensamente en la nota.	25 De la derogacion.
11	A qué leyes estan obligados los extranjeros y los vagos.	26 Efecto que producen las leyes derogadas.
12	Los legisladores en los gobiernos representativos estan sujetos á sus leyes.	27 La ley fundada en presuncion cesa cuando aparece la verdad contraria.
13	Todo ciudadano tiene obligacion de saber las leyes, y en la nota obsérvese la dificultad de cumplirla con esta obligacion.	28 De las dispensas.
14	A quiénes excusa la ignorancia del derecho.	29 La ley pierde su fuerza por costumbre contraria, pero no por no uso.
15	Leyes prohibitivas é irritantes, y diversas especies de estas.	30 De los privilegios, y su division en reales y personales.
16	Efectos diferentes de unas y otras	31 En afirmativos y negativos.
		32 De cuántos modos se puede adquirir el privilegio?
		33 De la interpretacion de los privilegios.
		34 De la confirmacion de los mismos.
		35 No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, sino en ciertos casos que se expresan.
		36 hasta el 39 Modos de cesar ó extinguirse los privilegios.

la parte perjudicada. En esta obra tratamos puramente del derecho privado, tocando del público tan solo la parte criminal (a).

13. Dada ya una idea del derecho en general y de sus divisiones, vamos á definir la jurisprudencia. Ulpiano<sup>1</sup> y Justiniano<sup>2</sup> la llamaron: „Conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto;“ sobre cuya definicion han disputado mucho los autores sosteniéndola unos<sup>3</sup>, y reprobándola como ridicula otros<sup>4</sup>. En nuestro concepto quedará exacta, si se omite la primera parte, y se reduce solo á llamarla ciencia de lo justo y de lo injusto; esto es, ciencia que contiene los preceptos que nos enseñan á distinguir lo justo de lo que no lo es, para que en los diferentes negocios que ocurren todos los dias podamos dar á cada uno lo que es suyo.

14. De aquí se infiere que el objeto de la jurisprudencia es la justicia, no tomada esta palabra en cuanto significa una virtud especial ni el conjunto de las virtudes, sino solo en cuanto denota la bondad ó malicia de las acciones humanas, á la que tambien se da el nombre de justicia ó injusticia. Esta en la sociedad civil consiste en la conformidad de las acciones externas de los ciudadanos con las leyes<sup>5</sup> (b); y como para conocer esta conformidad es indispensable saber primero las leyes, luego interpretarlas ó entender su verdadero sentido, y por último, aplicarlas con tino y discrecion á los negocios que se ofrecen, diremos que la jurisprudencia civil está redu-

(a) Fritot en el Prefacio de su obra intitulada: Science du publiciste, entiende por derecho en general, ó derecho natural en la acepcion mas amplia de esta palabra, la reunion ó conjunto de todas las reglas que deben determinar las relaciones de los hombres y de las cosas entre si en materia de legislacion; y lo divide en filosófico ó moral, y constitucional ó orgánico. El primer miembro lo subdivide en derecho público, derecho político y derecho de gentes: derecho público dice ser, el que debe arreglar las relaciones, derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo de quien es parte, y las obligaciones del pueblo para con cada uno de los que lo forman. Derecho público, añade en una nota, quiere decir, derecho que determina los principios generales ó públicos que deben servir de base y regla á todas las leyes particulares ó disposiciones de legislacion, relativas á la religion, al derecho civil, y al penal: el derecho público es como el tronco de todas estas ramas, de las que pueden considerarse como ramificaciones, los reglamentos de administracion, policia, disciplina militar, &c. Por derecho político ó de las naciones entiende, el que arregla las relaciones y conducta de diferentes pueblos entre si; y por derecho de gentes ó comun el que determina dichas relaciones entre los hombres de diferentes naciones, ya entre ellos mismos, ya respecto de las socieda-

des á que no pertenecen. Finalmente llama derecho constitucional constitutivo ó orgánico, al que reúne y abraza los principios y reglas de la organizacion social mas propia, para hacer observar los verdaderos principios del filosófico ó moral.

1 L. 10 § 2. D. De just. et jur.  
2 § 1. Inst. eod.  
3 Vinnio en dicho §.  
4 Alvarez Instit. lib. 1. tit. 1. part. 2.  
5 Heineccio Recitationes lib. 1. t. 1.

(b) Ningun acto puramente interno aunque pacaminoso, es delito, ó injusto civilmente; y aun las acciones externas para que lo sean es necesario que turben la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares, esto es, que no sean conformes á las leyes. La razon es, dice Lardizabal, (Discurso sobre las penas, cap. 4. § 1), porque cuando los hombres se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenían de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesta la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar en ella. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como injustas sino aquellas acciones externas que directa ó indirectamente

cida á esos tres objetos: por lo que Heineccio<sup>1</sup> la define: Ciencia práctica de interpretar bien las leyes, y de aplicarlas rectamente á los casos ocurientes.

turban la pública tranquilidad ó la seguridad de los particulares. Por lo mismo si uno paga los tributos á que está obligado, se abstiene de matar, de robar ó de dañar de otro modo á ninguno de sus conciudadanos, será justo civil-

mente, aunque esto lo practique contra su voluntad, y sea, como se expresa Heineccio, un hipócrita, un ateo.

1 Recitationes lib. 1. t. 1.

CAPITULO II.

Del Derecho escrito ó de las leyes.

- 1 Definicion y etimología de la palabra ley.
- 2 Solo el legislador puede establecer leyes.
- 3 Nombres que tienen entre nosotros las resoluciones del cuerpo legislativo.
- 4 La ley debe ser promulgada.
- 5 Autoridades á quienes corresponde hacerlo.
- 6 Promulgada una ley, obliga luego que sea moralmente posible que haya llegado á noticia de todos.
- 7 La ley solo dispone para lo futuro: no puede haberlas retroactivas, y excepcion de esta regla.
- 8 Propiedades de toda ley.
- 9 Explicanse los tres preceptos á que pueden reducirse todas las leyes.
- 10 Estas obligan á todos los súbditos del legislador, aunque sean eclesiásticos; cuyo punto se trata mas extensamente en la nota.
- 11 A qué leyes estan obligados los extranjeros y los vagos.
- 12 Los legisladores en los gobiernos representativos estan sujetos á sus leyes.
- 13 Todo ciudadano tiene obligacion de saber las leyes, y en la nota obsérvese la dificultad de cumplirla con esta obligacion.
- 14 A quiénes excusa la ignorancia del derecho.
- 15 Leyes prohibitivas é irritantes, y diversas especies de estas.
- 16 Efectos diferentes de unas y otras leyes.
- 17 Explicase la ley 28 tit. 11. part. 5.<sup>o</sup>
- 18 Qué leyes pueden ó no renunciarse.
- 19 Qué es interpretacion de la ley, y sus varias especies.
- 20 Subdivisiones de la interpretacion doctrinal.
- 21 Reglas para verificarla rectamente.
- 22 De la epiqueya.
- 23 Las leyes no obligan en caso de necesidad.
- 24 La ley se extingue cuando cesa universalmente su fin total.
- 25 De la derogacion.
- 26 Efecto que producen las leyes derogadas.
- 27 La ley fundada en presuncion cesa cuando aparece la verdad contraria.
- 28 De las dispensas.
- 29 La ley pierde su fuerza por costumbre contraria, pero no por no uso.
- 30 De los privilegios, y su division en reales y personales.
- 31 En afirmativos y negativos.
- 32 De cuántos modos se puede adquirir el privilegio?
- 33 De la interpretacion de los privilegios.
- 34 De la confirmacion de los mismos.
- 35 No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, sino en ciertos casos que se expresan.
- 36 hasta el 39 Modos de cesar ó extinguirse los privilegios.



1. Queda definido ya en el capítulo anterior el derecho escrito. La palabra *ley* en un sentido genérico, comprende cuanto hay en la naturaleza; pero aplicada al hombre en el estado natural significa *razon humana, razon natural*; y en el estado social, generalmente hablando, la regla de conducta que los individuos de una misma sociedad deben tener unos para con otros, y para con toda la sociedad<sup>1</sup>; en cuya acepcion se define: *Un precepto general de la potestad suprema intimado á los súbditos, para que acomoden á él sus acciones*<sup>2</sup>. Algunos, considerando á la ley filosoficamente y atendiendo á lo que debe ser, la han definido: *Un acto del poder legislativo fundado evidentemente en los principios, es decir, en la naturaleza de las cosas; y de tal suerte apropiado al interes público y particular, que se le reputa ser la expresion de la voluntad general é individual*. Dicha voz *ley* viene del verbo latino *legere*, en cuanto significa *escoger* segun unos, y en cuanto significa *leer* segun otros, porque la ley escoge mandando unas cosas y prohibiendo otras para la utilidad pública, y se leia al pueblo para que la supiese. Con la primera de estas etimologías parece se conforma el autor de las Partidas, como puede verse en la ley 4.ª tít. 1.º part. 1.ª; aunque Gregorio Lopez<sup>3</sup> juzga, que mas bien aprueba la opinion de los que derivaban aquella palabra del verbo *ligare*, porque la ley liga con sus preceptos y penas.

2. La ley debe traer su origen del soberano<sup>4</sup>. En la Acta constitutiva<sup>5</sup> está declarado que la soberanía reside radical y esencialmente en la nacion; mas no siendo posible que todos los ciudadanos se reúnan, como antiguamente sucedia en las pequeñas repúblicas, para discutir y establecer las leyes, se ha delegado la facultad legislativa, tanto en el gobierno particular de los Estados como en el general de la Federacion, á un cierto número de ciudadanos elegidos periódicamente en las asambleas populares, (las elecciones primarias) para representar al pueblo y formar á su nombre las leyes<sup>6</sup>. Estos ciudadanos componen los que se llaman *congresos nacionales*. El general de la Federacion, que lo es tambien particular del distrito y territorios<sup>7</sup>, está dividido en dos cámaras, una llamada de *diputados* y otra de *senadores*<sup>8</sup>. Las calidades para obtener estos encargos, la duracion de sus funciones, las prerrogativas de los que los desempeñan, el modo de elegirlos, como asimismo los trámites que se dan á las leyes para su formacion,

1 Reyneval *Instituc. del derecho natural y de gentes* lib. 1. cap. 13. § 1.  
 2 L. 1. t. 1. p. 1.  
 3 Glos. 2. de dicha ley.  
 4 Arg. de la l. 13. t. 1. p. 1.

5 Art. 3.  
 6 Arts. 7. y 158 de la Const.  
 7 Art. 50. § 28. id.  
 8 Cit. art. 7.

pueden verse en la constitucion general<sup>1</sup> y otras leyes; y por lo que hace á los Estados en las suyas particulares; advirtiendo solo que para el establecimiento de una ley no basta la aprobacion del cuerpo legislativo, sino que se requiere ademas (excepto en ciertos casos) la sancion y firma del poder ejecutivo, á cuyo depositario, que es el presidente de la república, se pasan todas ellas para su publicacion, pudiendo dentro de cierto término devolverlas al congreso con observaciones, para que tomadas en consideracion se discutan nuevamente, y se resuelva por último su reforma, promulgacion ó desaprobacion<sup>2</sup>. Solo pues á las asambleas legislativas corresponde la facultad de hacer leyes, interpretarlas, declararlas ó enmendarlas<sup>3</sup>, y por lo mismo los estatutos y ordenanzas que establece un consejo, junta ó colegio para su mejor gobierno, no tienen valor ni obligan hasta obtener su aprobacion<sup>4</sup>; mas la de dar reglamentos, decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de aquellas, toca tambien al ejecutivo<sup>5</sup>. En la jurisprudencia romana<sup>6</sup> y en la española tenian las leyes muy diversos nombres segun el origen de donde dimanaban y la forma con que se expedian<sup>7</sup>; mas en la actualidad las resoluciones del congreso general no pueden tener otro carácter que el de ley (*in specie*) ó decreto<sup>8</sup>. Las primeras arreglan puntos generales, y los segundos versan sobre casos particulares: las dispensas de ley y los indultos especiales, por ejemplo, son la materia de los decretos; así como la formacion de códigos, el arreglo de oficinas y el de todos los ramos de la administracion lo son de las leyes.

4. Ademas de la aprobacion del poder legislativo y sancion del ejecutivo, es necesario para constituir una ley que se promulgue debidamente y de manera que llegue á noticia de todos los ciudadanos; pues no pudiendo ser obligados á una cosa imposible, y

1 Todo el tit. 3.  
 2 Arts. 48, 49, 60, 61 y 106 de la Const.  
 3 LL. 12. t. 1. p. 1. y 3. t. 1. l. 2. R. ó 3. t. 2. l. 3. N.  
 4 LL. 8. y 13. t. 1. l. 7. R. ó 2. y 6. t. 3. lib. 7. N. y 32. tit. 1. lib. 2. R. I.  
 5 Véanse las Constituciones de los Estados y el art. 110 de la general.  
 6 Véanse los §§ 5. hasta el 8. *Inst. De jur. nat. &c.*  
 7 Como todavia se usan en nuestro foro, con referencia á las leyes españolas, los nombres que se les daban, no nos podemos excusar de definirlos aunque por via de nota. *Pragmática sancion* se llamaba la ley ó estatuto general promulgado para remediar algun exceso, abuso ó daño que se experimentaba en la república, el que se insertaba en el cuerpo del derecho. *Real cédula* era el despacho del rey expedido por algun consejo ó tribunal superior,

en que se concedia alguna merced ó tomaba alguna providencia. *Real resolucion* se denominaba la determinacion tomada por el rey en algun caso propuesto. La orden del rey extendida en las secretarías del despacho y rubricada por él, para participar sus resoluciones á quienes correspondian, tenia el nombre de *real decreto*. *Cédula, carta ó orden circular* era cualquiera providencia que se expedia para que circulara en una provincia ó en muchas. *Real orden* se llamaba la disposicion que comunicaba algun ministro del rey por su mandato. *Autos acordados* eran las leyes establecidas con acuerdo del rey por el Consejo de Indias ó de Castilla; de manera que la fuerza que tenian la tomaban de la aprobacion del rey, á quien debian consultarse, como disponia el cap. 10 de la ley 62. tit. 4 lib. 2. R. ó 9. tit. 3. lib. 3. N.  
 8 Art. 47. de la Const.

siendo tal la observancia de una ley que ignoran, faltará á esta el carácter de regla de las acciones humanas, que constituye su esencia, hasta que no se verifique su publicacion<sup>1</sup>. Mas para que una ley se diga suficientemente promulgada, no se requiere que en lo particular se notifique á cada ciudadano, basta que de alguna manera se le dé tal publicidad, que probablemente se juzgue poder llegar á noticia de todo el pueblo<sup>2</sup>. Entre nosotros se promulgan las leyes fijándose con toda solemnidad en los parages de mas concurrencia por una persona pública, ejemplares de ellas autorizados con la firma de la autoridad local competente para publicarlas, y circulándose por la misma á las personas á quienes toca su cumplimiento; excepto los decretos que tienen objeto particular, ó se contraen á determinadas personas, pues estos se hacen solamente notorios al individuo ó individuos á quienes compete su observancia, y se insertan en los periódicos para inteligencia del público<sup>3</sup>.

5. La autoridad competente para publicar y circular las leyes del congreso general es el presidente de la república<sup>4</sup>; y las de las particulares de los Estados su gobernador<sup>5</sup>. Aquel magistrado comunica las de su resorte á los gobernadores de estos, al del distrito y gefes políticos de los territorios, los que proceden luego á promulgarlas en sus respectivos distritos; pues conforme á las leyes<sup>6</sup>, son para este efecto los órganos inmediatos de comunicacion de la autoridad suprema con los ciudadanos. Poner en ejecucion una ley ó reglamento que ántes no se hubiese promulgado por la autoridad correspondiente, ó fingirla ó anunciarla de autoridad propia y privada, es conspirar contra la tranquilidad pública, y el que lo hiciere debe ser castigado como reo de estado<sup>7</sup>.

6. La ley obliga luego que se publica, si no es que en ella misma se prefije el tiempo desde que debe comenzar á obligar, como sucede muchas veces. Pero aunque segun se ha dicho la obligacion de observar la ley empieza con su publicacion, esto no se entiende simultáneamente, de manera que al momento obligue en toda la extension del distrito en que se promulgó, sino sucesivamente, esto es, dentro de un espacio de tiempo en que sea moralmente posible que la noticia de la ley se difunda por todo aquel lugar<sup>8</sup>.

7. La ley no dispone sino para lo futuro<sup>9</sup>, y no puede tener jamas efecto retroactivo<sup>10</sup>; esto es, no puede arreglar actos ya

1 Cap. 1. *De concess. praebend.* y LL. 1. t. 1. 1. 2. R. ó 1. t. 2. 1. 3. y 12. t. 2. 1. 3. N.  
2 Cap. 1. *De postulat. praelator.*  
3 Dec. de 4 de mayo de 1833.  
4 Art. 119 de la Const.  
5 Art. 161 id.  
6 Art. 1 del dec. de 11 de nov. de 1824, 17.

del cap. 3. del dec. de 23 de junio de 1813. y 5 del de 18 de nov. de 1824.  
7 Cit. ley 12. tit. 2. lib. 3. N.  
8 Suarez *De legibus* lib. 3. cap. 17.  
9 L. 15. t. 14. p. 3.  
10 Art. 148 de la Const.

pasados haciendo personalmente responsables á sus autores: de otro modo no habria libertad, ni seguridad, ni propiedad, respecto de que una ley nueva podria venir á quitar á los ciudadanos tan sagrados derechos. Mas esta regla no tiene lugar en las leyes *interpretativas*<sup>1</sup>, porque está en el orden y en la naturaleza de las cosas que la interpretacion, que no es mas que la ley claramente explicada, se retrotraiga al tiempo del establecimiento de la misma ley, sin perjuicio de que las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, y las transacciones hechas durante la oscuridad de la ley, conserven todos sus efectos: tampoco se observa en aquellas leyes que declaran vigente otra que habia dejado de usarse, ó que inculcan la observancia de alguna regla del derecho natural alterada por los abusos, ó que deciden casos para los cuales no existia antecedentemente ni ley ni costumbre; y por lo mismo si algunos de estos estuvieren pendientes en los tribunales al tiempo de establecerse una ley que los resuelva, deberán sentenciarse por ella á pesar de que hayan acontecido desde ántes<sup>2</sup>.

8. Es propiedad de la ley mandar, prohibir, permitir y castigar<sup>3</sup>. Toda ley lleva inherente á su observancia ó violacion una recompensa ó pena que se llama *sancion*, porque la hace *santa* é inviolable en cierto modo. La nulidad del matrimonio contraido entre parientes dentro de los grados prohibidos, es, por ejemplo, la sancion de la ley que prohíbe tales matrimonios; y por el contrario, los derechos de los esposos y la legitimidad de los hijos, forman la recompensa ó la sancion de un enlace contraido con arreglo á la ley.

9. Los preceptos del derecho ó de las leyes, son tres: *vivir honestamente: no dañar á otro, y dar á cada uno lo que es suyo*<sup>4</sup>. Estos tres preceptos son las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las disposiciones de las leyes. Así por ejemplo, las que prohíben el hurto, el homicidio y otros excesos contra los ciudadanos, se reducen al precepto de no dañar á otro: las que ordenan el cumplimiento de los contratos, guarda de los pactos &c., se comprenden en el de dar á cada uno lo suyo; y por último, las que recomiendan la buena conducta, premian los servicios hechos á la patria, y distinguen á los ciudadanos que viven con moderacion y templanza, nos inculcan la máxima de vivir honestamente. De suerte que abrazan mas aquellos tres principios que lo que parece á primera vista.

1 Véanse por via de ejemplo los artículos 1. de la ley de 7 de agosto de 1823, y 1. de la de 16 de mayo de 1831.

2 Domat. *Les lois civiles dans leur ordre naturel* tit. prélim. secc. 1. n. 14.

3 L. 1. tit. 1. lib. 2. R. ó 1. t. 2. 1. 3. N. en

la cual se lee: mandar, vedar, *punir* y castigar; pero es bien claro, que en lugar de *punir* se debe leer *permitir*, que es efecto de la ley omitido en el texto, al paso que se encuentra repetido el castigar, que es lo mismo que *punir*.  
4 L. 3. tit. 1. p. 3.

10. Las leyes en general obligan á todos los súbditos del legislador, de cualquier sexo, edad, condicion y estado que sean<sup>1</sup>. *Desto* (de la guarda de las leyes), *ninguno puede ser escusado por razones de creencia, ni de linage, ni de poder, ni de honra, ni aun por demostrarse por vil en su vida ó en sus fechos*, dice la ley 16, tit. 1, part. 1; la que como ademas ha expresado ántes, que el pueblo debe guardar las leyes; y bajo la voz *pueblo*, segun otra<sup>2</sup>, se comprenden las gentes de todas condiciones, no excluyéndose *ni home, ni muger, ni clérigo, ni lego*, es evidente que carece entre nosotros de todo fundamento la opinion de los que defienden que los clérigos y religiosos no estan sujetos á las leyes civiles (a).

11. Las leyes de policia y seguridad, esto es, las que reprimen los crímenes, delitos y contravenciones al buen órden, como asimismo las pertenecientes á contratos, y las relativas á bienes inmuebles situados dentro del territorio de la nacion, obligan á todos los que lo habitan aunque sean extrangeros<sup>3</sup>. Igualmente obligan á los vagamundos, esto es, á aquellos que no tienen domicilio fijo en algun lugar, no conformándose los autores acerca de si estos estan tambien sujetos á las leyes que suponen la calidad de súbdito ó ciudadano del estado<sup>4</sup>. Parece mas probable la afirmativa, supuesto que conforme á las leyes pueden ser demandados así civil como criminalmente en cualquiera parte donde se encuentren<sup>5</sup>.

12. *Está bien al faecedor de las leyes*, dice la ley 15, tit. 1.º part. 1.º, *en querer venir segund las leyes, como quier que por premia non sea tenuto de lo facer*; de donde infieren los autores, que el legisla-

1 L. 1. tit. 1. lib. 2. R. ó 1. tit. 2. lib. 3. N.  
2 L. 5. tit. 2. part. 1.

(a) Algunos entregándose á los delirios de la cavilacion, han querido exceptuar de la obligacion de observar las leyes civiles á los ministros del culto; pero S. Juan Crisóstomo, [Hom. 23 in Epist. ad Rom.] explicando aquellas palabras de S. Pablo: „*Omnis anima potestatis sublimioribus subdita sit*,” dice „*que no exceptúa el Apóstol mas á los sacerdotes y religiosos que á los seculares; así que este precepto os toca, seais apóstol, evangelista, ó en fin, cuanto pudiereis imaginar*.” Si todavia no fuere bastante respetable la opinion de un padre de la Iglesia, oigamos á un Sumo Pontífice (Pelag. Pap. t. 5. Conc. Labb) que desde su trono decia: „La santa Escritura nos enseña que nosotros estamos tambien sujetos á los principes.” Aunque los eclesiásticos estan consagrados á Dios de un modo particular, no por eso dejan de ser miembros del estado: viven bajo la proteccion de las leyes, y gozan de la seguridad, tranquilidad, y abundancia que ellas procuran á los ciudadanos. Y como la primera y mas inviolable de todas las condiciones

bajo las cuales disfrutan estos bienes es la de obedecer las leyes que los protegen y defienden, es necesario, ó que renuncien á las ventajas de la sociedad en que viven, ó que sufran aquella carga. Se nos dirá que los concilios y papas\* han sustraído á los eclesiásticos de la jurisdiccion civil, y por lo mismo que esta es incompetente para obligarlos con sus leyes. Mas debemos observar con Mr. Real, que los que han dictado esas disposiciones, son eclesiásticos que han decidido en causa propia, y sin la autoridad necesaria para pronunciar sobre un punto que en nada interesa á la fe, y depende toda de la voluntad del soberano. Los concilios y papas no están autorizados para fijar los derechos de estos; por el contrario, á ellos toca contener á la autoridad eclesiástica dentro de los límites prescritos por Jesucristo.  
3 L. 15, tit. 1. part. 1.  
4 Ferraris *Biblioth. verb. Lex.* art. 3. n. 46.  
5 LL. 32. tit. 2. part. 3. y 15. tit. 1. part. 7.

\* Pueden verse en Ferraris *Biblioth. verb. Lex.* art. 3. n. 49 y sig.

dor está obligado á observar sus leyes en cuanto á la fuerza *directiva*, no en cuanto á la *coactiva*. Esta opinion solo puede tener lugar en los gobiernos absolutos, y en donde el legislador es uno solo; mas no es admisible en los constitucionales, en los que se ha sujetado á responsabilidad á los soberanos por la contravencion á las leyes; y mucho ménos en los populares representativos, donde se ha confiado el poder legislativo á un congreso ó senado, y cada miembro de él es en lo particular un ciudadano privado, sujeto como todos los demas á las leyes en cuya formacion tuvo parte<sup>1</sup>; lo que se entiende en general, y sin perjuicio de las prerogativas que han concedido á los miembros de los congresos, durante el tiempo de su encargo, las constituciones de los Estados.

13. Todo ciudadano tiene obligacion de saber las leyes<sup>2</sup>, y su ignorancia por lo general daña al que la padece, y no sirve de excusa al que la quebranta; pues manteniéndose todos por ellas, y haciendo y recibiendo derecho, dice la ley<sup>3</sup>, razon es que las sepan, lean y entiendan. Mas nunca podrá lograrse esto mientras las leyes no estén escritas con un estilo claro, sencillo y familiar, y se hallen reunidas en un código completo que sea uno de los manuales de la educacion (a).

14. Hay sin embargo varias personas á quienes sirve de excusa en algunos casos la ignorancia de las leyes. Tales son: 1.º el que es demente en tal grado que no sabe lo que hace; pues si este durante la enagenacion de su entendimiento hiciere alguna cosa por la que otro cualquiera seria castigado, no merece pena, porque su falta de juicio lo constituye incapaz de saber las leyes, y esta ignorancia es en él inculpable. 2.º En el mismo caso se hallan res-

1 Suarez *De legibus* lib. 3. cap. 35. n. 1. Murillo *Cursus jur. can.* lib. 1. n. 59.

2 L. 31 tit. 14. part. 5.

3 L. 20 tit. 1. part. 1.

(a) Mas, ¿cuál es el libro de la ley, pregunta Escriche (Prólogo del *Diccionario de Legislacion*) en que nosotros podremos hallar tan preciosas ventajas? ¿Es acaso el Fuero juzgo, compilacion de leyes de concilios, de leyes de otros tiempos, de leyes tan extrañas ahora como su nombre? ¿Es el código de las Siete Partidas, lleno de disposiciones alusivas á costumbres que no conocemos, ó fundadas en principios que ya no existen? ¿Es, por omitir otros muchos, la Real compilacion, ese hacinamiento confuso de leyes viejas y nuevas, sin plan, sin conexión, sin principios uniformes, farrago de documentos de legislacion y de historia? ¿Son quizá todos juntos con el inmenso escudron de los intérpretes, comentadores y tratadistas? Si en otros pueblos, continúa el citado escritor, se ha hecho comun la ciencia del derecho, es porque tienen códigos sencillos, claros y metódicos, pues

tos al alcance de los ciudadanos de todas clases; pero nuestra legislacion carece de tales perfecciones: ella se compone de muchos códigos; códigos que en parte rigen y en parte estan suprimidos; códigos que entre si no tienen coherencia ni analogia, códigos que si bien son otros tantos monumentos de la sabiduria de nuestros padres, no pueden ménos de resentirse de las circunstancias de los tiempos en que se hicieron, ni de estar en contradiccion con los progresos del espíritu humano, abriendo por consiguiente la puerta no solo á nuevas prácticas, sino aun á la arbitrariedad de los tribunales; códigos en fin que contienen mezcladas leyes vigentes y leyes caducas, leyes que se contradicen, leyes derogadas y otra vez restablecidas parcial ó totalmente por leyes posteriores, ó por un uso contrario, de suerte que apenas pueden conocerlas, distinguir las y desentredarlas los juriscultos encanecidos en su estudio. Júzguese ahora, añadimos nosotros, de la posibilidad de cumplir con la obligacion impuesta á todo ciudadano, de saber las leyes.

pecto de todos los delitos, los próximos á la infancia; y en cuanto á solo los carnales, los próximos á la pubertad. 3.º A los soldados, á los aldeanos que labran la tierra ó viven en lugares poco poblados, á los pastores que andan con los ganados en los montes y en los yermos, á las mugeres y á los menores de veinte y cinco años, no daña la ignorancia del derecho en los juicios y contratos; mas si cometieren alguna accion, cuya ilicitud pueda percibirse por sola la razon natural, no se excusarán por ese motivo de la pena que las leyes imponen. Toda esta es doctrina de unas leyes de Partida<sup>1</sup> que Asso y Manuel<sup>2</sup> juzgan derogadas, á lo ménos en cuanto á las últimas excepciones, por otra de la Recopilacion<sup>3</sup> que dice „*ser la ley comun así para varones como para mugeres, de cualquier edad y estado que sean; y tambien para los sabios como para los simples, y tambien para poblados como para yermos.*”

15. Las leyes que prohiben algun acto, pueden prohibirlo, ó simplemente, en cuyo caso se llaman *puramente prohibitivas*; ó anulándolo ademas si alguno en su contravencion lo ejecutare, y entónces toman el nombre de *irritantes*. Las leyes irritantes son de dos maneras, pues inducen la nulidad ó *ipso jure*, ó por sentencia del juez: lo primero se verifica cuando la ley por sí misma anula el acto sin aguardar la decision judicial, en cuyo caso solo toca al magistrado declarar que la ley es aplicable al asunto de que se trata; lo segundo tiene lugar siempre que la ley no irrita por sí misma el acto, sino que lo deja al juez; á quien entónces, ademas de la declaracion de hallarse aquel hecho comprendido en la ley, toca en consecuencia declararlo nulo é insubsistente. Se dividen tambien en *explicitas ó directas, é implícitas ó indirectas*: explicitas se dicen aquellas que clara y terminantemente ordenan la nulidad del acto, é implícitas las que asignan ciertas solemnidades como forma sustancial de él, ó inhabilitan á algunos para ejecutarlo; en cuyos casos, si se omitieren aquellas, ó el acto se verificare por algunos de estos, carecerá de valor y subsistencia<sup>4</sup>. Por último, hay leyes irritantes *penales* que anulan el acto prohibido en pena del delito cometido en su ejecucion; y *no penales* que lo anulan en consideracion al bien público ó al particular de ciertas personas<sup>5</sup>.

16. El acto contrario á una ley puramente *prohibitiva*, es ilícito pero no nulo. El reprobado por la irritante, si la irritacion es *ipso jure*, no tiene valor desde el principio; pero si aquella fuere *por sentencia del juez*, subsistirá hasta que este, en cumplimiento de la ley,

1 L. 21. tit. 1. part. 1. y 31. tit. 14. part. 5.

2 En la introduccion á sus *Instituciones de derecho*.

3 L. 1. tit. 1. lib. 2. R. 6. l. tit. 2. lib. 3. N.

4 Reiffenstuel, lib. 1. *Decretal*. tit. 2. n. 239. y sig.

5 Pichler. *Jus canonic*. lib. 1. tit. 2. n. 61.

declare la nulidad<sup>1</sup>. Si la irritacion es penal, no se incurrirá en ella sino despues de la declaracion judicial; mas si no lo fuere, el acto será nulo desde ántes<sup>2</sup>.

17. Estas son las opiniones comunes como atestiguan los autores citados. Sin embargo, Gregorio Lopez<sup>3</sup> fundado en que una ley de Partida<sup>4</sup> dice: „*Todo pleito que es fecho contra nuestra ley... non deve ser guardado;*” asienta, que la ley aunque sea puramente prohibitiva, contiene siempre una cláusula derogatoria y anulativa del acto que veda. Nosotros juzgamos que el precitado texto debe entenderse, no de las leyes puramente prohibitivas, sino de las irritantes, ya expresa ya tácitamente, ó mas bien que anula los pactos en que alguno se obliga á cosas prohibidas por las leyes, como que recaen sobre un imposible en el orden moral; lo cual de ningun modo se opone á lo que dejamos asentado, ni aprueba la opinion de López. Así interpretan los autores<sup>5</sup> unas leyes romanas<sup>6</sup> concordantes con la mencionada de Partida.

18. La ley que interesa al orden público y á las buenas costumbres, esto es, que tiene por principal objeto el interes general de la sociedad, no puede renunciarse por los particulares, pues no concierne únicamente á la utilidad privada de los ciudadanos; tal es la que dispone la solemnidad de los testamentos<sup>7</sup>. Pero bien puede renunciarse la que solo se dirige á intereses privados, como por ejemplo, la que prohibe á la muger ser fiadora de otro<sup>8</sup>.

19. Interpretacion de las leyes no es otra cosa, que una clara y oportuna explicacion de las palabras en que estan concebidas, para comprender el verdadero sentido del legislador<sup>9</sup>. Es de tres maneras<sup>10</sup>: *auténtica*, que es la que haciéndose por el mismo legislador en una ley declarativa, tiene de consiguiente fuerza obligatoria, y por eso tambien se llama *necesaria*. Esta interpretacion es exclusiva del legislador<sup>11</sup>, quien debe observar en ella los mismos requisitos establecidos para la formacion de las leyes<sup>12</sup>; y se practica cuando la ley está tan oscura, que los particulares no se atreven á declarar su sentido, temiendo apartarse de él. *Usual*, es la que proviene del uso y costumbre, como cuando una ley siempre se ha aplicado á los negocios ocurrentes, dándole tal sentido; esta interpretacion tambien obliga, si la costumbre se ha introducido legítimamente, pues con

1 Reiffenstuel, lib. 1. *Decretal*. tit. 2. n. 244, 245 y 251.

2 Pichler, *Jus canonic*. lib. 1. tit. 2. n. 66 y 67.

3 Glosa 7 de la ley 28, tit. 11. part. 5.

4 Dicha ley 28.

5 Pichler lug. cit. n. 71.

6 LL. 5. C. *De legibus*, y 6. C. *De pactis*.

7 L. 32. tit. 9. part. 6.

8 L. 3. tit. 12. part. 5.

9 L. 13. tit. 1. part. 1.

10 Glosa in l. 37. D. *De legibus*.

11 LL. 4. tit. 33. part. 7. y 3. t. 1. l. 2. R. 6.

3. t. 2. l. 3. N.

12 Art. 60. de la Const.

esa circunstancia tiene en todo fuerza de ley<sup>1</sup>. La tercera especie de interpretacion se llama *doctrinal*, y es la que hacen los juriscultos, sujetándose á las reglas que el buen juicio ha dictado para ella. Las leyes han consentido esta facultad en aquellos<sup>2</sup>; mas la interpretacion que verifiquen no tendrá otra fuerza, que la que le comuniquen los argumentos y razones en que esté apoyada.

20. La interpretacion doctrinal se subdivide en *declarativa*, *extensiva* y *restrictiva*. Declarativa es la que solo se reduce á explicar oportunamente las palabras oscuras ó dudosas. Extensiva es aquella por la que la ley se amplía á personas ó cosas no expresadas en ella; y será ó *meramente extensiva*, cuando la ampliacion se hiciere por paridad ó semejanza de razon á cosas ó personas no comprendidas ni en las palabras de la ley ni en la mente del legislador; ó *comprehensiva*, cuando la ley se extendiere á un caso no comprendido en sus palabras, pero sí en la mente del legislador, por identidad de razon. Restrictiva es aquella por la que se declara no convenir la disposicion de la ley á un caso que sus palabras parecian abrazar.

21. Para que la interpretacion doctrinal sea exacta y fundada debe sujetarse á las reglas siguientes: 1.º *Cuando las palabras de la ley estan claras, no es admisible en ellas interpretacion, ni conjeturas de voluntad*<sup>3</sup>.

2.º *Las palabras de la ley deben entenderse segun su propia significacion, si no consta que otro fué el pensamiento del legislador*<sup>4</sup>.

3.º *Cuando aparece la mente del legislador, debe hacerse la interpretacion, atendiendo mas bien á ella que á las palabras de la ley, aunque parezca que estas tienen otro distinto significado*<sup>5</sup>. Se advierte que la mente del legislador se colige, ya de la materia de la ley, ya de las circunstancias del tiempo, lugar ó personas, y ya por último de la razon que la motivó<sup>6</sup>.

4.º *Toda ley debe entenderse general é indistintamente*<sup>7</sup>.

5.º *Las excepciones afirman la certeza de la regla, en los casos contrarios no exceptuados*<sup>8</sup>.

6.º *Donde hay una misma razon, debe ser igual la disposicion del derecho*<sup>9</sup>.

7.º *En toda causa debe atenderse mas á la equidad, que al rigor del derecho*<sup>10</sup>.

8.º *El argumento á contrario sensu, es válido en jurisprudencia*

1 L. 4. tit. 2. part. 1.

2 Arg. del aut. 1. tit. 1. lib. 2. R. ó nota 2. tit. 2. lib. 3. N.

3 Glos. in cap. 8. De consuetud.

4 Arg. de la ley 5. tit. 33. part. 7.

5 C. 11. caus. 22. quaest. 5 C. 88 De reg. jur. in 6.

6 Cap. 6. de V. S.

7 Cap. 22. De privileg. L. De pretio D. De public. in rem. action.

8 L. 12. D. De judiciis.

9 LL. 36. tit. 34. part. 7. y 13 cap. 6. tit. 24.

10 L. 1. 8. R. ó 7. cap. 6. tit. 40. lib. 12. N.

10 L. Placuit Cod. De judiciis. Cap. 13. De officio et potest. jud. del.

cia<sup>1</sup>; pero esto no se extiende siempre que de él se sigan absurdos ó inconvenientes, ó existan en contra leyes expresas<sup>2</sup>.

9.º *De la ley anterior no se juzga mudado por la posterior, mas de lo puramente en ella expreso*<sup>3</sup>. La razon es, porque siendo odiosa la correccion de las leyes, se evita siempre que es posible, tratando de concordarlas, y no admitiendo aquella sin necesidad<sup>4</sup>.

10. *Toda ley odiosa debe en caso de duda interpretarse estrictamente*<sup>5</sup>. Dice la regla, *en caso de duda*, porque cuando son claras las palabras de una ley odiosa, y está patente el espíritu del legislador, de tal manera que no pueda interpretarse sin ofender unas ú otro, deberá aplicarse cual está escrita, á pesar de su dureza<sup>6</sup>. Por leyes *odiosas* se entienden las que imponen alguna pena, carga ó contribucion, las irritantes, las que derogan, limitan ó corrigen las antiguas, y las que contrarian el derecho comun: todas las demas fuera de estas se llaman *favorables*<sup>7</sup>.

11. *En materia favorable las leyes deben tomarse en su mas amplia significacion*<sup>8</sup>. Esto se entiende si á ello no se oponen los términos en que esten concebidas, ú otra disposicion legal<sup>9</sup>.

12. *Para aplicar una ley á cualquier asunto, deberá consultarse ántes toda ella íntegra, y no una sola de sus partes*<sup>10</sup>. Por lo mismo, dice Domat<sup>11</sup>: Para entender el sentido de una ley deberán examinarse todos sus términos, y la parte expositiva, si la tuviere, á fin de juzgar de sus disposiciones por sus motivos y por todo lo demas que establece, no limitando su sentido á cosas opuestas á su intencion, cercenando alguna parte de ella ó alguna expresion; pues ántes es indispensable preferir al sentido extraño de una expresion defectuosa, el que parece mas conforme al espíritu de toda la ley entera.

22. *Epiqueya* es la interpretacion benigna y prudente de una ley general, por la que se declara que algun caso particular no está comprendido en la mente del legislador, atendidas las circunstancias especiales que en él concurren. Se diferencia la epiqueya de la interpretacion como la especie del género; de manera que toda epiqueya es interpretacion, mas no toda interpretacion epiqueya. La interpretacion es por lo comun una declaracion general de la ley que puede aplicarse á muchos casos, y la epiqueya es una declaracion

1 L. 1. D. De officio ejus cui mand. est jurisd. Glos. in cap. 7. de his quae fiunt a praetato &c.

2 Glos. in cap. 18. De foro compet.

3 L. Praecipimus C. De appellationibus.

4 Cap. 29 De electione in 6. L. unic. De inofficios. dotibus.

6 L. 42. D. De poenis. Cap. 15. De reg. jur. in 6.

TOM. I.

6 L. Prospexit. D. qui et a quibus manumiss. Cit. l. 13. t. 24. l. 8. R.

7 Suarez De legibus lib. 5. cap. 2. n. 15.

8 Cap. 15. De reg. jur. in 6.

9 Cap. 16 y 17. De sentent. excom. in 6.

10 L. 24. D. De legibus.

11 Les lois civiles dans leur ordre naturel lib. prelim. tit. 1. secc. 2. n. 10.

especial y solo relativa á un caso en particular<sup>1</sup>; pues como las leyes se refieren siempre á las cosas que suceden con mas frecuencia<sup>2</sup>, ocurren á veces algunos negocios cuyas circunstancias particulares exigen sean excluidos de las constituciones generales. Este proceder de ningun modo ofende la potestad legislativa; porque fundadamente se presume que si el legislador hubiera tenido presente el caso de que se trata, lo habria exceptuado de su disposicion<sup>3</sup>.

23. Las leyes no obligan en caso de necesidad<sup>4</sup>; para inteligencia de lo cual se advierte, que necesidad es una fuerza ó circunstancia que nos precisa de tal modo á ejecutar ú omitir una accion, que no es posible hagamos lo contrario. La necesidad, una es absoluta y otra moral: absoluta es aquella á que de ningun modo puede resistirse, por lo ménos, atendiendo al curso ordinario de la naturaleza: moral es la que puede superarse, pero con dificultad; y se subdivide en extrema, cuando se expone la vida; grave, cuando nos amenaza la pérdida del honor ó la fortuna; y comun, que es la que induce el temor de algun trabajo ó molestia de poco momento<sup>5</sup>. Esto supuesto, en los casos de necesidad absoluta, las acciones prohibidas por las leyes son lícitas y no merecen castigo, porque faltando la libertad ningun hecho es imputable<sup>6</sup>. Lo mismo sucede cuando la necesidad es extrema ó grave<sup>7</sup>; pues como las leyes son dirigidas al bien comun, y este falta cuando los ciudadanos reciben daño de consideracion en su persona ó bienes, dejan entonces, por consiguiente, aquellas de ser obligatorias; sin embargo lo serán á pesar de que exista necesidad extrema, cuando de no observarse se seguiria grave perjuicio al público<sup>8</sup>, pues la utilidad de este es preferible á la particular<sup>9</sup>. Por último la necesidad comun nunca excusa de la observancia de la ley; de otro modo se envileceria su autoridad, y en cualquier caso ocurrente la mayor parte se dispensaria de ella<sup>10</sup>.

24. Las leyes dejan de subsistir: 1.º por la cesacion universal del fin total por que fueron establecidas; pues faltando el objeto de la ley su observancia resulta inútil y superflua<sup>11</sup>. Se ha dicho que por la cesacion *universal*, porque si el fin de la ley solo cesa en algun particular, no por eso se excusará este de su observancia<sup>12</sup>, supuesto que las leyes se dirigen al bien comun; el que se interesa

1 Suarez *De legibus* lib. 2 cap. 16 n. 4.

2 L. 36 tit. 34 part. 7.

3 L. 25 D. *De legibus*.

4 Cap. 4 *De reg. jur.*

5 Schnorremberg en el cit. cap. 4.

6 L. 9 tit. 34 part. 7.

7 L. 7 vers. *Otrosi decimos que Metas*, tit. 3

part. 7 y Arg. de la ley 4 tit. 23 lib. 8 de la R., ó 1 tit. 21 lib. 12 de la N.

8 Reiffenstuel y Schnorremberg en el cit. cap. 4.

9 L. 8 al fin tit. 28 part. 3.

10 Schnorremberg lug. cit.

11 Suarez, *De legibus* lib. 6 cap. 9 n. 5.

12 Suarez, lug. cit. n. 16.

ademas en que todos los ciudadanos las guarden, á ménos que por epiqueya se exceptúe de su disposicion algun caso especial, en el que su aplicacion presente obstáculos é inconvenientes. Se ha añadido, *del fin total*, porque si la ley tuviere varios motivos, como faltando uno solo permanecen los demas, no debe entonces por defecto de él dejar de subsistir<sup>1</sup>. Si una ley contuviere muchas disposiciones separables, y cesare el fin de una, perderá su valor esta, continuando subsistentes las otras; pero si aquellas fueren inseparables, de manera que constituyan una obligacion indivisible, se examinará si por defecto de unas las demas resultan injustas, inútiles y mas perjudiciales que provechosas, en cuyo caso cesará toda la ley; mas si esta permaneciese justa, y mas útil que nociva, no cesará hasta que se revoque<sup>2</sup>.

25. El 2.º modo de extinguirse las leyes, es la derogacion, cuando por otra posterior ó se revocan expresamente, en cuyo caso la derogacion es *expresa*, ó se establece alguna disposicion incompatible con la anterior, lo que se llama derogacion *tácita*. Sobre este punto es necesario distinguir *abrogacion*, *derogacion* é *irritacion*. La abrogacion se verifica cuando la ley se quita del todo: la derogacion cuando solo en parte<sup>3</sup>, y la irritacion, cuando por el superior se declara nula y de ningun valor la disposicion establecida por el inferior. Solo el legislador puede derogar ó abrogar las leyes<sup>4</sup>, y ha de hacerlo observando los mismos requisitos establecidos para su formacion<sup>5</sup>. Cuando en un mismo código se encuentran dos leyes contrarias, la posterior en fecha y tiempo corrige á la anterior aunque sea posterior en situacion y lugar; pero ignorándose la fecha y tiempo, la posterior en situacion, lugar y órden corrige á la anterior en él; si no es que esta contenga mayor justicia y equidad que aquella<sup>6</sup>.

26. Las leyes derogadas producen sin embargo algunos efectos; pues en los casos dudosos, cuando no haya ley clara que los decida, bien puede hacerse uso de las revocadas ó suspendidas para resolverlos<sup>7</sup>.

27. 3.º Cuando la ley está fundada en alguna presuncion, deja de obligar luego que consta con certeza de lo contrario<sup>8</sup>. Porque supuesto que toda presuncion cede á la verdad<sup>9</sup>, se juzga muy fundadamente que el legislador en esta clase de leyes nada ha querido disponer en contra de aquella, y por lo mismo cesará su obliga-

1 Abbas in cap. 60 *De appellation.* n. 2.

2 Suarez, *De legibus* lib. 6 cap. 17 n. 18.

3 L. 102 de V. S.

4 L. 3 tit. 1 lib. 2 de la R., ó 3 tit. 2 lib. 3 de la N.

5 Art. 64 de la Const.

6 Curia filipica part. 1. § 8. n. 17.

7 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

8 Ferraris *Biblioth. verb. Lex* art. 5 n. 5.

9 L. 57 D. *De iure dotium*.

cion, siempre que aparezca por confesion de parte ú otras pruebas conforme á derecho<sup>1</sup>.

28. 4.º Cesa tambien la obligacion de la ley por dispensarla el legislador. Dispensa es la *relajacion de la ley, ó la excepcion que de ella se concede á alguno, dejándola subsistente para los demas*. Por lo regular no se concede sino á peticion de parte, y concedida puede usar de ella el agraciado, si quiere; pero no se le obliga á ello. Algunas veces se concede *motu proprio*; y puede aquel ser compelido á usarla, cuando la concesion se hizo en favor de algun tercero ó de la comunidad<sup>2</sup>. Como la dispensa no es otra cosa que la derogacion de una ley respecto de un particular; solo puede hacerla por lo que hace á las leyes generales de la union y á las particulares del distrito y territorios el congreso general, y en cuanto á las de los estados su legislatura respectiva<sup>3</sup>. Acerca de solicitudes sobre dispensas de ley, está prevenido<sup>4</sup> que todas se promuevan ante el poder ejecutivo, por conducto del respectivo ministerio, para que instruido expediente, se remita al congreso con los informes necesarios.

29. Por último, pierde su fuerza la ley por costumbre contraria<sup>5</sup>, pero no por *no uso*<sup>6</sup>; de manera, que en vano se alegará para impedir ó debilitar su obligacion, el que no ha sido usada ni guardada.

30. Aunque la ley regularmente se dirige á todos los súbditos del legislador, hay sin embargo algunas leyes especiales que solo tienen por objeto algunas personas ó cuerpos particulares, y estas se llaman privilegios, *privata lex*, y tienen la misma fuerza que las leyes generales<sup>7</sup>. Es pues el privilegio *una gracia ó merced que concede el soberano á alguna persona, comunidad ó pueblo; ó una ley dada señaladamente á alguno para su utilidad*<sup>8</sup> (a). Puede concederla solamente el que tiene potestad de hacer leyes, ya sea de su *propio motu* ó voluntad, ó á instancia del agraciado. Si contiene la cláusula de *motu proprio, cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto*, no solo es propicio y admite plenísima interpretacion

1 Ferraris *Biblioth* verb. Lex art. 5 n. 5.

2 Murillo, *Cursus jur. canon.* lib. 1 n. 72.

3 Dec. de 1.º de julio de 1824.

4 Orden de 19 de abril de 1822.

5 L. 6 tit. 2 part. 1.

6 Aut. 2 tit. 1 lib. 2, ó l. 11 tit. 2 lib. 3 de la N.

7 L. 28 tit. 18 part. 3. La doctrina de este número y los siguientes sobre privilegios, la habia colocado el autor en el tratado de Pruebas; nosotros la hemos trasladado aquí por parecernos lugar mas oportuno.

8 Cap. 3 dist. 3 cap. 25 de V. S. leyes 1. tit.

11. part. 1, y 2 y 28 tit. 18 part. 3.

(a) La definicion que da Febrero del privi-

legio es conforme á los textos que cita; sin embargo no puede negarse que no todos los privilegios ó *leyes privadas* son para la utilidad de aquel á quien se refieren, pues hay muchas expedidas en odio de alguno, y en que se imponen penas. Así se colige del § 6 Inst. *De jur. nat. gent. &c.* allí: „*si quam poenam irrogavit.*” Entre los decretos de nuestros congresos pueden servir de ejemplo los arts. 1 del de 23 de abril de 1824, 1 del de 15 de abril y 1 del de 17 de septiembre de 1828, y últimamente el de 23 de junio de 1833. De aquí dimana la division de privilegios en *favorables* que conceden favor, y *odiosos* que imponen pena.—E.

á su favor<sup>1</sup> (a), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion<sup>2</sup>; pero si carece de ella se le puede argüir de haberse ocultado para su consecucion la verdad intrínseca y esencial, que es lo que constituye el vicio de *obrepcion*, ó de haberse dicho falsedad y mentira, que es la *subrepcion*, pues su concesion se entiende siempre con la condicion tácita de que sea verdadero lo expuesto, aunque en él no se exprese<sup>3</sup>, y si contiene alguno de los dos vicios mencionados, no vale<sup>4</sup>. Puede ser personal y real: personal es el que se concede privativamente á una ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas (b), á las que compete solamente, y no á sus herederos: de suerte que no es cedible ni trasmisible, porque á serlo saldria de la persona agraciada contra la voluntad del concedente<sup>5</sup>: real es el que se concede á la cosa, causa y accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del agraciado, sino tambien á los que suceden en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso y gracioso, se ha de entender personal y gracioso<sup>6</sup>. Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional, comun ó de comunidad, y privado ó de personas privadas.

31. Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los primeros son para dar, hacer, ó percibir cierta cosa; y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla<sup>7</sup>. De ellos algunos están incorporados en el derecho, cuales son los de las iglesias, eclesiásticos, soldados, menores, estudiantes, labradores, jueces, abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres &c. Otros fuera de él, v. g. el que por especial decreto se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo. Otros son contra el derecho

1 Cap. *Quamvis* 4 *De praebend.* in 6 et ibi glos. verb. *Plenissima*.

(a) Al soberano, dice Heineccio citando la ley 191 D. *De reg. jur.*, pertenece establecer en qué términos quiere que sea el beneficio que concede. Este axioma, continúa, se debe observar contra aquellos que abusando de la 3. D. *De const. princ.* y los textos concordantes, piensan que la interpretacion extensiva tiene lugar en los privilegios, no obstante que esta L. 3, no habla propiamente sino de los derechos singulares concedidos á cierto orden de personas.—E.

2 Cap. *Si motu proprio*, 23 eod. tit. Ferrar. *Biblioth* verb. *Privilegium*, art. 1 núm. 12

3 Cap. *Ex parte*, 2 *de rescript.*

4 Leyes 36 y 37 tit. 18 Part. 3.

(b) No deben confundirse, como advierte Heineccio, (*Recitationes* lib. 10 §. 60), los privilegios con los derechos singulares. Estos son beneficios dados por la ley á cierto orden de per-

sonas, ó á uno de los dos sexos; así v. g. los menores gozan del beneficio de la ley de poder ser restituidos *in integrum*; las mugeres por razon de la dote gozan de tácita hipoteca en los bienes del marido, y son preferidas en concurso á los demas acreedores &c. Estos derechos singulares son llamados muchas veces privilegios; pero no obstante, se diferencian de los privilegios propiamente tales. 1.º Porque aquellos son dados por la ley aun á los que no los piden, y estos deben obtenerse del soberano; 2.º unos se refieren á cada una de las personas; los otros á muchas personas indeterminadas del mismo orden, sexo ó condicion. Cujacio (*Obs.* lib. XV cap. 8) fue el primero que observó esta diferencia.—E.

Ley 19 ff. *De reb. auctorit. judic. possid.*, y regla 27 tit. 33 Part. 7.

6 Ley 3 §. 1 y 4 §. 3 ff. *De censib.*

7 Ley *Falso*, 2 Cod. *De divers. rescript.*, y ley 42 tit. 18 Part. 3.

comun, porque lo derogan, y eximen al privilegiado de la ley á que estaba sujeto, y estos pueden ser concedidos por el legislador á sus súbditos solamente; y otros no lo son, por no prohibir el derecho el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio; y puede concederse tanto á los vasallos como á los que no lo son<sup>1</sup>.

32. No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del soberano hecha de su espontánea voluntad, ó á súplica del privilegiado, sino tambien por prescripcion ó costumbre legítimamente prescrita<sup>2</sup>; porque esta tiene fuerza de privilegio, y por ella se adquiere la exencion de pagar diezmos y otras cosas<sup>3</sup>. Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion ó participacion, y es cuando el soberano manda que el que concedió á uno, se amplie y extienda á otro, y que este participe de él<sup>4</sup>; pero siendo concedido á personas singulares, no se debe ampliar por identidad de razon á otras no expresadas en él, ni de un caso á otro<sup>5</sup>. Tampoco se extiende á casos en que milita mayor razon que en los contenidos en él, porque es odioso y restringible por su naturaleza<sup>6</sup>.

33. Los privilegios odiosos ó que son contra el derecho comun, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente, ya porque toda derogacion de aquel es odiosa, y estas se deben restringir<sup>7</sup>, ya porque no es visto derogarlo, ni querer privar el concedente á nadie del que tiene adquirido, á ménos que el mismo privilegio lo exprese<sup>8</sup>; (a) mas los que no son contra derecho, sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias ó beneficios del soberano, se han de interpretar latamente<sup>9</sup>.

34. La confirmacion es ratificacion y corroboracion del derecho adquirido; y la de privilegios es un decreto por el cual el legislador ratifica y corrobora el primero expedido legítimamente, pues el que es nulo, no se puede confirmar; y cuando se confirma simplemente algun acto, no se extiende esto al que contiene nulidad<sup>10</sup>. De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun, simple y ordinaria, y la otra en forma específica y de cierta ciencia. La primera es aquella por la cual se confirma el derecho ó privilegio sin que preceda conocimiento de causa, ni darle mas vi-

1 Leyes 23 á la 34 tit. 18 Part. 3.

2 Cap. Novit, 13 De judic. cap. Conquest. 8 caus. 9 quæst. 3 cap. Quia sancta, 28 dist. 63 cap. Quia per ambitionem, 6, dist. 64 y cap. Super quibusdam, 26 De verb. sign.

3 Cap. Duo simul, de offic. jud. ordin. y cap. Quod alicui, 74 De reg. jur. in 6.

4 Arg. cap. Cum de diversis, 2 De privil. lib. 6.

5 Ley 1 §. Permittuntur. ff. de aqua quotidiana

6 Cap. fin. De postul. praelat. cap. 1 y 2 De fil. presbyter.

7 Cap. 1 y 2 De filiis presbyter. in 6 cap. 15 y

28 De reg. jur. in 6.

8 Cap. Super eo, de offic. ordin. cap. Cum capella, 16. Pastoralis 19, y Dudum, 31 De privileg.

(a) Tengase presente que conforme al art. 30 de la Acta constitutiva, la nacion esta obligada á proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.—E.

9 Cap. Cum olim, 16 de verb. signif. ley 27 tit. 18 part. 3 y regla 28 tit. 33 part. 7.

10 Cap. Ex parte, de constit. cap. Dudum, de decim. Mieres De major. part. 4 núm. 9 al 13.

gor, ni tampoco concederle nuevo derecho; de modo que le deja en el estado en que ántes se hallaba, sea de válido ó inválido<sup>1</sup>. La confirmacion en forma específica es la que se hace con pleno conocimiento y exámen del privilegio y de todas sus circunstancias, de tal suerte, que no solo corrobora el privilegio válido, y da nuevo derecho al privilegiado, sino que revalida y de nuevo concede los privilegios revocados, y así viene á ser nueva concesion<sup>2</sup>. Debe inferirse que hubo este conocimiento en la expedicion de un privilegio, cuando contiene estas cláusulas: *de cierta ciencia: de plenitud de potestad ó de poder absoluto. No obstante cualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres y estatutos en contrario; pues los derogo y anulo &c.*, y otras semejantes; ó cuando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como se ordena en una ley de Partida<sup>3</sup>. Se divide la confirmacion en útil y en inútil: se llama útil la que es válida, y tal que el juez no puede contravenir á ella, ni aun tomar conocimiento de la misma<sup>4</sup>; é inútil cuando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion y subrepcion<sup>5</sup>, ó por contener defectos sustanciales segun las leyes, que no se subsanan específicamente en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el legislador las conceda nuevamente.

35. No goza de privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, y así el menor no es restituido contra otro menor; lo cual se limita: 1.º para con el que es dos veces privilegiado, ó tiene doble privilegio; pues este goza de él contra el que lo es solamente una<sup>6</sup>: 2.º cuando el uno trata de adquirir lucro ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues este gozará del suyo contra aquel; y lo 3.º para con el privilegiado específico, porque se prefiere al genérico<sup>7</sup>. En concurrencia de dos privilegios, uno general y otro especial, vale este, porque el género se deroga por la especie<sup>8</sup>; siendo de advertir que el privilegiado que atropella y quebranta otro privilegio, debe ser privado del suyo<sup>9</sup>; por ser justo no se conserven los derechos y prerogativas al que se atreve á vulnerar y despreciar las agenas, y que se le trate del modo que trata á los demas<sup>10</sup>.

1 Cap. Cum dilecta, 4 de confirmat. util. cap. Quia diversitat. 5. De conc. praeb. y cap. Praeceptis, 2 dist. 10 y ley 2 tit. 18 Part. 3 vers. Pero si fuere de confirmamiento.

2 Arg. cap. Sicut grave, 1 de transac.

3 Ley 2 tit. 18. Part. 3 vers. Pero si fuere de confirmamiento.

4 Cap. Si quis 1 cap. De confirm. 3 conf. util.

5 Cap. Bonae memor. 3 Ad nostram. 5 Porrect. 6

Examinata 7 De confirm. util. y cap. Sz-

per litteris 20 De rescript.

6 Cefal. cons. 748 núm. 18 Barbos. lib. 14 cap. 83 axiém. 26.

7 Barbos. ibi, Menoch. cons. 52 núm. 49.

Mangil De imput. quæst. 18 núm. 25.

8 Ley 90 De reg. jur. cap. 1 De reg. jur. in 6.

9 Cap. Dilecti, 4 de privil.

10 Cap. Sic decet. 22 caus. 25 quæst. 2 cap.

Cum omnes, 6 de constitut. y cap. Porro

de privil.



36. Siendo personal el privilegio, cesa y se extingue por muerte de la persona á quien singularmente se concedió, como de jo expuesto<sup>1</sup>; mas no por la del que lo concedió, ni por la deposicion de su oficio, si es concedido absolutamente<sup>2</sup>; pues siéndolo con alguna condicion ó limitacion á tiempo cierto, cesa con la muerte del concedente<sup>3</sup>, aunque no si lo fué con la cláusula *hasta que lo revoque*: porque para la revocacion se requiere nuevo acto positivo contrario, el que no se verifica por sola la muerte del concedente, y únicamente hay cesacion de su voluntad ó falta de continuacion en ella. Siendo el privilegio real, cesa por extincion de la cosa privilegiada<sup>4</sup>; lo cual procede cuando se extingue ó perece sin que haya esperanza de repararse ó volverse al estado que ántes tenia, y no en otros términos.

37. Se extingue asimismo por las siguientes causas. 1.º Cuando cesa la final por que se concedió; pues no basta la impulsiva que motivó su concesion, lo cual se entiende del privilegio que deroga el derecho comun ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad y munificencia del soberano, y no es derogatorio de aquellos; pues este, como no requiere causa, se conserva aunque cese la que motivó su concesion<sup>5</sup>. 2.º Por haber espirado el tiempo de su concesion ó faltado la condicion puesta en él<sup>6</sup>. 3.º Por renuncia que de él haga libre y espontáneamente el sujeto privilegiado, lo cual se entiende cuando fué concedido singularmente á su persona, pues cada uno puede renunciar lo que está establecido en su privativo beneficio; pero si se concedió principalmente á favor de alguna iglesia, comunidad, pueblo, estado, universidad ó dignidad, no se extingue ni pierde por renunciarlo alguno ó algunos de los individuos de estos cuerpos<sup>7</sup>. 4.º Cuando empieza á ser nocivo, pues entónces cesa por si mismo<sup>8</sup>. 5.º Por convertirse en daño de muchos<sup>9</sup>. 6.º Por abusar de él la persona privilegiada<sup>10</sup>; bien que por esta causa no siempre se pierde de derecho, por lo que es menester que recaiga sentencia declaratoria. 7.º Por no usar de él en juicio para su defensa el agraciado, siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria<sup>11</sup>; ó fuera de juicio en el discurso de diez años entre presentes, y treinta entre ausentes; lo cual se entiende cuando es afirmativo y concedido con gravámen de ter-

1 Ley *In omnibus causis*, 68, y *Privil. quoadam* 196 ff. *De reg. jur.* cap. *Privil.* 7 *De reg. jur.* in 6 y regla 27 tit. 33 Part. 7.  
2 Cap. *Si super gratia*, 9 *De offic. deleg. in. 6*, y cap. *Si cui*, 20 *De praeb. eod.*  
3 Cap. *Si gratiose*, 5 *De rescriptis* in 6.  
4 Cap. *Accessorium*, 42 *De reg. jur.* lib. 6.  
5 Cap. *Cum cessante*, 60 *De appellat. Abb.* in cap. *Sugestum*, 9 *De decim.*

6 Arg. cap. *De causis*, 4 *De offic. deleg.*  
7 Cap. *Si diligenti*, 12 *De foro compet.*  
8 Cap. *Quod ob gratiam*, 64 *De reg. jur.* in 6.  
9 Ley 43 tit. 18 Part. 3 verb. *Otrosi decimos*:...  
10 Ley 42. tit. 18 Part. 3. al fin. cap. *Ubi isto*, 7. dist. 47 cap. *Privilegium*, 33 caus. 11 quaest. 4, y cap. *Ut. privil.* 24 *De privil.*  
11 Dicha ley 43 verb. *Otrosi decimos*: al fin. tit. 18 Part. 3.

cerb, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él, no lo hizo sabiendo que lo tenia, pues por esta omision es visto renunciarlo tácitamente<sup>1</sup>; pero si es de pura gracia, y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso. 8.º Por el contrario uso, siendo privilegio negativo y oneroso á otro ú otros sujetos; mas no si es puramente gracioso y á nadie gravoso<sup>2</sup>: y quien alega haberse perdido por el no uso ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion<sup>3</sup>; pero si es de confirmacion, debe probar el que lo presenta que se ha usado, y no el que lo niega. Si en el posterior se dice, *salvo los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros<sup>4</sup>; porque entre el privilegio y su confirmacion hay la diferencia, de que en la confirmacion nada se pone ni afirma, ni se concede nuevo derecho, ántes bien todo se entiende condicionalmente; pero en el privilegio es al contrario<sup>5</sup>.

38. La nona y última causa porque cesa y se extingue el privilegio, es por revocacion ó derogacion hecha por el concedente ó por su sucesor ó superior. La revocacion puede ser *expresa ó tácita*, y la expresa, *especial ó general*. Se llama especial cuando se nombra en ella cierto ó ciertos privilegios determinados; y general cuando generalmente se revocan todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion ó decreto. La revocacion general es de dos maneras, *comun y extraordinaria*: la comun es la que se hace por cláusula general comun, cual es esta: *no obstante cualesquiera privilegios*; por cuya cláusula, puesta en el privilegio posterior, sin otra expresa ni especifica mencion, no se revocan los incorporados en el derecho; ya porque se debe evitar cuanto sea posible la correccion de este, que no se presume si no se expresa claramente<sup>6</sup>, y ya tambien porque con la general derogacion no se juzga abolirse ni quitarse el derecho especial, excepto que el soberano lo diga, pues si este lo quisiera lo expresaria<sup>7</sup>; ni tampoco se quitan ni suprimen los privilegios existentes fuera del cuerpo del derecho, si estan concedidos en la cláusula *de que no se entiendan revocados, excepto que de ellos se haga específica mencion en el de revocacion*. Pero se entenderán serlo, si contuvieren cláusulas generales extraordinarias, v. g. *No obstante cualesquiera privilegios concedidos con cualesquiera cláusulas ó forma de palabras*, ó con las de que: *se deba hacer mencion literal y específica de*

1 Leyes 42 tit. 18 Part. 3, y 3 tit. 7 Part. 5 al fin. cap. *Cum super*, 23 *De offic. deleg.* cap. *Si de terra*, 6 *De privil.*  
2 Dicha ley 43 al principio, Suar. *De legibus*. lib. 8 cap. 34 núm. 20, y cap. 35 núm. 1 y 22.  
3 Greg. Lop. en la ley 42 cit. glos. 8 al fin.  
4 Ley 27 tit. 18 Part. 3 et ibi glos. 2 á la 7.

5 Cap. *Cum dilecta*. *De confirmat. util. vel inutil.* y cap. *Quia diversitatem*. *De conces. praeb.*  
6 Arg. cap. *Cum expediat*, *De elect.* in 6.  
7 Cap. *Inter corporalia*, 2 *de translat. episc. & Sed neque*, cap. *Audientiam*, 12 *De decim.* y cap. *Quia circa*, 21 *de privil.* y ley 37 tit. 18 Part. 3.

los anteriormente concedidos; pues sin embargo de esto se revocan y dan por referidos é insertos á la letra como si lo fueran, para que jamas valgan, ni de ellos se pueda usar. Si el privilegio fué concedido por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á ménos que en el posterior se ponga esta específica y particular expresion; porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, á quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el concedente quiera quitárselo sin causa miéntras no lo exprese, excepto que interese la causa pública, la cual siempre se prefiere á la privada<sup>1</sup>.

39. La revocacion tácita se hace por acto del soberano directamente contrario al privilegio, ó porque no puede subsistir ni tener efecto el fin para que se dió sin revocarse el anterior, con tal que sea de presumir tenia este presente: de modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tácitamente revocados los que estan en el cuerpo del derecho; porque como estos pertenecen á las leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que existen fuera del cuerpo del derecho, á ménos que de ellos se haga referencia; porque como contienen derecho privado y hecho particular, y no se presume que el legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos miéntras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mencion; porque como el privilegio es un derecho privado y particular, se presume que el soberano concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fué subrepticia, y como tal nula<sup>2</sup>.

1 Leyes 27 verb. *E si fueren*: 29 y 30 tit. 18 Part. 3. *Ley Quae ex relationibus et ibi Bald. Cod. de legib. et ibi glos. y cap. Veniens, de praescript. Ferrar. Biblioth. dicho*

art. 3 núm. 39 al 46.

2 Dichas leyes 29 y 30 tit. 18 Part. 3 Ferrar. ibi, núm. 46 al 49.

### CAPITULO III.

*De los Códigos que contienen el derecho escrito de la República Mejicana.*

1 La república se rige aun, en defecto de leyes propias, por los códigos españoles.

2 Idea del *Liber judicium*.

3 Juicio de este código.

4 Se escribió originalmente en latin, y se tradujo despues al castellano, adquiriendo entónces los nombres

- de *Forum judicium*, y *Fuero juzgo*.
- 5 La traduccion no corresponde fielmente al original, y ¿cuál texto deberá seguirse en los lugares en que discuerdan?
- 6 Ediciones de este código.
- 7 Del *Fuero real*.
- 8 Su elogio, y noticia de sus glosadores.
- 9 Idea de las *Leyes del Estilo*.
- 10 Se demuestra que el cuaderno de ellas carece de autoridad legal, y que no es mas que obra de un particular estudioso.
- 11 Noticia de las *Partidas*.
- 12 y 13 Censura de este cuerpo legal.
- 14 Debe mirársele como el código principal reformado por los demas.
- 15 Principales autores que han escrito sobre las *Partidas*.
- 16 Del *ordenamiento de Alcalá*.
- 17 Del *Ordenamiento real*, ú *ordenanza reales*.
- 18 De las *Leyes de Toro*.
- 19 Historia de la *Nueva Recopilacion*.
- 20 De la *Novisima*.
- 21 Distincion que debe hacerse entre las leyes de este código para poder usarlo, supuesto que no se comunicó á América por cédula especial del consejo de Indias.
- 22 Juicio imparcial de esta obra.
- 23 *Recopilacion de Indias*.
- 24 Noticia del *Nuevo Código de Indias*.
- 25 Coleccion de *Autos acordados, providencias &c.* por Montemayor y Beleña.
- 26 De la *Ordenanza de Intendentes*.
- 27 De la *Guia de Hacienda de la República mejicana*.
- 28 De las *Ordenanzas de Minería*.
- 29 De las *Ordenanzas de Bilbao*.
- 30 De la *Ordenanza Militar y Declaracion de Milicias*.
- 31 Decretos de las Cortes de España.
- 32 La Constitucion española no está vigente ni aun como ley secundaria.
- 33 Coleccion de las cédulas que dió Fernando VII en el tiempo intermedio, desde que cesaron las Cortes, hasta su reinstalacion.
- 34 Coleccion de los decretos de los cuerpos legislativos nacionales.
- 35 Diversos objetos de aquellos para poder juzgar de su valor actual.
- 36 Decretos de los congresos particulares de los Estados.
- 37 Disposiciones extravagantes.
- 38 Dificultad del estudio de nuestra presente legislación.
- 39 y 40 Disposiciones de las leyes, que deben tenerse presentes para fijar el orden gradual que ha de seguirse en la observancia de todos los códigos mencionados.
- 41 Para que las leyes del *Fuero real* valgan, no se necesita la prueba de su uso.
- 42 Orden con que deben guardarse las leyes de las compilaciones referidas en los negocios concernientes á toda la federacion, y á los habitantes del distrito y territorios.
- 43 Del mismo punto en los negocios de los estados.
- 44 El derecho romano no tiene entre nosotros autoridad legal.
- 45 Para mayor ilustracion, se distinguen tres clases de preceptos que contiene el derecho romano.
- 46 El derecho canónico tiene fuerza obligatoria en lo relativo á cosas espirituales ó anexas á ellas, mas no en las temporales.
- 47 De las opiniones de los autores é intérpretes del derecho.
- 48 Las opiniones de los autores nacionales deben preferirse á las de los extrangeros, las de los juristas á las de los teólogos; y ¿cuál se entiende ser la opinion de un autor que refiere dos contrarias, sin declarar expresamente cual sigue?

1. **A** pesar de que Méjico es independiente de España desde el año de 1821, se rige aun por los códigos de su antigua metrópoli; porque (como dice la *Historia del derecho* de la nueva edicion de D. Juan Sala), circunstancias que no es del caso referir, han impedi-

los anteriormente concedidos; pues sin embargo de esto se revocan y dan por referidos é insertos á la letra como si lo fueran, para que jamas valgan, ni de ellos se pueda usar. Si el privilegio fué concedido por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á ménos que en el posterior se ponga esta específica y particular expresion; porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, á quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el concedente quiera quitárselo sin causa miéntras no lo exprese, excepto que interese la causa pública, la cual siempre se prefiere á la privada<sup>1</sup>.

39. La revocacion tácita se hace por acto del soberano directamente contrario al privilegio, ó porque no puede subsistir ni tener efecto el fin para que se dió sin revocarse el anterior, con tal que sea de presumir tenia este presente: de modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tácitamente revocados los que estan en el cuerpo del derecho; porque como estos pertenecen á las leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que existen fuera del cuerpo del derecho, á ménos que de ellos se haga referencia; porque como contienen derecho privado y hecho particular, y no se presume que el legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos miéntras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mencion; porque como el privilegio es un derecho privado y particular, se presume que el soberano concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fué subrepticia, y como tal nula<sup>2</sup>.

1 Leyes 27 verb. *E si fueren*: 29 y 30 tit. 18 Part. 3. *Ley Quae ex relationibus et ibi Bald. Cod. de legib. et ibi glos. y cap. Veniens, de praescript. Ferrar. Biblioth. dicho*

art. 3 núm. 39 al 46.

2 Dichas leyes 29 y 30 tit. 18 Part. 3 Ferrar. ibi, núm. 46 al 49.

### CAPITULO III.

*De los Códigos que contienen el derecho escrito de la República Mejicana.*

1 La república se rige aun, en defecto de leyes propias, por los códigos españoles.

2 Idea del *Liber judicium*.

3 Juicio de este código.

4 Se escribió originalmente en latin, y se tradujo despues al castellano, adquiriendo entónces los nombres

- de *Forum judicium*, y *Fuero juzgo*.
- 5 La traduccion no corresponde fielmente al original, y ¿cuál texto deberá seguirse en los lugares en que discuerdan?
- 6 Ediciones de este código.
- 7 Del *Fuero real*.
- 8 Su elogio, y noticia de sus glosadores.
- 9 Idea de las *Leyes del Estilo*.
- 10 Se demuestra que el cuaderno de ellas carece de autoridad legal, y que no es mas que obra de un particular estudioso.
- 11 Noticia de las *Partidas*.
- 12 y 13 Censura de este cuerpo legal.
- 14 Debe mirársele como el código principal reformado por los demas.
- 15 Principales autores que han escrito sobre las *Partidas*.
- 16 Del *ordenamiento de Alcalá*.
- 17 Del *Ordenamiento real*, ú *ordenanza reales*.
- 18 De las *Leyes de Toro*.
- 19 Historia de la *Nueva Recopilacion*.
- 20 De la *Novisima*.
- 21 Distincion que debe hacerse entre las leyes de este código para poder usarlo, supuesto que no se comunicó á América por cédula especial del consejo de Indias.
- 22 Juicio imparcial de esta obra.
- 23 *Recopilacion de Indias*.
- 24 Noticia del *Nuevo Código de Indias*.
- 25 Coleccion de *Autos acordados, providencias &c.* por Montemayor y Beleña.
- 26 De la *Ordenanza de Intendentes*.
- 27 De la *Guia de Hacienda de la República mejicana*.
- 28 De las *Ordenanzas de Minería*.
- 29 De las *Ordenanzas de Bilbao*.
- 30 De la *Ordenanza Militar y Declaracion de Milicias*.
- 31 Decretos de las Cortes de España.
- 32 La Constitucion española no está vigente ni aun como ley secundaria.
- 33 Coleccion de las cédulas que dió Fernando VII en el tiempo intermedio, desde que cesaron las Cortes, hasta su reinstalacion.
- 34 Coleccion de los decretos de los cuerpos legislativos nacionales.
- 35 Diversos objetos de aquellos para poder juzgar de su valor actual.
- 36 Decretos de los congresos particulares de los Estados.
- 37 Disposiciones extravagantes.
- 38 Dificultad del estudio de nuestra presente legislación.
- 39 y 40 Disposiciones de las leyes, que deben tenerse presentes para fijar el orden gradual que ha de seguirse en la observancia de todos los códigos mencionados.
- 41 Para que las leyes del *Fuero real* valgan, no se necesita la prueba de su uso.
- 42 Orden con que deben guardarse las leyes de las compilaciones referidas en los negocios concernientes á toda la federacion, y á los habitantes del distrito y territorios.
- 43 Del mismo punto en los negocios de los estados.
- 44 El derecho romano no tiene entre nosotros autoridad legal.
- 45 Para mayor ilustracion, se distinguen tres clases de preceptos que contiene el derecho romano.
- 46 El derecho canónico tiene fuerza obligatoria en lo relativo á cosas espirituales ó anexas á ellas, mas no en las temporales.
- 47 De las opiniones de los autores é intérpretes del derecho.
- 48 Las opiniones de los autores nacionales deben preferirse á las de los extrangeros, las de los juristas á las de los teólogos; y ¿cuál se entiende ser la opinion de un autor que refiere dos contrarias, sin declarar expresamente cual sigue?

1. **A** pesar de que Méjico es independiente de España desde el año de 1821, se rige aun por los códigos de su antigua metrópoli; porque (como dice la *Historia del derecho* de la nueva edicion de D. Juan Sala), circunstancias que no es del caso referir, han impedi-

do substituir otros enteramente nacionales á aquellos que pugnan en muchas partes con el carácter de nacion independiente y libre que en el dia goza, y mucho mas con el sistema de gobierno que ha adoptado. Mas subsisten sin embargo en todo lo demas, y son por ahora la regla de las acciones de los mejicanos, que encuentran en ellos la suma de sus derechos cuando no estan fijados en las leyes nacionales. Por esta razon es indispensable el estudio y conocimiento de los códigos españoles, de donde estan sacadas casi todas las doctrinas de esta obra.

2. Las leyes mas antiguas de que se hace memoria en España, son las establecidas por los monarcas godos; de las que á fines del siglo VII ó principios del VIII se formó una coleccion conocida hasta ahora entre nosotros con el nombre de *Liber iudicum*, que se celebra como fuente y origen de las leyes españolas. No se sabe con seguridad quien fué su autor, pues unos la atribuyen á Sisenando, Chisdanvindo ó Recesvindo, y otros á Wamba, Ervigio, Egica y Witiza, de los cuales el último falleció en el año de 711. Este código consta de doce libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes: de las que unas fueron establecidas por los príncipes, de propia potestad y autoridad, como lo manifiestan sus respectivos nombres puestos en ellas; otras se hicieron en los concilios nacionales por la nacion representada en ellos, por los dos brazos eclesiástico y secular unidos al príncipe como cabeza suprema del estado, el cual convocaba los concilios, proponia los asuntos que se habian de tratar, y al fin confirmaba y daba la sancion real y legal á las determinaciones conciliares. Hay otras leyes, y en bastante número, sin data ni nombre de autor, ni otra señal alguna por donde pueda venirse en conocimiento, ni aun por su contexto, de quien son y de cuándo se hicieron; estas se puede creer que se tomaron de algunas colecciones mas antiguas y primitivas, de las cuales pasaron á las posteriores sin nombre de autor, ó porque en ellas no lo tenían, ó porque no se creyó necesario conservarle si le tenían, estando bastante autorizadas ya por el solo hecho de hallarse incorporadas en una coleccion aprobada<sup>1</sup>. Otras leyes hay finalmente que tienen al principio una nota que dice: *antigua*, y en algunas se añade: *noviter emmendata*; las que comunmente se cree que fueron tomadas, ú originales ó con alguna mutacion de las leyes de los romanos<sup>2</sup>. Pero estas dos últimas clases de leyes pueden y deben referirse á la de las que fueron hechas por los príncipes; pues aun cuando las que tienen la nota de antiguas se hayan tomado de la

<sup>1</sup> Lardizabal y Uribe, en el Discurso que es. |  
lá al frente de la edicion del *Fuero juzgo* que |  
hizo la Academia española en 1815.

<sup>2</sup> Esta opinion es muy antigua, pues en algunos códigos castellanos se encuentra al principio de ellos una especie de discurso que la

gislacion romana, en tanto tienen autoridad y fuerza de ley, en cuanto fueron adoptadas por aquellos, y se incluyeron en el código nacional.

3. Un muy severo crítico de nuestros tiempos<sup>1</sup>, hablando de este código lo llama: „obra insigne y muy superior al siglo en que se trabajó: su método y claridad, añade, es admirable, el estilo grave y correcto: las mas de las leyes respiran prudencia y sabiduría, y es en fin un cuerpo legal infinitamente mejor que todos los que se publicaron por ese tiempo en las nuevas sociedades políticas de Europa, á las cuales se aventaja, dice Legrand d'Aussy, por su artificio en generalizar las materias y colocarlas donde corresponde. Sabe distinguir, analizar, preveer los casos: trata por menor no solamente de lo que contribuye al orden civil de la sociedad, como de los grados de parentesco y afinidad, derechos paternos, legitima de los hijos, de las viudas, pupilos, franquenzas, manumisiones, prescripciones, procesos, donaciones, ventas, mutuaciones, limites de heredades, escrituras &c.; sino tambien de muchas partes del gobierno político, caminos públicos, formacion de milicias, su gobierno y policia. En suma, concluye, el *Libro de los jueces* forma una completa apologia de los reyes godos de España.”

4. La coleccion de leyes de que tratamos, no se publicó en idioma castellano. Este era casi totalmente desconocido entonces en los instrumentos públicos y en las leyes, que se escribian originalmente en latin, como lo demuestran muchos códigos antiguos; en él que se conservaron hasta que se admitió la costumbre de extender los instrumentos públicos en castellano, cuya novedad se verificó, segun la opinion mas comun, á la mitad del siglo XIII, en tiempo de San Fernando III, rey de Castilla y León. Hacia esta época se tradujo al español el *Liber iudicum*, adquiriendo entonces el nombre de *Forum iudicum*<sup>2</sup>, y luego el de *Fuero juzgo*. La palabra *fuero* significa aquí lo mismo que *Código* ó compilacion de leyes; y el segundo dictado *juzgo*, tuvo su origen en aquella inepta traduccion de las palabras latinas que hacian los españoles cuan-

Academia española ha puesto al principio de su edicion castellana, despues de las leyes del prólogo pág. 15. En este discurso despues de una breve cronologia de los reyes godos, trata el autor de la division del *Fuero* en libros, títulos y leyes, y entre otras cosas dice: „Et quando fallares scripto, *ley antigua*, sepas que es de los libros de los romanos, que fue pues. „to en honor de Cesares fieles.....Et quando fallares scripto, *correpta*, sepas que hay en ella „algo del juicio de los romanos.”

<sup>1</sup> Marina en su *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislacion de Castilla* n. 30.

<sup>2</sup> De este título con que comunmente se indica ó cita la Coleccion de las leyes góticas, dice Marina (Cit. obra en la nota al n. 20.) que es bárbaro y desconocido no solamente en tiempo de los godos, sino tambien en los siguientes siglos. *Codez legum, liber legum, liber Gothorum, liber iudicum*; estos son los nombres que se dan á dicha coleccion en las mismas leyes, en los concilios y cortes, en los instrumentos públicos de la edad media, y en los códigos mas antiguos; pero ya á principios del siglo XIII se halla algun uso de aquel título bárbaro.

do iban produciendo el romance castellano dentro de las mismas voces latinas, pues la dición *Judicum* fué convertida en *Juzgo*<sup>1</sup>.

5. La traduccion castellana no corrésponde totalmente al original latino, ni en el órden de las leyes, ni en su número; y lo que es mas, ni aun en el contexto. Por eso algunos creyeron que mas era una coleccion original formada con presencia de la latina, que una traduccion de esta; pero en concepto de Llorente<sup>2</sup> no es así, pues no hay diferencia alguna sustancial, y sí solo la causada por la poca inteligencia del idioma latino, deseo en el traductor de acomodar aquellas leyes á los diversos usos y costumbres, disciplina eclesiástica y práctica de los tribunales de su tiempo<sup>3</sup>, y algun descuido en escribir una ley, suplido despues con poner la olvidada en número posterior. De esta falta de conformidad entre el texto latino y el castellano, dimana la cuestion propuesta, y no resuelta por Mayans<sup>4</sup>, sobre cuál haya de prevalecer para la decision de los negocios judiciales. Nosotros juzgamos, que atendida la ignorancia del idioma latino que habia en aquellos tiempos, la que hace mas probable una infidelidad en la traduccion que no una alteracion del texto original, deberá ser preferido este cuando se diferenciare de aquella.

6. El *Fuero juzgo* se publicó en latin por Pitheo el año de 1579, y en 1623 por Lindembrogio. En castellano lo publicaron en 1600 Alfonso de Villadiego que es su anotador, y en 1792 Don Juan Antonio Llorente. Por último, en 1815 la Real Academia española dió á luz una edicion de él en latin y castellano, cotejada con los mas antiguos y preciosos códices y con dos glosarios al fin, uno de las voces bárbaras y exóticas del texto latino, y otro de las anticuadas y raras del castellano.

7. Con la invasion de los moros y ocupacion y evacuacion sucesiva de las provincias de España, se introdujo un trastorno en su legislacion, gobernándose unos pueblos por unos fueros y otros por otros. Deseoso el rey D. Alonso X de evitar la confusion y complicacion que ocasionaba tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero real*. Este código escrito en lengua vulgar, está dividido en cuatro libros repartidos en títulos que se subdividen en leyes; y en lo antiguo se le llamaba tambien *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero del libro*, *Fuero castellano*, *Fuero de Castilla*, *Flores de las leyes* y con el título general de *Flores*<sup>5</sup>. La intencion de aquel soberano cuando acordó

1 Llorente en su *Discurso preliminar* á la edicion del *Fuero juzgo* que publicó en 1792.

2 Lug. cit.

3 Lardizabal *discurso cit.*

4 En su carta al Dr. Berni, que se halla al frente de la *Instituta civil y real* de este.

5 Marina, *Ensayo crítico sobre la antigua legislacion de Castilla*, n. 301.

formarlo y publicarlo, fué que tuviese autoridad general, y se terminasen las causas por él en todos sus estados, como aparece de su prólogo; pero tan laudable objeto no se verificó por entónces ni en todo el tiempo de su reinado, porque muchas ciudades y villas siguieron gobernándose por sus antiguos fueros, y el de las leyes solamente tuvo autoridad en los tribunales de la corte, y en aquellos pueblos á quienes se comunicó especialmente por via de gracia y merced. Sin embargo hoy, despues de las leyes 1.<sup>a</sup> tít. 28. del Ordenamiento de Alcalá, y 1.<sup>a</sup> de Toro, que son la 3.<sup>a</sup> tít. 1.<sup>o</sup> lib. 2.<sup>o</sup> R. ó 3.<sup>a</sup> tít. 2. lib. 3. N., no puede ponerse en duda ser universal la autoridad de sus leyes, sin necesitarse la prueba de su uso, como mas extensamente demostraremos adelante.

8. Marina<sup>1</sup> y Gomez Negro<sup>2</sup> califican este cuerpo legal de excelente, breve, claro, metódico, comprensivo de las leyes mejores de los fueros municipales que deciden lo mas importante del derecho privado, y acomodado á las costumbres de Castilla y al Fuero juzgo, cuyas disposiciones se copian muchas veces literalmente. Sus glosadores han sido: primero D. Vicente Arias Balboa, obispo de Placencia, cuyas glosas escritas en idioma español jamas se publicaron; pero de ellas existia un ejemplar manuscrito en los archivos de la catedral de Toledo, como asegura Juan Lucas Cortés<sup>3</sup> citando á Narbona; despues Alfonso Diaz de Montalvo, que escribió en latin, y sus glosas han llegado hasta nosotros impresas en muchas ediciones del Fuero real. Asso y Manuel<sup>4</sup>, citando unos apuntes del Dr. Retes, dan por cosa asentada que esta glosa que imprimió Montalvo bajo su nombre, es la misma que formó y dejó inédita Arias.

9. Al Fuero real se sigue una coleccion de doscientas cincuenta y dos ó doscientos cincuenta y tres leyes, sin distincion de libros, títulos, ni otra distribucion, conocida con los nombres de *Leyes del Estilo*, ó *Declaraciones sobre las leyes del Fuero*. De cualquier modo que se intitulen, no son otra cosa que unas advertencias sobre las leyes del Fuero real, ó una declaracion de las leyes antiguas no solo de las patrias, sino tambien del derecho civil y canónico, segun podrá observarse por su exámen y cotejo<sup>5</sup>; ó mas bien, como dice Gomez Negro<sup>6</sup>, una práctica del tribunal de la corte ó noticia del estilo que tenia en juzgar, dada por un particular de estudio privado, y sin que este cuaderno haya sido autori-

1 *Ensayo crítico sobre la antigua legislacion de Castilla*, n. 301.

2 *Disertacion sobre los códigos españoles al fin de sus Elem. de pract. forense.*

3 En la obra titulada: *Sacra Themidis hispanae arcana*, que se atribuyó Franckenan,

sect. 2. n. 15.

4 *Discurso preliminar* al Ordenam. de Alcalá, pág. 22 en una nota.

5 Pueden verse para comprobacion, entre otras, las LL. 59 y 192.

6 Lug. cit.

zado por soberano alguno<sup>1</sup>. Por lo mismo afirmamos que las llamadas *Leyes del Estilo* no han tenido ni tienen por sí fuerza de ley, esto es, por contenerse en ese cuaderno que no tuvo la aprobación de ningún legislador.

10. Para convencerse de aquel aserto, basta solamente registrarlas, y observar que contienen decretos, y dan noticia de la inteligencia que se daba á las leyes del Fuero real en tiempo de D. Alonso el Sabio, D. Sancho IV, D. Fernando IV y D. Alonso XI<sup>2</sup>; y así es, que algún curioso debió formar esta obra en tiempo de este príncipe, ántes que publicase su Ordenamiento de Alcalá. Esto mismo indica su prólogo, que dice: „En razon de los pleitos de los demandadores, é de los demandantes ó de las cosas, en que deben ser apercebidos, segun la costumbre de los reyes de Castilla, del rey D. Alfonso, é despues del rey D. Sancho su hijo, é dende acá<sup>3</sup>;” lo confirman tambien sus leyes; y para ejemplo referimos la 252 que „dice así: „Si alguno face algun delito por mandado de su señor, quier sea fidalgo, quier libre, quier siervo, quier franqueado fier algun daño ó fuerza, no haya pena ninguna, &c.: y esto se „entiende si el demandado prueba por testigos ó por cartas valederas; mas no por cartas selladas con su sello, que muestra de su señor, en que se contenga que se lo salve si son cartas del rey, ó si „el señor viene ante el alcalde que conoce, que se lo mandó facer; „entónces darán al facedor por quito y cumplirán en el señor lo „que debe de derecho, cual fuere el fecho, ó por hechamiento de „tierra, ó por desechamiento, ó por otra manera; mas en tiempo „del rey D. Alfonso, librándolo de otro guisa, si el que fizo el mal, „lo fizo estando su señor delante, y por su mandado, á este darán por quito; mas si el señor no estaba delante, librándolo entónces por el derecho comunal, y consentialo el rey D. Alfonso, é „tenialo por bien.” Así se expresa la citada ley, la que en sustancia se reduce á decir: La ley 10 del título de las fuerzas, se entiende de este modo, y en tal época se entendia de este otro. Y qué, pregunta Gomez Negro, ¿es este el tono de un legislador que manda, ó de un particular que refiere lo que sabe se practicaba en tal y tal tiempo? No admite pues duda que las llamadas *Leyes del Estilo*

1 Nicolas Antonio *Biblioth. novae* tom. 1. pág. 190, citado por el autor de la obra titulada: *Sacra Them. hisp. arcan.* sect. 3, n. 15. Cornejo sin embargo, en su *Diccionario histórico y forense del derecho de España*, art. *Leyes del Estilo*, defiende la opinion contraria; pero además de que contradice á autores de mucha nota, los argumentos en que se apoya son demasiado débiles.

2 Véanse entre otras, las LL. 1, 30, 107, 151, 154 y 156.

3 Los doctores Asso y Manuel y Alvarez, dicen que las *Leyes del Estilo* se publicaron con autoridad del rey D. Alonso, de su hijo D. Sancho y de D. Fernando llamado el Emplazado, segun se declaró, añaden en su prólogo; pero como se ha visto, lo que únicamente se dice en él es, que el modo de juzgar contenido en aquellas advertencias era costumbre en tiempo de dichos reyes, lo que á la verdad dista mucho de que se formasen con su autoridad.

no tienen por sí fuerza de tales, aunque alguna vez adquirieron y conservaron despues por largo tiempo bastante celebridad. En el siglo XVII las comentó el jurisconsulto D. Cristobal de Paz, y aun hoy son dignas de leerse por las exposiciones que dan de varias leyes del Fuero real: algunas se hallan insertas en la Recopilacion.

11. Despues de los códigos mencionados ocurre el *alfonsino*, ó la célebre coleccion de leyes compiladas en tiempo del rey D. Alonso el Sabio, llamada las *Siete Partidas*, porque consta de siete partes, divididas en títulos y estos en leyes. En la primera Partida se trata de las cosas pertenecientes á la fe católica, y al conocimiento de Dios por creencia: en la segunda, de los emperadores, reyes y señores de la tierra, que deben mantenerla en justicia: en la tercera, de la justicia, y del modo de administrarla ordenadamente en juicio por la expedicion de los pleitos: en la cuarta, de los desposorios y matrimonio: en la quinta, de los contratos: en la sexta, de los testamentos y herencias; y en la séptima, de las acusaciones, delitos y penas. Este código es semejante á las *Pandectas* romanas, y se halla formado de los usos y costumbres antiguas de España, de las leyes romanas, de varias decisiones canónicas, de doctrinas de los santos padres, y de sentencias de filósofos y sabios antiguos<sup>4</sup>; entendiéndose bajo este nombre los jurisconsultos que intervinieron en la formacion del Digesto, así como los glosadores del Cuerpo del derecho civil, señaladamente Azon, Acursio y otros discípulos de aquel, cuyas opiniones se trasladaron muchas veces á las Partidas. Proyectóse esta obra por el rey D. Alonso el Sabio, para fijar la legislacion y desterrar el desorden y confusion que reinaba en los tribunales: se emprendió la víspera de S. Juan Bautista del año de 1256, y se concluyó en el de 1263, de modo que duró su redaccion siete años cumplidos<sup>2</sup>; pero no se publicó hasta el año de 1348 en el reinado de D. Alonso XI, y aun entónces corregida y reformada, no solo en cuanto al estilo, sino tambien en cuanto á la sustancia de sus leyes<sup>3</sup>; porque se temió que los pueblos se resistieran á su admision para conservar sus privativos fueros.

12. Grandes y aun desmedidos fueron los elogios que en todos tiempos se hicieron de este cuerpo legal; pero para juzgar con imparcialidad, debemos observar con Marina<sup>4</sup> que no es una obra original de jurisprudencia, ni fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de la sociedad civil, ni sobre los

1 LL. 2 y 6, tit. 1 part. 1.

2 Prólogo de las Partidas,

3 L. 3 tit. 2. lib. 3. R., 63 tit. 1. lib. 2. N.

4 Ensayo histórico sobre la antigua legislacion de Castilla, n. 319 y 320.

principios de la moral pública mas adaptable á la naturaleza y circunstancias de la monarquía; sino una redacción metódica de las Decretales, Digesto y Código de Justiniano, con algunas adiciones tomadas de los fueros de Castilla. Así que, considerado con relación á las leyes civiles y materiales que comprende, no puede tener mas mérito que las fuentes mismas de que dimana. Sin embargo, no podemos ménos de confesar, que el pensamiento de reducir á compendio metódico la confusa y farraginoso colección de las Pandectas en tiempo de tanta ignorancia y de tan poca filosofía, fué atrevido, y digno de un príncipe filósofo y superior á su siglo; y que esta obra debe verse no solo con el aprecio y acatamiento que merece un cuerpo legislativo autorizado por el gobierno, sino tambien como un monumento de gusto y erudición. El juriconsulto, el filósofo y el literato se agradan de su lectura, porque está escrita con magestad y elegancia, lenguaje puro y castizo, con admirable orden y método en todas sus partes principales, tanto que excede en esto y se aventaja sin duda á los mismos originales; y se halla sembrada de noticias históricas muy curiosas, de pensamientos filosóficos, y de máximas de profunda sabiduría dignas de consultarse y meditarse por nuestros políticos y legisladores.

13. Su mérito por otra parte seria completo, si los insignes sujetos que tan gloriosamente la concluyeron, elevándose sobre las preocupaciones, ideas y opiniones comunes y dominantes en las célebres universidades de Paris y Bolonia, propagadas rápidamente por todos los gobiernos de Europa, no las hubieran adoptado y autorizado en las Partidas, ni dejado en ella las imperfecciones, vicios y defectos del siglo en que se escribieron. Prolijos y pesados razonamientos, investigaciones importunas y mas curiosas que instructivas; decisiones inexactas y diminutas, y á su consecuencia obscuridad y confusion en algunas leyes; añadiendo á estos defectos, esa multitud de preámbulos inútiles, fastidiosa y monótona division de leyes á la cabeza de todos los títulos, infinitas etimologías, unas superfluas y otras ridículas, ejemplos y comparaciones pueriles ó poco oportunas, errores groseros de física é historia natural, amontonamiento de textos de la Sagrada Escritura, santos padres y filósofos, citas de autoridades apócrifas, doctrinas apoyadas en falsas decretales, empeño en juntar en uno y conciliar derechos opuestos derecho nacional y extranjero, eclesiástico y profano, canónico y civil; y de aquí determinaciones á veces contradictorias, otras incomprensibles, y doctrinas tan poco uniformes, y en ciertos casos tan confusas, que seria bien difícil atinar con el blanco del legislador y de la ley. En fin, sus autores, como si fueran extranjeros en la jurisprudencia nacional, é ignoraran el derecho pátrio y las

excelentes leyes municipales, no conociendo otro manantial, ni mas tesoro de erudición y doctrina civil y eclesiástica que las Decretales, Digesto y Código, y las opiniones de sus glosadores, introdujeron en las Partidas la legislación romana, alterando y aun arrojando toda la constitucion civil y eclesiástica en los puntos mas esenciales, con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de los soberanos<sup>1</sup>.

14. Este código, á pesar de ser el mas completo, tiene segun diremos adelante, el último lugar para la decision de los pleitos; pero como es un todo mas metódico y regular, al paso que los otros no son sino fragmentos, debe mirársele como el cuerpo principal de la legislación reformado en parte por los demas<sup>2</sup>.

15. Las leyes de Partida se glosaron primero por Alonso Diaz de Montalvo; y aunque con esta glosa se hicieron varias ediciones segun refiere Cortés<sup>3</sup>, jamas hemos visto ningun ejemplar de ella. Despues las glosó el Lic. Gregorio Lopez de Tobar, cuyos trabajos se apreciaron tanto en otro tiempo, que de ellos dejó escrito Juan Solorzano<sup>4</sup>: „*Aurea et ardua glossemata in Partitarum leges, sine quibus manca profectò hispani fori jurisprudentia videri possit;*” pero hoy, variado ya el gusto y cambiadas las opiniones, ni se tienen por necesarias estas glosas, ni se creen muy dignas de alabanza<sup>5</sup>. Gaspar Hermosilla escribió adiciones, notas y resoluciones á las glosas de Lopez sobre los cinco primeros títulos de la quinta partida. El Dr. D. José Berni y Catalá publicó en 1759 unos *Apuntamientos sobre las leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*. Francisco de Velasco fué autor de un compendio ó *sumario de los títulos y leyes* de las Partidas, que se publicó al calce de una de las mas antiguas ediciones; y de aquí conjetura Cortés<sup>6</sup>, que son sin duda de este autor las inscripciones y sumarios que hoy leemos al principio de cada ley. Nuñez de Avendaño en el siglo XVI, y Diego Perez Mozun á fines del pasado, escribieron diccionario de las voces antiguas que se encuentran en las Partidas; pero acerca de ellos (así como de los vocabularios que se encuentran al calce de algunas ediciones de otros códigos antiguos) es necesario advertir con el Dr. Berni<sup>7</sup>, que la significacion de voces es interpretacion de la ley, que no es permitida á los particulares.

16. El *Ordenamiento de Alcalá* es un código publicado en el año

1 Marina, lug. cit.

2 Escribhe. *Diccionario de legislac.* art. *Partidas*.

3 *Sacra Them. his. arc.* sect. 2. n. 10.

4 Lib. II. *De jur. Ind.* cap. 1. n. 38.

5 Marina, obra cit. n. 470.

6 Obra cit. sect. 2. n. 11.

7 En el prólogo del Índice que está al fin de su citada obra sobre las Partidas.

de 1348, que contiene ciento veinte y cuatro leyes repartidas en treinta y dos títulos. En 1774 lo publicaron en Madrid ilustrado con notas, Asso y Manuel; quienes dicen de él en el *Discurso preliminar*, que en su admirable brevedad abraza los mas importantes objetos de la legislación, y que atendidas las circunstancias y tiempo en que se hizo, nada deja que desear. Muchas leyes de este cuerpo se insertaron en la Recopilación; pero como advierten los citados doctores, unas estan truncadas, otras tan confusas que no se alcanza su verdadero sentido, otras reducidas á extracto, otras tan alteradas y llenas de cláusulas forasteras que ya son leyes distintas, y últimamente son pocas las trasladadas con exactitud.

17. En tiempo de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel se publicó otro código con el título de *Ordenanzas reales* llamado tambien *Ordenamiento real*<sup>1</sup>, que no es mas que una compilación (no alfabética como dice Escriche)<sup>2</sup> de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero real, leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros repartidos en títulos y leyes. Esta obra fué dispuesta por Alonso Montalvo de orden de aquellos monarcas, quienes le dieron autoridad y extensión por real cédula firmada de los del consejo, expedida en Córdoba á 24 de marzo de 1485, é impresa como asegura Marina<sup>3</sup> al fin de su primera edición. Debe cesar por tanto la disputa acerca de si este código tiene ó no autoridad legal, originada de no constar ántes si mereció la confirmación de algun soberano, y sostenida por autores de nota hácia una y otra parte con argumentos de mucho peso<sup>4</sup>; aunque siempre parecia mas fundada la opinion afirmativa. En 1560 publicó Diego

1 Magro en el Proemio de sus *Elucidaciones ad quatuor libros Institut. Justiniani* núm. 5, y Cortés en la obra cit. sect. 3 núm. 20, hablan de las *Ordenanzas de Castilla* como de un código distinto del *Ordenamiento* de Montalvo; pero juzgamos que estan equivocados, pues esos dos nombres no son mas que dos diversos títulos de una misma obra que indistintamente usan los autores, como puede verse en Alvarez, Gomez Negro y Colon.

2 Tan lejos está de ser el *Ordenamiento real* compilación de leyes por orden alfabético, que en el ejemplar que tengo á la vista impreso en Madrid en 1779, el tit. 1.º del lib. 1.º trata: „De la sancta Fe Católica.“ el segundo: „De las guardas de las cosas de la sancta Madre Iglesia.“ y por último, el final „De los captivos.“ Los que han descrito de ese modo el *Ordenamiento real*, lo han confundido sin duda con otra obra del mismo Montalvo, de que hace mención Cortés (obra cit. sect. 2 núm. 18), titulada: „Se-

cunda compilatio legum et ordinationum regni Castellae, quae á regibus Hispaniae in generalibus curiis conditae et promulgatae fuerunt usque ad Serenissimum regem Ferdinandum, et serenissimam reginam Elisabetham laboriose et utiliter compilatae et abbreviatae, ac de idiomate (vernaculam linguam intelligit) in latinum translatae; la cual aunque el mismo asegura no haberla visto jamas, la describe sin embargo, citando á Nicolas Antonio, de este modo: „Est nimirum index alphabeticus verborum juris, adjunctae singulis verbis regiae, quae circa rem exstabant, constitutiones, una cum glossis et additionibus ex utroque jure de promptis.“

3 Obra citada n. 451.

4 Véase el *Discurso preliminar* al *Ordenamiento* de Alcalá por Asso y Manuel, que defienden la negativa; y á Gomez Negro en la Diertación al fin de sus *Elementos de práctica*, que sostiene la afirmativa.

Perez de Salamanca sus comentarios á esta compilación bajo los auspicios de Carlos V.

18. Con el nombre de *Leyes de Toro* son conocidas ochenta y tres leyes que se compusieron y ordenaron en tiempo de Don Fernando y Doña Isabel en las cortes de Toledo del año de 1502, y que no habiendo podido publicarse en ellas, se promulgaron por fin en las cortes celebradas el año de 1505 en la ciudad de Toro, de donde tomaron su nombre, en las que se juró por reina á Doña Juana, y se nombró por gobernador á Don Fernando su padre, razón porque se apropian á estos reyes. Estan comentadas por muchos autores, de los que el principal es Antonio Gomez; y aunque al principio se formó de ellas un cuaderno separado, hoy se hallan distribuidas segun su materia en los títulos del código de que vamos á hablar.

19. Esta es la *Nueva Recopilación*, mandada formar con objeto de reducir las leyes á un cuerpo completo y universal por el rey Felipe II, y dispuesta por cuatro profesores que sucesivamente se ocuparon de ella hasta su conclusión. Se imprimió y publicó en el año de 1567 en dos tomos comprensivos de nueve libros, incorporándose en ella las leyes que corrian en varios volúmenes y cuadernos, y otras que se hallaban sueltas; pero no quedó enteramente provista, y solo si en parte socorrida la necesidad de un código bien ordenado, á que fielmente se sujetasen, bajo de sus correspondientes títulos y libros, todas las leyes útiles y vivas, generales y perpétuas, publicadas desde la formación de las siete Partidas y Fuero real, como se deseaba; pues sobre la falta del debido orden y precisa división de títulos contenidos en cada libro, se incorporaron en unos leyes pertenecientes á otros, segun las materias de sus disposiciones; advirtiéndose en todos la confusa mezcla de algunas respectivas á diversos ramos, y la dificultad de entender lo proveido en cada uno; y agregándose varias equivocaciones, así en el texto ó letra de las mismas leyes, como en sus epígrafes y notas marginales, que las atribuyen á reyes y tiempos que no corresponden. Con estos defectos y otros mas notables que se advierten en dicha recopilación, y á que por lo comun estan sujetas semejantes obras, corrieron todas sus posteriores ediciones hechas en los años de 1581, 92 y 98, 1640, 1723 y 1745, sin mas novedad que la de haberse aumentado en cada una de las cuatro primeras cierto número de leyes establecidas en el tiempo intermedio de una edición á otra, y formado en la de 1745 un tercer tomo, en el cual, bajo el nombre de *Autos acordados del consejo*, se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, declaraciones y resoluciones reales expedidas hasta dicho año, distribuyéndolas por el mismo ór-



donde se tomaron; leyes forjadas de documentos contrarios y opuestos entre sí mismos, ó citados inoportunamente y en perjuicio de la claridad de la ley, atribuidos á reyes que ó nada resolvieron sobre el asunto, ó resolvieron lo contrario; leyes anticuadas y de ningun uso en nuestros dias, por haber cesado las causas, fines y objeto de su publicacion; leyes repetidas, redundantes y superfluas; confusa mezcla de leyes vivas y muertas, derogantes y derogadas, y que en todo ó en parte chocan y se contradicen en sus disposiciones; leyes erradas, interpoladas y no conformes con los originales de donde se tomaron; leyes que no merecen este nombre, y solamente contienen amonestaciones, recuerdos, encargos, declaraciones y providencias particulares, decretos temporales y órdenes ceñidas á asuntos, casos y personas determinadas; leyes que atendida su materia, objeto y estilo, son impropias y ajenas del código nacional, faltas de orden y método; y por último, omision de muchas leyes que se echan de ménos. Todas estas faltas las demostró el citado autor en su obra titulada: "*Juicio crítico de la Novísima Recopilación*", impresa en 1820, y de la que dijo el colegio de Abogados de Madrid<sup>1</sup>, que „es una produccion hija del talento, del profundo estudio y de la meditacion; que desentraña con juicio, madurez y crítica los monumentos preciosos de nuestras antigüedades;" añadiendo despues, que con ella podria facilitarse „á los magistrados, jueces y letrados, una segura guia para no enredarse en el intrincado laberinto de nuestra legislacion."

23. Además de los códigos mencionados hasta aquí, cuyo uso y observancia fué comun á España y sus colonias, existe otro peculiar á estas conocido con el nombre de *Recopilación de leyes de Indias*, comenzado á formar el año de 1570 de orden del rey Felipe II, y concluido en el reinado de Carlos II, que le dió toda la fuerza y autoridad necesarias el año de 1680, mandando que por sus leyes se decidiesen en las Américas todos los pleitos y negocios que ocurrieran, y observando en su defecto lo ordenado por la ley 2.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup> lib. 2.<sup>o</sup> de la misma Recopilación, cuya disposicion insertaremos adelante. En él estan recogidas todas las disposiciones dictadas por los reyes de España, desde la conquista de las Américas hasta esa fecha; dividiéndose en nueve libros que comprende cada uno diversos títulos, en los que se colocan primero las leyes, y despues los autos acordados relativos á ellas. De esta obra no existe ningun glosador especial; pero Murillo<sup>2</sup> dice, que podrán tenerse como tales al Dr. Juan Solórzano en sus obras *Política indiana* y *De Jure Indiarum*, al Dr. Pedro Frasso en su tratado

1 En su censura al principio de la obra núm. 24. | 2 *Cursus juris canonici* introduct.

de *Regio patronatu Indiarum*, al Dr. Gaspar Escalona en su *Gazophylatium Regium Peruvicum*, y al P. Jesuita Avendaño en el *The-saurus Indicus*. Nosotros poseemos manuscritas unas *Anotaciones* á los ocho primeros libros de este código, que hemos oido atribuir á un Lic. Perez de Lebron, advirtiéndose al fin de ellas, que el libro nono estaba glosado en la misma Recopilacion por el Lic. D. Luis Mendoza (a).

24. Desde el año de 1792 se encuentran varias resoluciones con el rubro de *Ley del nuevo código*, para cuya inteligencia creemos conveniente dar alguna idea de la compilacion conocida con ese nombre; lo que no podrá verificarse mejor que insertando á la letra un Real Decreto expedido en Aranjuez á 25 de marzo de 1792, que publicaron los redactores de la Instituta de Sala<sup>1</sup>, refiriéndose á una copia simple que tuvieron á la vista. „Enterado el rey mi augusto Padre, por consulta del consejo de Indias de 20 de marzo de 1771 y 10 de mayo de 1773, de la necesidad que habia de adicionar é ilustrar las leyes de la Recopilacion de aquellos dominios, con las noticias de resoluciones y ulteriores acuerdos, y demas conveniente á la constitucion del gobierno actual de ellas; tuvo á bien mandar por sus reales decretos de 9 de mayo de 1776 y 7 de septiembre de 1780, se estableciese una junta de ministros sabios y escogidos del expresado tribunal que entendiese en la composicion de un nuevo código de leyes de Indias, completo y bien ordenado. Desde aquellos tiempos aplicaron todos sus conatos á un encargo tan importante, y en que tanto interesa la justicia, el

(a) „Esas ordenanzas que se llamaron *leyes de Indias*, dice D. Lorenzo de Zavala en la introduccion á su *Ensayo histórico sobre las revoluciones de Méjico*, tenían por objeto modificar la tirania de los conquistadores y de los gefes que partian de España á gobernar aquellos paises; pero como estas leyes ó decretos reales solo los tenían los que debian ejecutarlos, en realidad no se hacia mas que la voluntad de los capitanes generales, vireyes ó gobernadores." A pocas lineas añade: „Los que han intentado defender la política del gobierno español con respecto á sus colonias, han alegado la existencia de este *Código de Indias* que parece formado como un baluarte de proteccion en favor de los indígenas. Pero los que examinan las cuestiones bajo un punto de vista filosófico, solo han considerado esta *Instituta* como un sistema de esclavitud establecido sobre bases que parecian inderectables, y de cuyos efectos se resentirán todavía por algunos siglos aquellos gobiernos. Estas leyes en efecto, no son otra cosa que un método prescrito de dominacion sobre los indios. Suponen en los monarcas que las dieron, derechos sobre los *bienes y vidas* de los conquistados; y de consiguiente todo acto que no era positivamente una opresion, se consideraba en ellas como una gracia,

un beneficio del legislador. Leyes habia que determinaban el peso con que se les podia cargar, las distancias hasta donde podian ir, lo que se les habia de pagar, &c. &c." Acerca del mismo punto, dice el autor de las *Observaciones sobre las leyes de Indias*, insertas en la *Biblioteca americana* pág. 350: „Entre los varios empleados de América siempre habia disensiones escandalosas nacidas de envidias, odios y venganzas entre ellos mismos. Cada cual, arrastrado de la pasion que lo dominaba, esforzaba siempre para el logro de su intento el influjo del crédito y proteccion que disfrutaba en la metrópoli. Toda iniquidad dejaba de serlo, y tenia buena acogida, si de algun modo conducia al deseado triunfo de obtener una resolucion favorable en la disputa que sostenia. A estas resoluciones, cualesquier que fuesen, expedidas por el órgano de los ministros, se les daba toda la fuerza de una ley, aunque no tuviesen ninguno de los requisitos de tal. Con el tiempo llegó á crecer tanto su número, que se creyó necesario formar una coleccion de todas ellas. Esta se verificó y publicó por orden de la corte en cuatro volúmenes en folio, bajo el título de *Recopilacion de Indias*.  
1 Lib. 3 tit. 16 §. 8.

„bien universal de las Indias y el honor de la Nacion. Con efecto, la junta de ministros que se hallaba autorizada por el citado decreto de 7 de septiembre de 1780 para consultar directamente con mi real persona las graves dificultades que le ocurriesen en algunas de las nuevas leyes; á esfuerzos de su celo, actividad y vigilancia, que ha acreditado ventajosamente, pasó á mis reales manos con fecha de 2 de noviembre de 1790 el libro primero del nuevo código legal de Indias con su índice alfabético, y por via de modelo un catálogo de los epígrafes y citas de las cédulas del título primero, con notas que indican si la ley es nueva ó variada, y á cuál corresponde de la Recopilacion, proponiéndome al mismo tiempo lo que tuvo por mas conveniente en el asunto; y habiéndome yo instruido muy completamente del contexto de las leyes contenidas en el expresado libro primero del nuevo código, y hallándolas arregladas á razon y justicia, á mis soberanas resoluciones tomadas en diversos casos y ocurrencias, y dirigidas siempre al mejor servicio de Dios y bien de mis vasallos: he venido en concederles toda la fuerza y autoridad necesaria para que sirvan de norma y regla en adelante; quedando en su vigor las de los otros libros de la Recopilacion en lo que no sean contrarias al nuevo código. A este fin he mandado, y es mi voluntad que se saquen y pasen al consejo de Indias, tres copias rubricadas por los ministros de la junta del código, y al principio copia de este mi real decreto, para que poniéndose una en cada sala, y otras dos igualmente autorizadas en poder de los fiscales del departamento del Perú y de Nueva España, que vaya dicho tribunal con audiencia de los citados fiscales, poniendo sucesivamente en uso y práctica las decisiones comprendidas en dicho nuevo código en todos los casos que ocurrieren, librando las cédulas y providencias que resulten conforme á su tenor, al que deberán tambien acomodar sus respuestas los fiscales y promotores, y promover su observancia: que lo propio se ejecute en la via reservada en la resolucion á las consultas y en las órdenes que por ella se expidan: que la propia junta de leyes continúe sus sesiones con el celo que tiene bien acreditado, y prosiga en el trabajo de esta grande obra hasta su conclusion: que sin perjuicio de esta principal ocupacion se den al público, como ha propuesto la junta, los cedulares ó coleccion de cédulas, órdenes, breves y providencias que han servido de base al nuevo código, y servirán en adelante: que se pongan al márgen de las leyes las respectivas notas ó índices que la junta propone sea al principio, por la mas pronta instruccion que este método da á los lectores; y finalmente que se prohíba toda glosa ó comentario de dichas leyes, y en caso de duda del verdadero y genuino sentido de

„alguna, ó en el de encontrar en la práctica dificultades que pidan nueva declaracion, se consulte con mi real persona. Tendráse entendido en la junta de las leyes, para el debido cumplimiento de esta mi soberana resolucion; y por lo que toca al consejo de Indias le he mandado pasar copia de ella, firmada de mi mano y de mi secretario de estado y del despacho de gracia y justicia. En Aranjuez á 25 de marzo de 1792.—Al conde de Tepa”.

25. Los reyes de España, durante su dominacion en Méjico, expidieron muchas pragmáticas, cédulas, autos acordados por el consejo y provisiones; y ademas se dictaron por los vireyes muchas providencias llamadas del superior gobierno, y por la audiencia muchos autos acordados, que tenian en cierta manera fuerza de ley. De todas estas disposiciones no se ha formado una compilacion que tenga el carácter y autoridad de un código; pero sí existe una Recopilacion en dos tomos impresa en Méjico en 1787, y formada por los oidores Montemayor y Beleña, comprendiéndose en el primer volumen en cuatro secciones, de las que las dos primeras fueron obra de Montemayor, y las dos segundas de Beleña, mil doscientas setenta y siete disposiciones y providencias; y copiándose en el segundo setenta y nueve piezas entre pragmáticas, cédulas y bandos citados en el primero. Esta compilacion no tiene mas fuerza que la que le da la autenticidad de las resoluciones que comprende.

26. Habiendo hablado hasta aquí de las colecciones de leyes que deben saber y observar todos, ántes de pasar á tratar de las compilaciones que no tienen el carácter de códigos, juzgamos conveniente dar idea de las principales ordenanzas ó colecciones particulares que gozan dicha calidad, y son comprensivas de leyes que solamente interesan á personas ó corporaciones determinadas. Tales es en primer lugar la *Real Ordenanza de intendentes*, destinada particularmente para la Nueva España cuando se establecieron en ella estos funcionarios. Este código, obra del reinado de Carlos III que lo sancionó el año de 1786, tuvo por principal objeto, como observa el nuevo editor de Sala, el establecimiento de un sistema de hacienda en estas provincias, comprendiendo sin embargo muchas disposiciones de otro orden. Está dividido en artículos y comprende trescientos seis, en los cuales se hace referencia ó se citan muchas disposiciones ya insertas en la Recopilacion de Indias, ó ya vagantes reclamadas con números desde el 1 hasta el 42, que forman una especie de apéndice, en el que se copian literalmente todas las que no estan insertas en aquella (a).

1 *Historia del derecho* de la nueva edicion de la Ilust. de Sala.

(a) Muchos no tienen noticia de una obra

que nosotros poseemos con el título de: „*Ordenanza general formada de órden de su Magestad, y mandada imprimir y publicar para el*

27. Con el fin de facilitar á los empleados de hacienda una noticia de las providencias dictadas por los cuerpos legislativos y reglamentos dados por el poder ejecutivo en ese ramo, se formó por su ministro D. José Ignacio Esteva una coleccion de dichos documentos, que comprende los expedidos desde 14 de octubre de 1821 hasta principios del año de 828, incluyéndose tambien los circulados por las demas secretarias del Despacho relativos á la misma materia. Esta coleccion es conocida con el nombre de *Guia de Hacienda de la República Mexicana*, y consta de seis tomos en octavo, de los que en el último se hallan dos índices, uno cronológico y otro alfabético, de las piezas contenidas en ella, que facilitan mucho su manejo. Como no ha obtenido en clase de coleccion la aprobacion del legislador, no deberá tener mas autoridad que la que gozan por sí los originales de donde se tomó; advirtiendo siempre, que el haber sido impresa y publicada por el ministerio referido, da lugar á presumir, mientras no se pruebe lo contrario, que corresponde exactamente á aquellos. Su utilidad es sin duda muy considerable, pues reúne un gran número de reglamentos y circulares expedidas por el gobierno, que estan en observancia, y que no se encontrarán en otra parte. Nosotros, á pesar de no ser un código autorizado, hemos hecho mencion de ella despues de la Ordenanza de Intendentes, por dirigirse así como esta al arreglo de la hacienda pública.

28. Son tambien muy dignas de atencion las *Ordenanzas de Minería*, que distribuidas en diez y nueve títulos divididos en artículos, comprenden todo lo relativo al fomento y gobierno de este importante ramo de la industria y comercio nacional. Fueron formadas por los diputados del cuerpo de mineros, y aprobadas por cédula de 22 de mayo de 1783, con prohibicion de que se interpreten ó glosen en modo alguno. Estan insertas en el 2.º tomo de la *Recopilacion de autos y providencias* de Monte-mayor y Beleña; y aunque en parte derogados por las leyes de 7 de octubre de

gobierno é instruccion de Intendentes, Subdelegados y demas empleados en Indias: impresa en Madrid en 1803, y expedida en San Ildefonso á 23 de septiembre del mismo año, refrendada por el secretario de estado y despacho universal de hacienda de Indias, con derogacion expresa de la de 28 de enero de 1782 dada para Buenos Ayres, y de la de 4 de diciembre de 1786 para la Nueva España, de que acabamos de hablar. Contiene doscientos veinte y seis artículos, y al fin, del mismo modo que aquella, varias instrucciones, cédulas y órdenes reales á que estos se refieren, reclamados con núme-

ros desde 1 á 18; pero no está en práctica en las oficinas, como parece debia estarlo con preferencia á la antigua ordenanza. Una persona fidedigna nos ha asegurado que se mandó recoger por cierta real orden reservada, que ella misma vió en la secretaria del vireinato. Nosotros hemos buscado en vano ese documento en el *Archivo general* donde deberia encontrarse; advirtiendonos á la vez su encargado, que aunque dicha ordenanza se imprimió en España, jamas llegó á comunicarse á las Américas, siendo este el motivo de que apenas una ú otra persona la conozcan.

1823 y 20 de mayo de 1826, se observan en todo lo demas concerniente á este objeto<sup>1</sup>.

29. *Las Ordenanzas de Bilbao* son el código de comercio que hasta el dia rige en la República, excepto en ciertos puntos en que es inadaptable, y en lo relativo á la organizacion del consulado, cuyo tribunal se suprimió por decreto de 16 de octubre de 1824. Estan divididas en veinte y nueve capítulos, con expresion de lo que cada uno trata, y distribuidos en números para la mas clara inteligencia, agregándose al fin un sumario de lo contenido. Fueron formadas por seis comerciantes de la villa de Bilbao, aprobadas por Felipe II en 2 de diciembre de 1737, confirmadas por Fernando VII en 27 de junio de 1814, y modificadas en cuanto á algunas disposiciones por el consejo de Castilla en provision de 9 de julio de 1818. El año de 1829 se hizo en Paris una edicion de esta obra, en la que se incluyeron los documentos mencionados, y ademas varias cédulas y órdenes relativas al comercio.

30. *La Ordenanza militar* para el régimen, disciplina, subordinacion y servicio del ejército, dividida en ocho tratados que se subdividen en títulos y estos en artículos, fué expedida por Carlos III á 22 de octubre de 1768 y comunicada á las Américas por real orden de 20 de septiembre de 1769, que se circuló á sus vireyes y gobernadores<sup>2</sup>. En orden de 24 de abril de 1772 se reencargó al ejército su observancia literal, previniéndose como lo mas esencial é innegable, que es solo reservado al soberano variarlas, adicionarlas, y decidir las dudas que se ofrezcan en ellas, ocurriendo los gefes principales por conducto del ministerio de guerra<sup>3</sup>. De esta obra se hizo en el año de 1833 en esta capital por el ciudadano Mariano Galvan una edicion en dos volúmenes notablemente aumentada, (como se hace notar en su *Advertencia preliminar*); pues ademas de varias reales órdenes que no se habian insertado en las ediciones españolas, lleva un apéndice al fin de cada tomo, comprendiéndose en el del primero todas las leyes y decretos que los congresos mejicanos han dictado hasta fin del año de 1832, con referencia á la organizacion, arreglo, goces y fuero de la fuerza pública, colocados por orden alfabético de sus objetos para la mas fácil invencion del que se busque; y en el del segundo las principales circulares que se han expedido por el supremo gobierno sobre los mismos objetos, y que contienen disposiciones permanentes y generales, puestas por el orden de sus fechas, que es como regularmente son conocidas esta clase de disposiciones, y cincuenta formularios de to-

<sup>1</sup> *Historia del derecho* de la nueva edic. de Sala.

<sup>2</sup> Colon, en la advertencia que antecede al discurso preliminar de sus *Juzgados mi-*

*litares.*

<sup>3</sup> Colon, *Juzgados militares*, tom. 1. pág. 136 edic. de 1817.

do cuanto se necesita para el gobierno mecánico y otros actos del arreglo de los cuerpos; debiendo considerarse por ahora la tal edicion así añadida, como el *Código militar* de la República, pues reúne todas las disposiciones que tienen fuerza de ley en el ramo de guerra, y las reglamentarias ó aclaratorias del gobierno. *La Declaracion de milicias* expedida en Aranjuez por el mismo Carlos III á 30 de mayo de 1767, está tambien vigente en la República para el régimen de la *milicia activa*, excepto en lo que se oponga al sistema constitucional<sup>1</sup>, y en ciertos artículos expresamente derogados por una ley nacional<sup>2</sup>. De ella acabamos de hacer una edicion en un tomo en octavo, que incluye ademas todas las providencias dadas por los supremos poderes acerca de dicha milicia, y las relativas á la *cívica*, así generales, como particulares para el Distrito, todo bajo el título de: „*Reglamento de la milicia activa, y general de la cívica de la República mejicana, con el particular de la segunda en el Distrito federal.*”

31. Las leyes expedidas por las cortes de España en las dos épocas de su instalacion y restablecimiento, desde la fecha de aquella hasta el 23 de septiembre 1821, en que cesaron en sus funciones de diputados los representantes de Ultramar, consumándose á los cuatro dias (el 27) la independenciam de Méjico, forman tambien parte de la legislacion que hoy nos rige. Mas extendida la coleccion de estos decretos en siete tomos, y siendo la mayor parte de ellos puramente locales para la España, y otros enteramente inadaptables al estado de independiente que hoy tiene, y á la forma de gobierno que ha adoptado, se proyectó é hizo el año pasado de 1829 una segregacion de los que pueden regir aun en la República, quedando la coleccion reducida á un solo tomo, en cuyo prólogo se protesta que la insercion en él de algunas leyes, no envuelve en manera alguna la declaracion auténtica de su valor, que solo pueden dar los cuerpos legislativos.

32. En esa coleccion no se insertó la constitucion española; porque en opinion de los editores no podia regir ni aun supletoriamente en el Distrito y Territorios que todavía no la tienen propia por la absoluta diversidad de sistema y repugnancia en que se encuentra con la federal mejicana; y aunque las leyes que forman aquel tomo sean emanaciones suyas y debieran suponer su existencia, esto dicen, seria en España en donde tenían el carácter de permanentes, y no en Méjico donde son puramente supletorias y provisionales, á falta de propias que en nada pugnen con nuestra constitucion, como sucede á muchas de ellas que solo rigen en algu-

<sup>1</sup> Dec. de 12 de septiembre de 1823.

<sup>2</sup> Dec. de 5 de mayo de 1824.

nos artículos, entendiéndose los otros por derogados. Ni puede decirse que hoy subsista en el Distrito y Territorios como una ley secundaria; porque habiendo dejado de existir como ley constitutiva, por solo el hecho de haberse promulgado una nueva, diversa y aun contraria, solo pudiera tener aquel carácter porque se lo hubiese dado alguna ley nacional, la que ciertamente no hay.

33. En el tiempo intermedio desde el año de 1814 en que cesaron las cortes, hasta 1820 en que volvieron á instalarse, dió Fernando VII varias cédulas, pragmáticas, &c, cuya reunion forma un código de seis tomos que casi es inútil para nosotros; pues puede asegurarse que apénas seis decretos de cada tomo serán apreciables en nuestro sistema de independenciam, y aun de estos solo tendrán valor los comunicados á América, conforme á la ley de Indias arriba mencionada.

34. Los decretos de los cuerpos legislativos nacionales, á saber la soberana junta provisional gubernativa, el primer congreso llamado generalmente convocante, el constituyente, y los cuatro primeros constitucionales, estan reunidos en una coleccion de seis tomos, que se han impreso sucesivamente con licencia de las Cámaras, bajo la inspeccion (ménos el sexto) de una comision de cada una de ellas, que se nombró para que cuidará de la exactitud. Cada tomo tiene al principio un índice alfabético de las disposiciones que contiene segun el objeto á que se contraen; y al fin otro, conforme al orden cronológico de las fechas, por medio de las cuales comunmente se citan. El tomo quinto que comprende los decretos dados por el tercer congreso constitucional en los años de 29 y 30, contiene tambien los expedidos en este último año por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias con que estuvo investido, agregándose el decreto de 15 de marzo de 1831, en que el congreso general resolvió lo que tuvo á bien acerca de ellos.

35. Las disposiciones contenidas en esta coleccion, dictadas, como observa el editor de Sala, bajo muy distintas formas de gobierno, no conservan todas su vigor; pues las monárquicas fueron olvidadas por las republicanas, y las que tendian á una república central por las que establecieron la federal. Hay sin embargo muchas leyes que no dependen ni tocan á la forma de gobierno; y respecto de estas las dictadas por el congreso general ántes de la adopcion de la forma federal, como que era legislador de toda la República, rigen en toda ella, á ménos que hayan sido derogadas expresamente por las legislaturas de los Estados. Otras, aunque dictadas despues, pero dirigidas á los objetos de que debe cuidar el congreso de la Union segun las facultades que le detalla la

constitucion, obligan en todos los estados, sin que sus legislaturas puedan derogarlas, variarlas ni suspenderlas; y otras finalmente que emanan del mismo cuerpo, considerado bajo el carácter de legislatura particular del Distrito y Territorios, y solo obligan en estos lugares.

36. Ademas de todos los cuerpos de leyes mencionados hasta aquí, existen en la República los de las dictadas por los congresos particulares á los respectivos estados, cuya enumeracion no está ciertamente á nuestro alcance. De sus constituciones se hizo en esta capital el año de 1828 una coleccion en tres tomos, en la que se copiaron á la letra los ejemplares originales de las ediciones que se hicieron á la vista y bajo la direccion de los respectivos congresos, salvándose escrupulosamente las erratas de imprenta que indicaron los mismos; para todo lo cual se impetró ántes su licencia por el editor.

37. Siendo el derecho finito y los casos infinitos, jamas han sido bastantes para decidirlos las disposiciones contenidas en los códigos. Por lo mismo existen extravagantes muchas pragmáticas y cédulas expedidas por el gobierno español en los últimos años de su dominacion, y las leyes y decretos dados hasta la fecha por el quinto congreso constitucional que hoy legisla, y por el gobierno en uso de las facultades extraordinarias que obtuvo desde 7 de junio hasta 30 de noviembre de 1833 (a).

(a) En el número 45 del tomo 3 del *Telégrafo* se inserta una circular del ministerio de Hacienda, fecha 22 de octubre de 1833, dirigida á las secretarías del despacho y gefes de las respectivas oficinas de esta ciudad. En ella se refiere, que el Exmo. Sr. Vicepresidente se sirvió disponer que el licenciado D. Basilio José Arrillaga comience á publicar todas las leyes, bandos y demas providencias generales de los supremos poderes de la Union desde 1.º de abril último en adelante, en cuadernos de á diez pliegos, y que lo mismo haga de todo el tiempo corrido desde 1.º de enero de 1793 hasta 31 de marzo del presente año, comenzando por lo mas reciente, y continuando por los anteriores. El método, se añade, que el supremo gobierno ha establecido para la publicacion de los trabajos del referido licenciado, ha sido que dé á luz todas las leyes, bandos, circulares, reglamentos, órdenes y providencias generales, expedidas ó que se expidan por los supremos poderes de la Union, ó que habiendo sido dictadas por el gobierno español, no se opongan á nuestro sistema y leyes vigentes, guardando el orden de sus fechas, y distinguiendo las en que han sido mandadas observar por cada autoridad respecto de

sus subordinados: que cuando en una disposicion se cite otra, ó alguno de sus artículos, se inserte en seguida lo conducente, sea de la fecha que fuere, advirtiéndose por medio de notas las disposiciones que traten de aquella misma materia, ó las dudas que puedan ocurrir, ó que esten aclaradas en otras para la mejor inteligencia de la que se publica. Se agregarán dos indices: uno que manifieste á golpe de vista en qué dias, por qué oficinas, y sobre qué asuntos se han librado las órdenes; y otro de materias, distinguiendo con claridad y precision lo mandado, y asentando las resoluciones, no solo en las palabras mas notables en que pueden buscarse segun el asunto, sino en ciertos lugares comunes ó capítulos generales que les sean mas análogos, intitulanse la obra: *Memorias para la Recopilacion de leyes, &c.* y publicándose en volúmenes de á cuarto, de letra nueva llamada de entredos y en papel superior. Como pudiera suceder que á pesar de las diligencias de Arrillaga no consiga ver reunidas todas las disposiciones libradas en la época á que se contraiga cada tomo; siempre que suceda que despues de publicadas por el cuantas haya podido copiar, se encuentre que falte alguna, se publicará por apéndice aquella que

38. Por la idea que hemos dado de las compilaciones de leyes que forman hoy nuestro derecho patrio, podrá venirse en conocimiento de cuán vasto, complicado y difícil es el estudio de nuestra legislacion actual, diseminada en esa multitud de códigos, obra de tiempos, lugares y gobiernos, no solo diversísimos entre sí y sumamente distantes unos de otros, sino aun contrarios en sus objetos y fines. Estas circunstancias, que se notaban aun cuando Méjico era gobernado desde Madrid, hacen que un mismo punto se encuentre decidido á veces por disposiciones contrarias; y por lo mismo, es necesario señalar el orden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes. Para ello es necesario tener presente en primer lugar, que las disposiciones posteriores derogan á las anteriores; y en segundo, lo que acerca de ese punto se encuentra establecido en las mismas leyes.

39. Las leyes 1.ª y 2.ª út. 1.º lib. 2.º de la Recopilacion de Indias previenen, que los pleitos en América se decidan por las leyes de ese código; y en lo que no estuviere decidido ni declarado por ellas, ó por otras disposiciones dadas y no revocadas para las Indias, que se observen las de Castilla conforme á la de Toro, así en cuanto á la resolucion y decision de los negocios, como á la forma y orden de sustanciar. La Pragmática de 14 de marzo de 1507 que está al frente de la Nueva Recopilacion, manda: „que se guarden, cumplan y ejecuten las leyes que van en este libro, y se juzguen y determinen por ellas todos los pleitos y negocios que en estos reinos ocurrieren; aunque algunas de ellas sean nuevamente hechas y ordenadas, y aunque no hayan sido publicadas ni pregonadas, y aunque sean diferentes ó contrarias á las otras leyes, y capítulos de Cortes y Pragmáticas que ántes de ahora ha habido en estos reinos; las cuales queremos que de aquí adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, sino solamente por las de este

no hubiere logrado recoger; siendo este un punto sobre que se llama la atencion de todos los individuos que se aprovechen de la Recopilacion, á fin de que procuren examinarla, y poner en conocimiento del referido lic. las disposiciones que no haya dado á luz por no haber llegado á su noticia.

Esta obra será sin duda de grande utilidad para todo ciudadano; sin embargo, juzgamos que podia formarse mas completa y menos voluminosa, con solo una muy pequeña variacion en cuanto á las disposiciones que se ha resuelto deba contener. Nos parece que en lugar de comenzar desde el año de 1793, habria de dar principio en el de 1776; pues concluyendo en el anterior de 77 la Recopilacion de autos acordados y providencias de Beñena, y no habiendo otra posterior á esta, quedaron vagantes y

sin incluirse en coleccion alguna las disposiciones dictadas en ese intervalo de cuatro años. Por otra parte, creemos superfluo que se comprendan en ella las leyes y decretos de los cuerpos legislativos mejicanos, desde la soberana junta gubernativa hasta el cuarto congreso constitucional; porque estando incorporados todos ellos en una coleccion particular, de la que estan ya provistos casi todos los ciudadanos, y restan aun invendidos considerable número de ejemplares, quedarán inútiles en la obra del sr. Arrillaga seis volúmenes en cuarto de que se compone aquella.

Al estar corrigiendo la prueba del presente pliego, hemos visto los doce primeros de la expresada obra, que ha comenzado á publicarse en la forma prometida.

1 L. 4 De constitut. princip.

„libro; guardando en lo que toca á las leyes de las Siete Partidas „y del Fuero, lo que por la ley de Toro está dispuesto y ordenado.” Esa ley de Toro es la 1.ª de las conocidas con ese nombre, y 3.ª tit. 1.º lib. 2.º Rec., ó 3 tit. 2.º lib. 3.º Nov., y en ella se dispone, que en lo que no estuviere decidido por los ordenamientos y pragmáticas hechas por los reyes sus autores, ó por sus descendientes, se guarden las leyes de los fueros, así del *Fuero de las leyes*, como las de los fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuviere, en lo que son ó fueren usados y guardados en dichos lugares, y no contrarios á los susodichos ordenamientos y pragmáticas; y que en lo que no se pudiere determinar por dichas leyes, se recurra á la de las *Siete Partidas*.

40. Con arreglo á estas determinaciones parecia que de todos los códigos anteriores á la Nueva Recopilación, solo deberian observarse el Fuero real y las Partidas, pues los demas habian quedado sin *autoridad alguna* por la publicacion de aquella. Sin embargo, en auto acordado del Consejo pleno de 4 de diciembre de 1713<sup>1</sup>, se dispuso encargar á todos los tribunales el cuidado y atencion de observar las leyes patrias con la mayor exactitud, pues de lo contrario se procederia contra los inobedientes; alegándose como motivo de esta providencia, „que con ignorancia ó malicia de lo dispuesto en „ellas, sucede regularmente que, cuando hay ley clara y terminante, „si no está en las nuevamente recopiladas, se persuaden muchos sin fundamento á que no está en observancia ni debe ser guardada.” Asimismo la ley 5 tit. 1.º lib. 2.º Rec., ó 4 tit. 2.º lib. 3.º Nov., manda se observe el Ordenamiento de Alcalá; la Real Cédula de 18 de marzo de 1783 que es ley 8 tit. 23 lib. 8.º Nov., revoca las leyes 6 y 9 tit. 1.º lib. 4.º del Ordenamiento real, y de consiguiente supone, como advierte Gomez Negro<sup>2</sup>, que conserva aun hoy la fuerza que le dieron los reyes católicos; y por último la Cédula de 15 de julio de 1788<sup>3</sup> declara comprendidas bajo la expresion genérica de *Leyes del reino*, varias disposiciones de los Fueros Juzgo y Real, y del Ordenamiento que cita; mandando que se observen en el caso particular que menciona, sin adherirse mucho á las de Partida, que fundadas únicamente en el derecho civil de los romanos y en el comun canónico, solo deben regir á falta de otras leyes. De todo esto se infiere, que á pesar de la Pragmática puesta al frente de la Nueva Recopilación deberán observarse con posterioridad á ella las de las colecciones aprobadas por autoridad legítima que la precedieron.

41. En cuanto á las leyes del Fuero real muchos autores exi-

1 Aut. 1. tit. 1. lib. 2. R., ó nota 2. tit 2. lib. 3. N.

2 En su *Disertacion sobre los códigos arriba*

citada.

3 Se copia en el *Febrero reformado*, part. 1. cap. 4. § 1. pág. 213.

gen para que deban observarse, que el que las alegue pruebe su uso, fundando su opinion en aquellas palabras de la citada ley 1.ª de Toro hablando de los fueros: „en lo que son ó fueron usados y guardados.” Mas en esto parece que se equivocaron; pues el uso de los fueros que dicha ley previene es y debe entenderse, en cuanto á los municipales que cada pueblo tenia para su buen gobierno, segun la referencia que en dicha ley se hace á los lugares en que fueron usados y guardados. Que no se comprendiese en ellos el Fuero real, lo prueba primeramente el capítulo 19 de la Instruccion de corregidores de 1500<sup>1</sup>, que previene que en el arca de los privilegios y escrituras de los consejos esten las *Siete Partidas*, las leyes del *Fuero real* y las demas leyes y pragmáticas, porque mejor se pueda guardar lo contenido en ellas. Esta disposicion es ciertamente anterior á la mencionada ley de Toro; pero es muy posterior á la 1.ª tit. 28 del Ordenamiento de Alcalá transcrita literalmente en ella, y con la que concuerda en un todo respecto de sus disposiciones sobre los fueros. Ademas la ley 2 de Toro, que es la 4.ª tit. 1.º lib. 2.º Rec., ó 5 tit. 2.º lib. 3.º Nov., previene que ningun letrado pueda obtener cargo de justicia, sin que haya estudiado las leyes de *Ordenamientos, Pragmáticas, Partidas y Fuero real*. Asimismo la ley 50 de Toro, que es la 2.ª tit. 2.º lib. 5.º Rec., ó 1.ª tit. 3.º lib. 10.º Nov., manda que la de dicho Fuero, que dispone que el marido no pueda dar en arras á su muger mas que la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar; y otras varias leyes de Toro amplian, restringen y explican muchas de aquel código, haciéndose lo mismo en diferentes de la Nueva Recopilación. De lo que se infiere hallarse vigentes todas las leyes del Fuero real, sin requerirse prueba alguna de su uso; porque de no ser así, no se prevendria su custodia, ni se encargaria á los letrados las estudiasen, ni seria por último necesaria la ampliacion, restriccion y explicacion de las referidas; sino que se estableceria su contenido de nuevo ó se mandarian observar con dichas circunstancias, por si acaso no eran usadas.

42. Con arreglo pues á las disposiciones referidas, y al estado de independencia en que felizmente se halla la nacion, los asuntos que conciernen á la Federacion ó á los individuos sujetos inmediatamente á los supremos poderes, como son los habitantes del Distrito y Territorios, deberán decidirse: 1.º por las disposiciones de los congresos mejicanos: 2.º por las de las córtes de España: 3.º por las últimas cédulas y órdenes extravagantes comunicadas á América: 4.º por las ordenanzas particulares en los negocios relativos al ramo de que tratan: 5.º por la Recopilación de Indias: 6.º

1 L. 15. tit. 6. lib. 3. R.; ó nota 1. tit. 2. lib. 2. N.

por las Recopilaciones de Castilla, tanto Nueva como Novísima; advirtiéndole por lo que hace á esta lo que ya queda dicho en el número 21, y que en lo que sea posterior á la de Indias deberá seguirse con antelación á ella, si las disposiciones de que va á usarse, fueron comunicadas á América: 7.º por las leyes de los ordenamientos Real y de Alcalá, y de los Fueros Real y Juzgo; y 8.º por las de las Siete Partidas: debiendo, cuando se encontrase contrariedad ó duda en los códigos sobredichos, ó no se hallare en ellos ley decisiva de algún caso que se ofrezca, ocurrirse al legislador, para que por una nueva disposición aclare aquellas ó decida este<sup>1</sup>.

43. En los estados deberá estarse primeramente á lo dispuesto por sus respectivas legislaturas; en defecto de resolución de estas en el asunto de que se trata, se ocurrirá á las de los congresos mejicanos primero y segundo, sin que se pueda echar mano de las de los constitucionales; pues sus disposiciones no pueden tener ninguna fuerza con respecto á los estados, sino en aquellos objetos en que pueden legislar para toda la República. Después se ocurrirá á las de las Cortes de España, y se seguirá el mismo orden que queda indicado<sup>2</sup>.

44. En cuanto al derecho romano, debe tenerse muy presente la siguiente disposición de un auto acordado<sup>3</sup>: „Las (leyes) civiles no son ni deben llamarse leyes en España, sino sentencias de sabios, que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en cuanto se ayudan por el derecho natural, y confirman el real<sup>4</sup> que propiamente es el derecho comun, y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demas extrañas no deben ser usadas ni guardadas, segun dice expresamente la ley 8.ª tit. 1 lib. 2 del Fuero Juzgo<sup>5</sup>; y la glosa de su comentador Villadiego refiere, hubo ley en España que prohibia con pena de la vida alegar en juicio alguna ley de los Romanos<sup>6</sup>. Sin embargo, en las escuelas públicas se permite su enseñanza para mayor instruccion<sup>7</sup>; pero encargándose á los profesores tengan el mayor cuidado de explicar á la vez las leyes patrias correspondientes á la materia que traten<sup>7</sup>.

1 L. 3. tit. 1. lib. 2. R., ó 3. tit. 2. lib. 3. N.

2 Sala lug. cit.

3 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

4 L. 5 tit. 6 l. 1. F. R.

5 La ley 9 del mismo título y libro impone la multa de treinta libras de oro al que presentare en juicio para juzgar otro libro de leyes, y la misma al juez si no lo rompiere. La citada del Fuero real manda, que el que lo hiciera pague quinientos sueldos al rey. Una y otra sin embargo exceptúan el caso de que se aleguen las leyes extrañas como concordantes con las

patrias. La ley 6 tit. 4 part. 3 establece igualmente, que los jueces antes de comenzar á ejercer su oficio juren sentenciar los pleitos, por las leyes deste libro, é non por otras.

6 L. 3 tit. 1. lib. 2 de la R., ó 3 tit. 2 lib. 3 N. En el decreto de 23 de octubre de 1833, dado por el gobierno en uso de la facultad que le concedió el de 19 del mismo mes, se determinó hubiera en el establecimiento de Jurisprudencia del Distrito Federal, entre otras, una cátedra de derecho romano y dos del patrio.

7 Aut. 3 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 3 tit. 2 lib. 3 de la N.

45. Para mas claridad deben distinguirse tres clases de preceptos que contiene el derecho romano, á saber, preceptos del derecho natural, del de gentes y del meramente civil<sup>1</sup>. En todo lo que está tomado del derecho natural y de gentes, debe seguirse, no porque lo ha confirmado el derecho romano apropiándolo á así, sino porque es derecho natural y de gentes que obliga á todo el género humano<sup>2</sup>, sin poder ser abrogado por ley alguna<sup>3</sup>. En lo que toca á los preceptos puramente civiles, ó estan confirmados por el derecho patrio, ó abrogados ú omitidos. Si estan confirmados, deben seguirse, porque con la aprobacion del legislador adquirieron fuerza de ley; si se han abrogado, no la tienen, porque prevalece siempre el derecho posterior; si se han omitido, no deben seguirse como leyes, sino á lo mas como opiniones de sabios, pues segun queda dicho, en los casos no prevenidos por la ley debe acudir al legislador propio. Se acaba de decir que el derecho romano debe seguirse en cuanto á las disposiciones que contenga del derecho natural y de gentes, y á las civiles confirmadas por nuestras leyes; y esto se entiende no solo acerca de los preceptos generales, sino tambien respecto de las resoluciones de casos particulares, que dedujeron de aquellos los antiguos jurisconsultos y declararon los emperadores, porque el derecho general manifiesta su fuerza en la aplicacion que de él se hace á los negocios que ocurren<sup>4</sup>.

46. Por lo que hace al derecho canónico, sus disposiciones ó se contraen á las cosas espirituales y conexas con ellas, ó á las temporales. Las primeras se han de observar, porque los concilios generales y los Sumos Pontífices, son legítimos legisladores del derecho positivo eclesiástico. Y en este sentido debe entenderse el permiso que se da<sup>5</sup> á los abogados, de alegar en sus informaciones las decretales, para que así se concilie y concuerde con las diversas leyes que previenen se libren los pleitos por las leyes patrias con exclusion de los extraños<sup>6</sup>. Pero los cánones que tratan de cosas meramente temporales, no tienen entre nosotros fuerza de ley; porque no siendo el Papa nuestro soberano temporal, no es en la república legítimo legislador. Sin embargo, como el derecho canónico contiene tambien muchos preceptos del derecho natural y de gentes, repetimos en cuanto á ellos lo que se dijo acerca del romano<sup>7</sup>. Algunos juzgan<sup>8</sup>, que en materias de conciencia, y cuando se versa

1 § ult. Inst. De jur. nat. gent. &c.

2 §§. 1 y 11 eod.

3 §. 11 eod.

4 Mayans en su carta al Dr. Berni arriba cit.

5 L. 4 tit. 16 lib. 2 de la R., ó 1 tit. 14 lib. 11 de la N.

6 LL. 15 tit. 1 part. 1, 6 tit. 4 part. 3 y las de.

mas citadas arriba en el núm. 44.

7 Mayans carta citada.

8 Glosa in cap. 2 De reg. jur. in 6 Reiffens-tuel Jus canonicum Proem. núm. 219. Pichler Jus canonicum Prolegomena núm. 59, citando el cap. 20 De prescriptionibus.

peligro del alma, deberá seguirse el derecho canónico con preferencia al civil, aun en los tribunales seculares en puntos temporales; porque la salud del alma, dicen, es cosa espiritual, que debe dirigirse por las disposiciones eclesiásticas.

47. En orden á los intérpretes y autores de derecho, su autoridad por sí es de ningún momento en los juicios; porque no son legisladores, y sus opiniones no pueden tener mas fuerza que la que proviene de la ley. Sobre este punto distingue Mayans<sup>1</sup> con mucha oportunidad, si interpretan las leyes extrañas ó las patrias: si lo primero, dice, su autoridad es ninguna en los juicios, porque no tratan de interpretar la mente de las leyes que deben observarse, sino de las que no debemos obedecer; añadiendo que en esto no se comprenden las leyes extrañas confirmadas por legítimo legislador, porque entónces la confirmacion las hace propias; y lo mismo es interpretar una ley del derecho civil ó canónico trasladada á las *Partidas*, que interpretar la misma ley de las *Partidas*. Cuando la interpretacion recae sobre las leyes patrias, continúa el citado autor, ó es contraria á la ley ó conforme á ella: si es contraria, su autoridad es ninguna, porque lo que se dice ó hace contra ley es de ningún momento<sup>2</sup>, y jamas se ha de seguir lo que la ley prohíbe, sino lo que manda<sup>3</sup>; si fuere conforme, debe seguirse, no como opinion de intérprete por autorizado que sea, sino como verdadero sentido de la ley; y esto propiamente no es seguirse la opinion que por su naturaleza es dudosa, sino la mente de la ley en sí cierta y obligatoria, que no puede obligar sin ser conocida con certeza moral; por cuya causa el mayor número de los intérpretes no añade autoridad á la interpretacion.

48. Las opiniones de los autores nacionales deben preferirse á las de los extranjeros<sup>4</sup>; porque como aquellos escribieron con conocimiento de la legislacion patria, circunstancias del pais, y práctica de los tribunales, se presume que su interpretacion será mas arreglada y conforme á la mente del legislador, que la de los otros en quienes no concurren tales circunstancias. Del mismo modo las opiniones de los juristas deben ser de mayor autoridad que las de los teólogos; porque estos, como dicen el señor Salgado<sup>5</sup>, Zevallos<sup>6</sup> y Fermosino<sup>7</sup>, aunque sean muy instruidos, carecen de conocimientos teóricos y prácticos de jurisprudencia, y por lo mismo muchas veces discurren en puntos jurídicos arbitrariamente, desviándose sin advertirlo, del camino de la verdad y de la justicia. Cuan-

1 Citada carta.

2 L. 5 C. *De legibus*.

3 L. 7 ff. eod.

4 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., 6 nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

5 *De retentione*, part. 1 cap. 11 núm. fin.

6 *De cognitione per viam violentiae*, part. glos. 6 núm. 24.

7 *De sede vacante*, quaest. 9 núm. 18.

do un autor refiere dos opiniones contrarias ó diversas, no declarando cual sigue, en duda, dice Hevia Bolaños<sup>1</sup> citando á Gregorio Lopez, es visto adherirse á la última y segunda. Por último, la verdad de alguna opinion no debe deducirse de sola la muchedumbre de autores que la defienden, siendo á veces preferible á de uno solo<sup>2</sup>.

1 *Curia Filipica*, part. 1 §. núm. 17 al fin. | 2 *Constit. De concept. disg. ad Tribon.* §. 6

## CAPITULO IV.

### *Del derecho no escrito ó de la costumbre.*

- |   |  |    |  |
|---|--|----|--|
| 1 | Qué cosa sea derecho no escrito ó costumbre.   | 7  | La costumbre debe ser racional.  |
| 2 | Divisiones de la costumbre.  | 8  | Usarse por diez ó veinte años.   |
| 3 | Diferencias entre esta y la ley, el estilo de curia, y la prescripcion.                                  | 9  | Y consentirse por el legislador.   |
| 4 | La costumbre puede introducirse por el pueblo aun cuando reconozca superior.                             | 10 | La costumbre tiene fuerza de ley.  |
| 5 | Cualidades que deben concurrir en los actos del pueblo, para que por ellos pueda introducirse costumbre. | 11 | De las leyes en que se encuentra la cláusula: <i>No obstante cualesquiera costumbre.</i> |
| 6 | Su número se deja al arbitrio del juez; no siendo de necesidad que                                       | 12 | El que alega una costumbre debe probarla, y modo de verificarlo.                         |
|   |  | 13 | De qué maneras pierde su fuerza la costumbre.  |
|   |  | 14 | De las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.                                  |

1. Dijimos ya en el número 11 del capítulo I de este título, que derecho no escrito era *aquel, que sin promulgacion y solo por el uso se introduce en la república, recibiendo su confirmacion del consentimiento tácito de la suprema potestad*. Para inteligencia de esta definicion debemos observar con Heineccio<sup>1</sup> que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del soberano, ya sea este el príncipe, ó el senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo imperante manda alguna cosa estableciéndola expresamente, se llama *derecho escrito* ó ley; pero si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito* ó *costumbre*<sup>2</sup>.

2. La costumbre primeramente se divide en costumbre de *hecho* y de *derecho*. La primera no es otra cosa que el *uso* comunmente repetido, ó la frecuentacion de los actos del pueblo, por los que se colige cual es su voluntad<sup>3</sup>. La segunda es el mismo derecho obli-

1 *Recitationes* lib. 1 tit. 2.

2 L. 4 tit. 2 part. 1.

3 L. 1 id. id.



peligro del alma, deberá seguirse el derecho canónico con preferencia al civil, aun en los tribunales seculares en puntos temporales; porque la salud del alma, dicen, es cosa espiritual, que debe dirigirse por las disposiciones eclesiásticas.

47. En orden á los intérpretes y autores de derecho, su autoridad por sí es de ningún momento en los juicios; porque no son legisladores, y sus opiniones no pueden tener mas fuerza que la que proviene de la ley. Sobre este punto distingue Mayans<sup>1</sup> con mucha oportunidad, si interpretan las leyes extrañas ó las patrias: si lo primero, dice, su autoridad es ninguna en los juicios, porque no tratan de interpretar la mente de las leyes que deben observarse, sino de las que no debemos obedecer; añadiendo que en esto no se comprenden las leyes extrañas confirmadas por legítimo legislador, porque entónces la confirmacion las hace propias; y lo mismo es interpretar una ley del derecho civil ó canónico trasladada á las *Partidas*, que interpretar la misma ley de las *Partidas*. Cuando la interpretacion recae sobre las leyes patrias, continúa el citado autor, ó es contraria á la ley ó conforme á ella: si es contraria, su autoridad es ninguna, porque lo que se dice ó hace contra ley es de ningún momento<sup>2</sup>, y jamas se ha de seguir lo que la ley prohíbe, sino lo que manda<sup>3</sup>; si fuere conforme, debe seguirse, no como opinion de intérprete por autorizado que sea, sino como verdadero sentido de la ley; y esto propiamente no es seguirse la opinion que por su naturaleza es dudosa, sino la mente de la ley en sí cierta y obligatoria, que no puede obligar sin ser conocida con certeza moral; por cuya causa el mayor número de los intérpretes no añade autoridad á la interpretacion.

48. Las opiniones de los autores nacionales deben preferirse á las de los extranjeros<sup>4</sup>; porque como aquellos escribieron con conocimiento de la legislacion patria, circunstancias del pais, y práctica de los tribunales, se presume que su interpretacion será mas arreglada y conforme á la mente del legislador, que la de los otros en quienes no concurren tales circunstancias. Del mismo modo las opiniones de los juristas deben ser de mayor autoridad que las de los teólogos; porque estos, como dicen el señor Salgado<sup>5</sup>, Zevallos<sup>6</sup> y Fermosino<sup>7</sup>, aunque sean muy instruidos, carecen de conocimientos teóricos y prácticos de jurisprudencia, y por lo mismo muchas veces discurren en puntos jurídicos arbitrariamente, desviándose sin advertirlo, del camino de la verdad y de la justicia. Cuan-

1 Citada carta.

2 L. 5 C. *De legibus*.

3 L. 7 ff. eod.

4 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., 6 nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

5 *De retentione*, part. 1 cap. 11 núm. fin.

6 *De cognitione per viam violentiae*, part. glos. 6 núm. 24.

7 *De sede vacante*, quaest. 9 núm. 18.

do un autor refiere dos opiniones contrarias ó diversas, no declarando cual sigue, en duda, dice Hevia Bolaños<sup>1</sup> citando á Gregorio Lopez, es visto adherirse á la última y segunda. Por último, la verdad de alguna opinion no debe deducirse de sola la muchedumbre de autores que la defienden, siendo á veces preferible á de uno solo<sup>2</sup>.

1 *Curia Filipica*, part. 1 §. núm. 17 al fin. | 2 *Constit. De concept. disg. ad Tribon.* §. 6

## CAPITULO IV.

### *Del derecho no escrito ó de la costumbre.*

- |   |  |    |  |
|---|--|----|--|
| 1 | Qué cosa sea derecho no escrito ó costumbre.   | 7  | La costumbre debe ser racional.  |
| 2 | Divisiones de la costumbre.  | 8  | Usarse por diez ó veinte años.   |
| 3 | Diferencias entre esta y la ley, el estilo de curia, y la prescripcion.                                  | 9  | Y consentirse por el legislador.   |
| 4 | La costumbre puede introducirse por el pueblo aun cuando reconozca superior.                             | 10 | La costumbre tiene fuerza de ley.  |
| 5 | Cualidades que deben concurrir en los actos del pueblo, para que por ellos pueda introducirse costumbre. | 11 | De las leyes en que se encuentra la cláusula: <i>No obstante cualesquiera costumbre.</i> |
| 6 | Su número se deja al arbitrio del juez; no siendo de necesidad que                                       | 12 | El que alega una costumbre debe probarla, y modo de verificarlo.                         |
|   |  | 13 | De qué maneras pierde su fuerza la costumbre.  |
|   |  | 14 | De las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.                                  |

1. Dijimos ya en el número 11 del capítulo I de este título, que derecho no escrito era *aquel, que sin promulgacion y solo por el uso se introduce en la república, recibiendo su confirmacion del consentimiento tácito de la suprema potestad*. Para inteligencia de esta definicion debemos observar con Heineccio<sup>1</sup> que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del soberano, ya sea este el príncipe, ó el senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo imperante manda alguna cosa estableciéndola expresamente, se llama *derecho escrito* ó ley; pero si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito* ó *costumbre*<sup>2</sup>.

2. La costumbre primeramente se divide en costumbre de *hecho* y de *derecho*. La primera no es otra cosa que el *uso* comunmente repetido, ó la frecuentacion de los actos del pueblo, por los que se colige cual es su voluntad<sup>3</sup>. La segunda es el mismo derecho obli-

1 *Recitationes lib. 1 tit. 2.*

2 L. 4 tit. 2 part. 1.

3 L. 1 id. id.

gatorio, que resulta de la voluntad de este manifestada por medio de aquella repetición de actos. También se divide la costumbre, en costumbre fuera de ley (*praeter legem*), según la ley (*secundum legem*), y contra la ley (*contra legem*). Fuera de la ley se dice, la introducida acerca de alguna cosa sobre la que no había ley anterior: según la ley se llama, la que restablece el uso de algún derecho preexistente, ó lo interpreta si es dudoso; y contra la ley es aquella, por la cual ó nunca se usó alguna ley, ó se derogó si en algún tiempo llegó á ponerse en práctica<sup>1</sup>.

3. La costumbre se diferencia de la ley: 1.º en que esta es escrita y aquella no, por lo ménos al principio<sup>2</sup>; pues alguna vez suele despues reducirse á escritura<sup>3</sup>, por cuyo solo hecho advertimos que no adquirirá el carácter de derecho escrito aunque provenga del mismo legislador, si no es que este tuviere la intención de afirmarla y elevarla á aquella clase, comunicándole su expresa aprobación<sup>4</sup>. En 2.º lugar, la ley dimana de la voluntad expresa del legislador, y recibe su fuerza en un solo acto, sucediendo todo lo contrario en la costumbre. De lo que se llama *estilo de curia* ó práctica de los tribunales, se distingue como la especie del género; porque aquel (en el sentido en que es comparable con la costumbre) es una especie particular de ella, que solo tiene lugar en los actos judiciales, en los que debe observarse, pues por lo comun es relativo al modo de procesar<sup>5</sup>. Por último, se diferencia de la prescripción, en que esta requiere buena fe, solo se verifica entre personas privadas, (pues aun cuando una comunidad prescribe contra otra, se reputan ambas moralmente como individuos particulares) no requiere consentimiento de aquel contra quien se prescribe, ni produce un derecho legal, sino el de propiedad ú otro semejante: la costumbre por el contrario, no exige buena fe, ántes la supone mala, (pues para ella es indispensable el ánimo de derogar la ley anterior, que no puede haberse sin tener noticia de ella) no es relativa á particulares, sino á la comunidad á la que impone ó remite alguna obligación, introduce siempre un derecho legal, y requiere finalmente el consentimiento del legislador<sup>6</sup>.

4. La costumbre puede introducirse por el pueblo, no solo cuando este no reconoce superior como sucede en la democracia pura, sino aun cuando lo reconozca, por haber depositado en sus representantes los poderes constitucionales; pues como en él reside radical y esencialmente la soberanía<sup>7</sup> ó la facultad legislativa, esto

1 L. 6. tit. 2. part. 1.

2 CC. 3, 4 y 5 Dist. 1.

3 Suarez. *De legibus* lib. 7 cap. 2 núm. 3.

4 Murillo *Cursus. jur. canonici* lib. 1 n. 115.

5 Murillo lug. cit.

6 Suarez. *De legibus*, lib. 7 cap. 1 núm. 11 y

12. Murillo lug. cit.

7 Art. 3 de la Acta constitutiva.

basta, dice Murillo<sup>1</sup> citando á Santo Tomás<sup>2</sup> y una ley de Partida<sup>3</sup>, para que accediendo el consentimiento del legislador, pueda introducir costumbres que tengan fuerza de leyes. Por faltar aquel requisito en una comunidad imperfecta, cual es una familia particular, no podrá esta introducir por sí costumbre alguna obligatoria, y mucho ménos cualquiera persona privada, aunque sea el mismo legislador, pues es claro que entónces no concurre el consentimiento tácito del pueblo<sup>4</sup>.

5. Los actos para introducir la costumbre, deben dimanar de todo el pueblo ó de su mayor parte<sup>5</sup>; no siendo por lo mismo bastante para el efecto el consentimiento de algunos particulares, ni sirviendo tampoco de obstáculo para ello la ignorancia ó el uso contrario de la parte menor<sup>6</sup>. Deben ser además públicos y notorios<sup>7</sup>, uniformes, pues habiendo desconformidad no se manifestaría por ellos el consentimiento del pueblo; practicados con libertad, no por miedo ó ignorancia<sup>8</sup>; y con noticia de la ley contraria, si la hay, porque el error y la coacción son opuestos al consentimiento. Por último, debe tener el pueblo ánimo de derogar la ley, cuando la costumbre sea *contra legem*, ó de establecer una nueva si fuese *praeter legem*; de otro modo no habrá costumbre obligatoria introducida, pues faltó la voluntad de obligarse<sup>9</sup>. Cuando haya duda sobre si existió ó no tal ánimo, nunca se presumirá este; y para decidir aquella se tendrán presentes la gravedad y dificultad de la cosa de que se trate, el bien que produciría á la república, si los superiores castigaban por su transgresión, si los sensatos reprobaban la conducta de los contraventores, y otras circunstancias de este órden<sup>10</sup>.

6. El número de actos necesario para introducir costumbre no está designado por ley, y se deja por lo mismo al arbitrio del juez<sup>11</sup>. Sobre esto se advierte, que como la costumbre importa frecuencia de actos, y no es frecuente lo que acontece solo una ó dos veces, deberán aquellos repetirse en diversas ocasiones<sup>12</sup>. Mas no se requieren para ella actos judiciales, ni que alguna vez se apruebe en juicio contradictorio<sup>13</sup>; aunque ambas cosas contribuirán mucho para su mas fácil y firme prueba; siendo así como deben entenderse

1 Lug. cit. núm. 116.

2 L. 2. q. 97 art. 3 ad 3.

3 L. 5 tit. 2 part. 1.

4 Suarez *De legibus*, lib. 7 cap. 3 núm. 8.

5 L. 5 tit. 2 part. 1.

6 Gregorio Lopez en la gl. 3 de dicha ley 5.

7 Ley 2 ibi: *No debe ser fecho á furto ni es-*

*condido*; L. 3 ibi. *Que sea fecho paladi-*

*namente*; tit. 2 part. 1.

TOM. I.

8 L. 5 cit. allí: „*E non por yerro.*”

9 La misma ley allí: „*Como en manera de cos-*

*tumbre.*” Suarez. *De legibus* lib. 7 cap. 14

in 6.

10 Suarez *De legibus* lib. 7 cap. 15 núm. 15.

11 Vinnio in § 9 *Inst. de jur. nat. &c.* n. 4.

12 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 1 núm. 115.

13 Suarez *De legibus* lib. 7 cap. 2 y Murillo

lug. cit. núm. 117.

las leyes<sup>1</sup>, que parece que exigen uno y otro, las que son en concepto de Vinnio<sup>2</sup>, de consejo, no de necesidad; pues lo que constituye la costumbre, segun observa Bartulo<sup>3</sup>, es el consentimiento y uso del pueblo, que por sí es bastante público para que llegue á noticia del legislador. Ademas, para los actos judiciales es indispensable contradiccion en juicio, y si sin ellos no se introduce costumbre, no existirá jamas esta, mientras no haya contradiccion; lo que ciertamente es un absurdo.

7. La costumbre ademas, para que pueda introducirse, debe ser racional (a), pues toma toda su fuerza del consentimiento presunto del legislador, y en una cosa irracional no se puede presumir que este consiente, aunque haya pasado tiempo inmemorial. „La costumbre, dice la ley 5 tit. 2 part. 1.<sup>a</sup>, que el pueblo quiere poner, é usar de ella, debe ser con derecha razon, é non contra la ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do se face, é dévenla poner con gran consejo, é non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho, é razon, é pro; ca si de otra guisa la pusieren, non seria buena costumbre, mas dañamiento dellos é de toda Justicia;” ó corruptela, como se expresa el derecho canónico<sup>4</sup>. De la costumbre introducida contra el derecho de gentes, dice Gregorio Lopez<sup>5</sup>, que valdrá si de ella resulta utilidad al público; mas Murillo<sup>6</sup> observa, que no puede concebirse cómo una costumbre de esta clase puede no ser irracional.

8. Se requiere tambien para la introduccion de una costumbre, que se proscriba legítimamente, esto es, que el pueblo ó su mayor parte use de ella por espacio de diez ó veinte años.<sup>7</sup> Este tiempo debe ser continuo, no interrumpido; y se dirá que se interrumpe, cuando el pueblo ó su mayor parte obran contra la costumbre, aunque sea una sola vez, cuando la autoridad pública castiga por su observancia, y en una palabra, cuando de cualquier otro modo aparezca la voluntad contraria del pueblo ó la reprobacion del legisla-

1 LL. 5 tit. 2 part. 1 y 34, D. De legibus.

2 Lug. cit.

3 Citado por Suarez en dicho capítulo núm. 2.

(a) Las leyes 4 tit. 1 lib. 2, y 22 tit. 2 lib. 5 de la Rec. de Ind. disponen que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que fueron cristianos, no siendo opuestas á la religion ni á las leyes escritas, se guarden y ejecuten; aprobándolas por dichas leyes, y confirmandolas si así fuere necesario.

4 Cap. 3n. De consuetudine.

5 Glos. 13 de dicha ley 5.

6 *Cursus jur. canon.* lib. 1. n. 118.

7 L. 5. tit. 2. part. 1. Gregorio Lopez en su glosa 4 dice, que bastan diez años para la introduccion de una costumbre, por la razon de que el pueblo siempre está presente, y de consiguiente no necesita de los veinte años que se conceden para la prescripcion contra el ausente; de manera que en su juicio se habló inadvertidamente cuando se señaló el periodo de veinte años, siguiendo la doctrina comun de las prescripciones. Meza (*Arte de conocer la fuerza y uso de los derechos*, lib. 2. cap. 5.) sin embargo, opina por la necesidad de los veinte años para la introduccion de la costumbre contra ausentes, ó estándolo el señor de la tierra.

dor<sup>1</sup>. Sin embargo, hay casos en que es necesario el transcurso de todo ese tiempo para establecer una costumbre, y se verificarán siempre que el legislador tenga conocimiento de ella y la permita, de tal modo, que moralmente hablando, pueda inferirse por un hombre sensato y prudente que consiente su observancia y le comunica su tácita aprobacion<sup>2</sup>.

9. Por último, se requiere para la costumbre el consentimiento del legislador, acerca del cual se expresa la ley 5 tit. 2 part. 1.<sup>a</sup> en los términos siguientes: „Sabiéndolo el señor de la tierra, é non lo contradiciendo, é teniéndolo por bien.” Mas sobre este punto debe advertirse que no es necesario un consentimiento personal tácito ó expreso, siendo bastante el interpretativo ó legal, como asientan muchos autores<sup>3</sup>; de otro modo no habria diferencia alguna entre la ley y la costumbre<sup>4</sup>. Con todo, esta tolerancia en el soberano para introducir la costumbre, ha de ser no solamente permisiva, sino operativa ó aprobativa, lo cual podrá distinguirse por las circunstancias.<sup>5</sup>

10. La costumbre tiene la misma fuerza que la ley, y por lo mismo introduce nuevo derecho, é interpreta y deroga el establecido, tomando segun eso diferente nombre, como ya advertimos en el número 2. Mas para adquirir aquella calidad la costumbre, ha de ser afirmativa, esto es, que se ha usado tal cosa; porque siendo negativa, esto es, que no se ha usado, no la tiene aunque dure mil años, á no ser que envuelva en sí algunos actos afirmativos, por lo ménos tácitos<sup>6</sup>. Cuando hay dos costumbres en algun pueblo, vale la mas moderada; y no habiéndola sobre alguna cosa, se ha de guardar la del lugar mas cercano<sup>7</sup>. Si ademas de lo que es necesario de derecho, se usan en cualesquiera actos algunas cosas para mayor seguridad, cautela y consejo, no valdrá esto para introducir costumbre que tenga fuerza de ley<sup>8</sup>. Para que la costumbre derogue absolutamente una ley, debe ser general; pues siendo particular, solo producirá este efecto en el lugar donde se hubiere introducido<sup>9</sup>.

11. Cuando en la ley se pone la cláusula: „No obstante, ó á pesar de cualesquiera costumbre en contrario;” debemos distinguir, si solo se refiere á la costumbre anterior, ó habla en general. Si lo primero, no se entiende prohibida la costumbre futura, sino solo la anterior que es la que entónces resiste á la ley<sup>10</sup>; advirtiéndose, que por lo regular esa cláusula no deroga la costumbre inmemorial, excepto

1 Suarez *De legibus* lib. 7. cap. 8. n. 14 y 15.

2 El mismo lib. 7 cap. 18 n. 17.

3 Teatro de la legislacion, tomo 10 pag. 7.

4 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 1. n. 122.

5 Suarez *De legibus*, lib. 7. cap. 13. n. 7 y 12.

6 Curia filipica part. 1. § 8 n. 18.

7 Arg. de la ley 4 tit. 19 part. 1.

8 Curia filipica lug. cit.

9 L. 6 tit. 2. part. 1.

10 Suarez *De legibus*, lib. 7. cap. 7.

cuando es irracional ó inicua, ó de ella se hace expresa mención<sup>1</sup>. Cuando dicha cláusula es general, como la ley por su naturaleza es siempre relativa á lo por venir<sup>2</sup>, se extiende también á la costumbre futura; la que entónces, como destituida expresamente del consentimiento del legislador, no podrá prevalecer contra aquella<sup>3</sup>, ni aun siendo inmemorial<sup>4</sup>.

12. El que alega una costumbre debe probarla, porque la prueba siempre corresponde al que afirma<sup>5</sup>; y por otra parte, como la costumbre es una cosa de hecho<sup>6</sup>, no se presume mientras no se prueba<sup>7</sup>. Esta prueba es por lo regular difícil<sup>8</sup>, porque para verificarla es necesario probar todo lo que hemos dicho que constituye la costumbre<sup>9</sup>. Sin embargo, podrá efectuarse: 1.º por escritura, si con el trascurso del tiempo hubiere llegado á escribirse<sup>10</sup>; 2.º por sentencia judicial, cuando en juicio contradictorio se disputare si tal cosa era ó no costumbre, y por último el juez decidiere por la afirmativa<sup>11</sup>; 3.º acreditándose que se han pronunciado por juez competente dos sentencias con arreglo á la costumbre de que se trata<sup>12</sup>; 4.º probándose que desde tiempos muy remotos se ha observado alguna cosa inviolablemente, sin que haya noticia de haberse practicado jamás lo contrario<sup>13</sup>; y 5.º por dos testigos contestes que depongan del uso del pueblo ó de su mayor parte, de la frecuencia de los actos y del trascurso del tiempo legal<sup>14</sup>; sin que baste que algun autor, aunque sea muy célebre, testifique de ella en sus escritos, porque en las cosas de hecho se engañan aun los muy sabios<sup>15</sup>. Para probar la costumbre inmemorial se requiere además, que los testigos depongan que así lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años; así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, los que asimismo así lo vieron y oyeron; que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que de ello es pública voz y fama, y comun opinión entre los vecinos y moradores de la tierra<sup>16</sup>.

13. La costumbre pierde su fuerza, ó por una ley que la destruya, ó por otra costumbre que le sea contraria<sup>17</sup>. Respecto de este segundo modo, se advierte, que para que una costumbre extinga otra

1 Suarez *De legibus*, lib. 7. cap. fin. Barbosa. *De Clausulis*, claus. 87. n. 8.  
2 Vease el n. 7 del cap. 2 de este título.  
3 Barbosa lug. cit.  
4 Acevedo en la ley 2. tit. 1. lib. 2. R. C.  
5 LL. 1. tit. 14. part. 3. y 2. *De probationibus*.  
6 Cap. 1. *De constitutionibus*, in 6.  
7 LL. 12. § 2. D. *De captiv. et postl. rev.*, y 19 C. *De non numer. pecunia*.  
8 Reiffenstuel *Jus canon. cum*, lib. 1. tit. 4. n. 170. Glos. in cap. fin. *De consuetudine*.  
9 Reiffenstuel lug. cit.  
10 El mismo, n. 173.

11 L. 5. tit. 2. part. 1. vers. *Eso mismo seria*, cap. 25. *De verb. signif.* l. 34. *De legibus*. Reiffenstuel, lug. cit. n. 174.  
12 L. 5. cit. vers. *Si en esta tiempo*, Reiffenstuel, lug. cit. n. 175. Vease el núm. 6 de este capítulo.  
13 Cap. 37. *De praebendis et dignitatibus* Hostiensis in sum. tit. *De consuetudine* n. 6.  
14 Mascardo *De probationibus*, conclus. 424.  
15 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 1. n. 124. citando la ley 2. *De jur. et fact. ignorant.*  
16 L. 1. tit. 7. lib. R., ó l. tit. 17. lib. 10 N. 1. L. 6. vers. *E desatase* tit. 2. part. 1.

costumbre que sea contraria á la ley, no se requieren los mismos actos, ni el trascurso de aquel tiempo que se ha dicho para su introduccion; sino que entónces son bastantes los actos que á juicio de un varon sensato y prudente manifiesten el consentimiento del pueblo acerca de volver á la antigua ley, renunciando el derecho que habia adquirido por la costumbre<sup>1</sup>.

14. Además de la costumbre, dice Vinnio<sup>2</sup> que algunos tienen por especie de derecho no escrito las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero añade el mismo autor que en su concepto piensan muy mal: porque aunque no sea despreciable la autoridad de las decisiones de los tribunales, sin embargo no ha de atribuírseles tanta, que deban seguirse como ley, si entre otros hubiese despues algun pleito igual ó semejante. Una ley romana<sup>3</sup> decia: „*Non exemplis sed legibus judicandum est*”; y la de Partida<sup>4</sup> establece: „*Guisadi cosa es, é derecha que el juicio que fuere dado contra alguno, non empesce á otro*”.

1 Reiffenstuel, lug. cit. n. 198, citando á Suarez *De legibus*, lib. 4. cap. 1.º n. 13.  
2 Vinnio en el § 9. *Inst. De jur. nat. &c.*  
3 L. 13. C. *De sent. et interl.*  
4 L. 20. tit. 22. part. 3.

## LIBRO PRIMERO.

## DE LAS PERSONAS.

## TITULO PRIMERO.

## DEL ESTADO DE LAS PERSONAS.

## CAPITULO PRIMERO.

*Del estado natural de las mismas.*

- |  |  |
|--|--|
| <p>1 ¿Qué se entiende por persona? que cosa sea estado de los hombres, y su division en natural y civil.*</p> <p>2 Distincion de las personas atendida la naturaleza.</p> <p>3* Division por razon del nacimiento,* y disposiciones de las leyes acerca de los no nacidos y existentes aun en el vientre de la madre.</p> <p>4 Circunstancias que se requieren para que se juzgue natural y no abortivo el nacimiento.</p> <p>5* Distincion entre los hombres por los defectos ó vicios de conformacion con que nacen, ó les sobrevienen despues.*</p> <p>6 Distincion por el sexo.</p> <p>7 Distincion nacida de las diferentes edades.</p> <p>8* ¿En qué casos y materias el año empezado se reputa cumplido?*</p> <p>9 Privilegio de restitucion concedido á los menores, y motivo en que se funda.</p> | <p>10 ¿Qué deberá probar el menor para conseguir la restitucion?</p> <p>11* Juez ante quien ha de pedirse la aplicacion y declaracion de este beneficio, tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales.</p> <p>12 ¿Qué tiempo concede la ley á los menores para conseguir la restitucion?</p> <p>13 ¿Cómo ha de conceder el juez la restitucion?</p> <p>14 Casos en que debe denegarse la restitucion.</p> <p>15* ¿Si en algun acto intervienen dos menores, ó un hijo de familia y un menor, cómo y cuándo deberá concederse la restitucion al que haya sido dañado?*</p> <p>16* El menor abogado ó doctor en derecho goza la restitucion en los actos extrajudiciales, mas no en los judiciales.*</p> <p>17 De otras personas á quienes compete el beneficio de la restitucion.</p> |
|--|--|

1. **P**or persona se entiende en el concepto legal, el hombre segun el estado que tiene por la naturaleza ó por las leyes civiles. \*Estado, dice la ley<sup>1</sup>, es la condicion ó la manera en que los omes vi-

1 L. 1. tit. 23. p. 4.

ven ó estan; ó como lo define Heineccio<sup>1</sup>, una cualidad por la que los hombres usan de diverso derecho. Porque aunque las leyes reconocen, y especialmente en los sistemas democráticos, la igualdad que establece el derecho natural entre los hombres<sup>2</sup>, sin embargo los distinguen atendiendo á varias circunstancias que explicaremos; y estas son las que contituyen su diverso estado<sup>3</sup>. Como ademas, unas dimanen de la misma naturaleza y otras de las leyes positivas, el estado es ó natural ó civil. En este título hablamos del primero\*.

2. Las distinciones que ofrece el estado de las personas por la naturaleza, se fundan: 1.º sobre el nacimiento (a); 2.º sobre el sexo; y 3.º sobre la edad; \*comprendiéndose en las primeras las que dependen de ciertos defectos ó vicios de conformacion que por lo regular acompañan al nacimiento, aunque á veces sobrevienen despues. Tales son la concurrencia de los dos sexos en el hermafrodita, la incapacidad de engendrar y otros<sup>4</sup>.\*

3. Considerando el nacimiento, se dividen los hombres ó en ya nacidos, ó en concebidos solo y existentes en el vientre de la madre<sup>5</sup>. De estos dispone la ley<sup>6</sup>, que cuando se trata de su bien ó utilidad, se les tenga por nacidos. Así que les corresponden los remedios posesorios, los de tenuta y restitucion *in integrum*, y las prerrogativas que á los nacidos; por lo que les aprovecha como á estos todo lo que se practica en su favor<sup>7</sup>; y aunque hasta que nacen no son tenidos por hombres ni herederos de sus padres, ni se les debe la legítima<sup>8</sup>, ni pueden pedir tampoco su parte de herencia<sup>9</sup>; 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<sup>10</sup>, y luego que nacen rompen el testamento de sus padres si los han preferido ú olvidado<sup>11</sup>. Pero es de advertir que el póstumo \*(así se llama el hijo que nace despues de muerto el padre<sup>12</sup>\*), no revoca la donacion hecha por su padre hasta que nace, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su nacimiento<sup>13</sup>.

1 Elem. jur. sec. ord. inst. n. 76.

2 Aunque la naturaleza, dice D'Aguessau [*Essai sur l'état des personnes*, tom. 9 de sus obras, edic. de 181º pág. 572.], haya establecido una perfecta igualdad en el origen de todos los hombres, ha dejado sin embargo entre ellos ciertas diferencias; de manera, que puede decirse que si todos son iguales, no son semejantes. *Pares magis quam similes*.

3 Domat *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. prelim. tit. 2.

(a) La palabra nacimiento significa aqui el acto de nacer, ó de comenzar á existir en el mundo, y no el origen ó descendencia de alguno en orden á su calidad.—E.

4 El mismo en el lug. cit. sec. 1.

5 Princ. del tit. 23. p. 4.

6 L. 3. tit. 23. p. 4.

7 L. cit. Lara *Compendium vitas homin.* cap. 1. n. 4. caps. 2 y 4.

8 L. fin. D. *De assign. libert.* L. fin. D. *De collat. bonor.*

9 L. *Antiqui, si pars haered. petat.* L. *Utrum, de reb. dub.*

10 L. *Placet de liber, et posthum.* Lara, dicho cap. 2. n. 1 al 4, todo el cap. 6 y el 11.

11 L. 20. tit. 1 p. 6.

12 La l. cit.

13 Tiraquel. in leg. *Si unquam. verb. susceptis*

4. 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 parto, 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.ª que nazcan vivos enteramente y con figura humana, aunque sean disformes ó defectuosos en cualquier miembro ó parte de su cuerpo<sup>1</sup>; advirtiendo que estos que nacen sin figura humana, que son llamados *monstruos*, aunque no se reputan por hijos para el efecto de suceder, si se consideran tales cuando se trata de algun privilegio concedido á los padres por razon de cierto número de hijos<sup>2</sup>; 2.ª que nazcan en tiempo hábil y legítimo, que es en el séptimo, nono ó décimo mes, y no dentro del octavo ni undécimo<sup>3</sup>; \* de manera que el que naciere de una viuda, aunque sea en el primer día del oncenno mes despues de la muerte de su marido, se supone no haber sido concebido sino despues de dicha muerte, y por lo mismo no se cuenta en el número de los legítimos; y el que naciere dentro de los primeros meses del matrimonio ántes de empezar el séptimo, lleva consigo cierta marca que da lugar á que se presuma su falta de legitimidad. Sin embargo, como no puede fijarse absolutamente el tiempo de la preñez<sup>4</sup>, pues aunque es cierto que la naturaleza tiene sus leyes generales, tiene tambien otras que son particulares, y que dependen de la organizacion individual de los sujetos<sup>5</sup>; \* esta distincion de meses para tener los partos por legítimos ó ilegítimos, es arbitraria é injusta. La regla segura es, que en cualquier mes que nazcan los hijos, se tendrán por nacidos en tiempo hábil, si no se prueba que no pueden ser hijos de aquel por quien adquieren el derecho que pretenden; \* y lo cual podrá verificarse recurriendo al testimonio de los facultativos, á las informaciones sobre la conducta de la madre y á otras circunstancias<sup>6</sup>. \* La 3.ª que despues de nacidos vivan veinte y cuatro horas naturales á lo ménos. Y la 4.ª que sean bautizados ántes de morir, aunque sea con agua que llaman de socorro (a)<sup>7</sup>. Si de un parto nacen varon y hembra, debe

*liberis*, n. 144, 145. Lara, dicho cap. 2. n. fin.

- 1 LL. 5. t. 23. p. 4 y 8. al fin, t. 33 p. 7.
- 2 LL. 4. t. 23. p. 4 y 2. t. 8. l. 5. de la R., ó 2. t. 5. l. 10. de la N.
- 3 Domat. *Les lois civiles*, lib. pr. l. tit. 2. sec. 1. n. 15. citando la ley 195. D. de V. S. fundada en muy buena razon.
- 4 Eseriche Diccionario de legislacion, art. *Nacimiento*.
- 5 Foderé Tratado de medicina legal tom. 3 cap. 1 § 1 De este punto tratan, Lara en la obra cit. cap. 10, Matienzo en la ley 2

tit. 8. lib. 5. de la R., y el Dr. Palacios en la nota al tit. 1 lib. 1 pág. 3 de las Instituciones de Castilla de Asso y Manuel.

- 6 Eseriche. *Diccion. de legisl.* art. Hijo legítimo.
- (a) Bautizar con agua de socorro, es administrar privadamente el bautismo sin solemnidades en caso de necesidad. Diccionario de la Academia Española
- 7 L. 2 tit. 8 lib. 5 de la R., ó 2 tit. 5 lib. 10 de la N. y en ella Matienzo y Acevedo.

entenderse que el varon nació primero, *pues que no se puede averiguar lo contrario*; cuya razon tomada literalmente de la ley que así lo establece, es la única sabia que puede darse para un caso de duda; porque aunque esto lo fundan algunos autores en la mayor fuerza del varon, y en que se anima y perfecciona primero que la hembra, á lo que es consiguiente que nazca ántes que ella; tal discurso es una pura sutileza metafísica, y solamente fundado en conjeturas<sup>1</sup>. Si los dos gemelos fuesen varones, y no puede saberse cuál de ellos nació primero, ambos gozarán de la primogenitura<sup>2</sup>; y cuando no nazcan naturalmente, sino que sean dados á luz por medio de la operacion que llaman los médicos *cesárea*, será mirado como primogénito el primero que reciba el comadron en sus manos<sup>3</sup>. Cuando casada una viuda á pocos dias de muerto el marido, pariere dentro de un tiempo en que pueda dudarse si el hijo es del nuevo esposo ó del difunto, ó en otros casos semejantes, deberá atenderse á la costumbre que tuviere la muger, así en cuanto á la duracion del embarazo, como respecto de los menstruos, y á otras muchas circunstancias de las personas que dan lugar á los médicos á formar juicio sobre tales materias<sup>4</sup>, \* en las que por su obscuridad no deben buscar los jueces evidencia metafísica, sino tan solo certidumbre humana<sup>5</sup>. \*

5. \* En la distincion por nacimiento comprendimos arriba, siguiendo á Domat, á los que nacen defectuosos ó sobreviene despues algun vicio de conformacion; y por lo mismo harémos mencion aquí de todos aquellos, respecto de quienes, por ese motivo, han establecido las leyes algunas prohibiciones ó disposiciones especiales, que ahora solo se indicarán levemente, reservándolas para los lugares oportunos. En esta clase numera el mismo á los *hermafroditas*, ó aquellos en quienes se encuentran señales de ambos sexos; los que son tenidos para los efectos de las leyes por de aquel sexo en que prevalecen<sup>6</sup>; y cuando haya equilibrio ó igualdad, está en su ar-

1 Febrero adicionado.

2 L. 12 tit. 33 part. 7. Sobre esta ley dice el adicionador de Febrero, que cuando se formaron las Partidas no habia aun mayorazgos, ni estaba reconocida la primogenitura para su sucesion; y por lo mismo, que si se verificase hoy su caso, y se tratase de una vinculacion, no habria inconveniente para que tuviese lugar la resolucion de la ley, si aquella fuere pingüe; pero que siendo corta, razones de política tomadas de la mente del fundador obstarían á la division, y lo mas acertado seria consultar al soberano. Creemos que si este caso sucediese hoy entre nosotros, y se dudase sobre quién debería tenerse por sucesor para aplicarle la par-

te de bienes que le corresponde, conforme á lo que se explicará en el titulo de Mayorazgos: debería estarse sin distincion á esa ley de Partida, supuesto que extinguidos los mayorazgos y considerándose como muy odiosos, faltan ya las razones que se alegaban para lo contrario. \*

3 Foderé en la obra cit. tom. 2 cap. 10 § 8, y Eseriche Diccionar. art. *Mayorazgo*.

4 Lara en dicha obra cap. 12 números 5 y 10. Foderé t. 3 cap. 3 § 3.

5 Soto *De justit. et jur.* lib. 3 vers. *Super sunt autem*. L. 28 § 5 in fin. D. de judiciis que cita Lara en dicho cap. n. 6.

6 L. 10 tit. 1 part. 6.

bitrio adoptar el que les parezca, renunciando con juramento el uso del otro, al que en ningún caso pueden entonces volver<sup>1</sup>. Asimismo los *eunucos*, ó los que por tener viciados por nacimiento ó accidente los órganos de la generación, son incapaces de procrear: las disposiciones de las leyes acerca de estos, siendo relativas á la adopción y al matrimonio, las trataremos en los respectivos títulos. Finalmente, tienen por la razón dicha un estado distinto del de los otros hombres, los *insensatos* que están privados del uso de la razón, después de cumplida la edad bastante para tenerla, y los que por ser *sordos y mudos* juntamente, ó por padecer alguna enfermedad crónica, no tienen expedito el ejercicio de sus potencias; todos los cuales aunque sean de mayor edad, se hallan bajo de curatela, y son excluidos de varias funciones que notaremos en otra parte.\*

6. Por razón del sexo se distinguen los varones de las hembras. Ambos se comprenden siempre en las leyes bajo la voz hombres, si no es cuando las segundas expresamente se exceptúan<sup>2</sup>; por lo que regularmente y en caso de duda tienen el mismo derecho que aquellos<sup>3</sup>. La diferencia legal que se observa entre unos y otras es, que los varones son capaces de toda especie de funciones y obligaciones, á no ser que alguno sea excluido por obstáculos particulares, mientras que las hembras solo por serlo, son al contrario incapaces de muchas de ellas (a). Por esto no pueden ejercer la magistratura<sup>4</sup>, ni la abogacía<sup>5</sup>, ni ser testigos en testamento<sup>6</sup>, ni tutoras de otros que de sus hijos ó nietos<sup>7</sup>; pero á la vez no les daña en los contratos la ignorancia del derecho<sup>8</sup>, ni pueden ser fiadoras<sup>9</sup>: cuando delincan han de ser castigadas con mas moderación<sup>10</sup>; y en una palabra gozan de otros privilegios que advertiremos con oportunidad, sentando entretanto una regla general fundada en que los hombres exceden por lo comun en prudencia y firmeza á las mugeres, y estas son de naturaleza mas flaca<sup>11</sup>: *Los varones por razón de la dignidad, y las mugeres en cuanto á aquellas*

1 Ferraris Biblioth. verb. *Hermaphroditus* n. 26. Mathæu de *Re criminali* cont. 43 n. 12. A pesar de la opinión de casi todos los teólogos y juriconsultos, se tiene por fabulosa la existencia de verdaderos hermafroditas, esto es, de personas varones y hembras á un mismo tiempo, que hayan concebido y hecho concebir; y la niegan efectivamente los filósofos, como Aristoteles, Alberto Magno, Valmont de Bomaire, Buffon, el abate Herbás, y los mas celebres anatomistas modernos. Escríbe *Diccionario de legislación* en este artículo.

2 Sala. *Iust. al derecho de España* lib. 1 tit. 2 n. 3.

3 L. 6. tit. 33. part. 7.

(a) Por cédula de 16 de febrero de 1800, se aprobó la providencia contenida en el bando de

22 de abril de 1799, que permite á las mugeres ocuparse en cualesquiera labores y manufacturas, que sean compatibles con las fuerzas y decoro de su sexo, sin embargo de las ordenanzas gremiales ó providencias gubernativas en contrario.—E.

4 L. 4 tit. 4 part. 3.

5 L. 3 tit. 6 part. 3.

6 L. 9 tit. 16 part. 6.

7 L. 4 tit. 16 part. 6.

8 L. 3 tit. 14 part. 5.

9 L. 2 tit. 12 part. 5.

10 Maymó. *Inst. jur. hisp. lib. 1 tit. 2 n. 10* citado á otros.

11 L. 2 tit. 23 part. 4.

cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion<sup>1</sup>.

7. \*En órden á la edad,\* los que no han cumplido siete años se llaman *infantes*<sup>2</sup>; los que no han llegado á catorce siendo varones, ó á doce siendo mugeres, *impúberes* ó *pupilos*<sup>3</sup>; y los que ya los cumplieron toman el nombre de *púberes*. El periodo que media entre la infancia y la pubertad, se considera dividido en dos partes iguales, llamando á los que están en la primera *próximos á la infancia*, y á los que en la segunda *próximos á la pubertad*. Nuestras leyes, que no usan estas denominaciones sino con relación 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<sup>4</sup>. A los que no han cumplido veinte y cinco años, aunque para ellos les falte un solo día<sup>5</sup>, se dicen menores, y los que ya pasaron de esa edad son llamados mayores. Estos ó son jóvenes ó viejos. La juventud empieza á los veinte y cinco años, y dura hasta los cincuenta en los hombres, y hasta los cuarenta en las mugeres, en cuya edad respectivamente empieza la vejez<sup>6</sup>. El considerar á un hombre viejo puede obrar muchos efectos en derecho, ya sea para excusarle de algunas cargas, ya para concederle alguna jubilación honrosa en empleos ó otras exenciones á que es acreedor cuando llega á esa edad<sup>7\*</sup>.

8. \*Por lo que respecta á todas las edades mencionadas, que como hemos visto tienen su principio y fin señalados, pueden y suelen ofrecerse muchas disputas sobre si el año empezado debe tenerse por cumplido. Este punto no puede resolverse con una sola regla general, dependiendo muchas veces la determinación de la materia que se versa. Cuando la ley exige los años cumplidos, doce, catorce, ó veinte y cinco, no hay lugar á ninguna duda; y es cierto que el que tiene solamente empezado el último, no puede obtener ó hacer lo que la ley quiere que sea propio de quien los tenga cumplidos. Pero si la ley para alguna cosa solo requiere cierta edad, no expresando que sea cumplida, entónces si la materia es favorable, comunmente se admite que valga el empezado por cumplido; y al contrario si la materia es odiosa<sup>8\*</sup>.

9. A los menores, cuando son perjudicados en sus tratos y nego-

1 Sala. *Iust. al derecho de España* lib. 1 tit. 2 n. 3.

2 LL. 1 tit. 7 part. 2, y 4 tit. 16 part. 4.

3 LL. 12 y 21 tit. 16 part. 6 y 4 tit. 11 part. 5.

4 LL. 9 tit. 1, 17 tit. 14 y 8 tit. 31 part. 7.

5 L. 2 tit. 19 part. 6.

6 Narbona. *Annales juris* an. 50 q. 1. Mayo. *Inst. jur. hisp. lib. 1 tit. 2 n. 12.* Asso y Manuel *Instituciones* lib. 1 tit. 1 § 4.

7 Dou. *Instituciones de derecho público de España* lib. 1 tit. 5 n. 4.

8 El mismo lib. y tit. cit. n. 0.

cios, concede el derecho un privilegio muy notable, llamado Restitucion *in integrum* ó por entero<sup>1</sup>, el que se define: *Reposicion de la cosa al estado que tenia ántes de haber padecido el daño el menor*<sup>2</sup>. Fúndase este privilegio, en que los menores por su poca experiencia y debilidad, como tambien por culpa ó malicia de sus tutores ó curadores, estan expuestos á padecer frecuentes perjuicios<sup>3</sup>.

10. Para conseguir el menor la restitucion ha de probar dos cosas: 1.ª que es menor, y 2.ª que ha recibido daño por su inexperiencia, por culpa del tutor ó curador, ó por engaño de otro<sup>4</sup>, tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales de cualquiera naturaleza que sean<sup>5</sup>. En virtud de este remedio puede el menor renunciar la herencia despues de aceptada, manifestándolo así á los acreedores que tenga contra sí la misma; y entónces el juez, visto el daño que resulta al menor, concede la restitucion, poniendo primeramente en seguridad las cosas pertenecientes á la herencia<sup>6</sup>. Del mismo modo, cuando habiendo renunciado la que se le deferia, advirtiese que hizo mal en ello, puede demandarla despues usando de este remedio<sup>7</sup>. Tratando de prescripciones, las de veinte años ó ménos tiempo no corren contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus predecesores, y entónces les compete la restitucion en cuanto al tiempo corrido durante su menor edad; pero las de mayor tiempo corren contra todos los mayores de catorce años, aunque pueden rescindirse por medio de la restitucion<sup>8</sup>.

11. \*Cuando se pida restitucion de actos judiciales, se ha de acudir al mismo juez ante quien padeció daño el menor; y si el remedio se intentase contra alguna sentencia, podrá interponerse, ó en el tribunal del juez que la dió, ó ante el superior por apelacion<sup>9</sup>. Si la restitucion se pidiese contra algun contrato, se acudirá al juez ordinario del lugar<sup>10</sup>, que sea competente para el demandado<sup>11</sup>. Sobre si puede pedirse la restitucion en el lugar del contrato, cuando en él se encuentra el reo, hay dos opiniones contrarias. Gregorio Lopez<sup>12</sup> parece que adopta la opinion negativa que refiere citando á Baldo. Juzgamos sin embargo mas probable la afirmativa, defendida latamente por Carleval<sup>13</sup>.

12. Para pedirla concede la ley á los menores todo el tiempo de su menor edad y cuatro años despues, que suele llamarse el cuadrie-

1 L. 3 tit. 8 lib. 4 de la R., ó 3 tit. 13 lib. 11 de la N.

2 LL. 1 tit. 25 part. 3 y 1 tit. 19 part. 6.

3 Proem. del tit. 19. p. 6.

4 L. 2. tit. 19. part. 6.

5 LL. 2. tit. 25. part. 3, 3 y 5 tit. 19. part. 6.

6 L. 7. tit. 19. part. 6.

7 L. 18. tit. 6. part. 6.

8 L. 3 del mismo tit.

9 L. 3. t. 25. p. 3. junta con el art. 15. cap. 1. dec. de 9 de 1812, que prohibió á los tribunales superiores llamar los autos pendientes en primera instancia, si no es en caso de apelacion.

10 L. 8. t. 19. p. 6.

11 Greg. Lop. en d. l. gl. 1.

12 En el mismo lugar.

13 *De iudicis. Disp. 2. q. 3. n. 184 y sig.*

nio legal; \* pero si la lesion fuere enormísima, gozarán entónces el término de treinta años, contados desde el dia en que la recibieron<sup>1</sup>, \* pudiendo tambien hacer la misma demanda los herederos del menor<sup>2</sup>; y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva<sup>3</sup>. La restitucion no aprovechará á los fiadores del menor, si no es cuando se concediere por haber intervenido engaño en el negocio que se caucionó con la fianza; pues entónces se resarcirá á beneficio del menor y de sus fiadores<sup>4</sup>.

13. 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 demanda la entrega, fué hecho en daño del menor, debe volverle al estado en que ántes se hallaba, de modo que cada una de las partes tenga á salvo su derecho como ántes lo tenia<sup>5</sup>.

14. El juez debe denegar la restitucion en los casos siguientes prevenidos por las leyes, y no en otros. 1.º 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<sup>6</sup>. \* Mas si la menor edad se le conociese en la cara, habrá lugar á la restitucion; pues no podrá decirse engañado el que trató con el menor, sino que los dos obraron con dolo, en cuyo caso se compensará el del uno con el del otro, como si de ninguna parte lo hubiese habido<sup>7</sup>. \* 2.º Si el pleito se comenzare siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya sea mayor<sup>8</sup>. 3.º 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<sup>9</sup>. 4.º Si habiendo seguido el menor pleito contra alguno, pidiendo se declarase ser su esclavo, recayese sentencia de que era libre<sup>10</sup>. 5.º Si el deudor 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<sup>11</sup>. \* Cesa en el primer extremo de este caso, sin embargo de que, como hemos dicho en el número 10, tiene lugar aun en actos judiciales; porque el deudor pagó por obedecer el mandato del juez, lo cual debe libertarlo y asegurarlo. 6.º Si el perjuicio que hubiese sufrido el menor por sus tratos proviniese de un acon-

1 Maymó. *Juris hisp. Inst.* l. 1. Apéndice. n. 23. Gregor. Lop. en la l. 8 t. 19. p. 6. glos. 5.

2 L. 8. del propio tit.

3 L. 2. tit. 25 part. 3.

4 L. 4. tit. 12. part. 5.

5 L. 1. tit. 25 part. 3.

6 L. 6. tit. 19 part. 6. LL. 2 y 3. Cod. Si

*min. se major dixerit.*

7 Greg. Lop. en d. l. 6. gl. 1. Sala Ilust. al der. l. 1. t. 8. n. 4.

8 L. 2. tit. 25. part. 3.

9 L. 4. tit. 19. part. 6.

10 L. 6. tit. 19. part. 6, l. 9. § ult. Cod. Si *advers. liber.*

11 L. 1. Cod. *Si adv. solut.* L. 4. t. 14. part. 5.

12 Sala en el lug. cit.



tecimiento casual, ó caso fortuito como llama el derecho, y no de culpa ó engaño de otro<sup>1</sup>. 7.º Si dada sentencia contra el menor le compitiese el remedio de nulidad de aquella<sup>2</sup>. 8.º Si el menor, cumplidos los catorce años, jurase no usar de este beneficio para rescindir sus contratos<sup>3</sup>; 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 restitucion de algunos términos dilatorios, llamados por esto *fatales*, como el de nueve días para intentar el retracto de sangre ó abolen-go<sup>4</sup>; el de tres días para suplicar de la sentencia interlocutoria<sup>5</sup>; el de seis para tachar los testigos<sup>6</sup>, y otros de que se hará mención en el tratado de los juicios. \*Asimismo no hay lugar á la restitucion, cuando el menor, habiendo llegado á la mayor edad ratifica tácita ó expresamente lo que habia hecho en su menoría<sup>7</sup>. Ni cuando habiendo acudido ya una vez á pedirla, se le hubiese denegado, en cuyo caso solo podrá apelar ó alegar nuevas razones dignas de admitirse<sup>8</sup>.\*

15. \*Cuando en algun acto ó contrato intervienen dos menores y uno ha recibido daño, puede pedir contra el otro la restitucion<sup>9</sup>; porque entónces como el uno trata de evitar daño y su contrario de lucrar, falla la regla que declara no gozar del privilegio un privilegiado contra otro<sup>10</sup>. Mas no sucederá lo mismo si los dos han sido dañados, v. g. si uno prestó al otro una cantidad de dinero que este perdió al juego; porque entónces ambos tratan de evitar daño y es aplicable la regla mencionada<sup>11</sup>. Si concuriesen un menor y un hijo de familias, gozaria el primero de la restitucion; porque este privilegio es mas atendible que el del Senado consulto macedoniano que corresponde al segundo<sup>12</sup>.\*

16. \*El menor abogado ó doctor en derecho goza de este remedio cuando sea perjudicado; porque la jurisprudencia no puede darle los conocimientos necesarios para precaverse de los engaños de los hombres, que solo se adquieren por la experiencia y trato del mundo. Pero esto se entiende en los negocios extrajudiciales, no en los judiciales: porque como los segundos pertenecen á su profesion, en la que ninguno se presume que pueda ser engañado<sup>13</sup>, cesa respecto de ellos el motivo de este beneficio. Por la misma razon, el menor

1 L. 2. tit. 19. part. 6.  
2 L. 1. tit. 25. part. 3.  
3 L. 6. dicho tit. 19.  
4 L. 8. t. 11. lib. 5. R., ó 2. t. 19. l. 10. N.  
5 L. 1. t. 19. lib. 4. R., ó 1. t. 21. l. 11. N.  
6 LL. 4. Cod. *Ex quibus caus. major.* y 10. tit. 19. part. 6.  
7 L. 5. t. 12. l. 3. F. R. Gomez Var. t. 2. cap. 14 n. 11.

8 L. 6. cit.  
9 Maymó. *Jur. hisp. Instit.* l. 1. Apend. n. 29.  
10 Vease el cap. 2. del tit. preliminar. n. 35.  
11 Los mismos.  
12 Maymo, lug. cit. L. 11. § 7. D. *De minoribus*, &c.  
13 Arg. de la l. 3. tit. 11. lib. 5. de la R., ó 4. t. 1. l. 10. de la N.

que ejerza algun arte ú oficio no debe ser restituido en asuntos pertenecientes á él<sup>1</sup>.\*

17. Compete el beneficio de la restitucion 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 restitucion debe pedirse dentro de cuatro años, contando desde el dia en que recibieron el daño; y si este fuese en mas de la mitad del precio, dentro de treinta<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Compete ademas la restitucion á aquellas cuyas cosas han sido prescritas estando ellos ausentes por causa de guerra, orden del gobierno, estudios, cautiverio, romería ú otras semejantes; y se les cuenta el cuadrenio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos desde aquel en que se verificó su muerte durante la ausencia; \*compitiendo este beneficio en opinion de Sala<sup>4</sup>, aun á los que hubiesen dejado procurador en el lugar de ella<sup>5</sup>.\* Ultimamente, se concede la restitucion á aquellos que tratando de demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien sea mas poderoso, para que el demandante tenga un opositor mas formidable: si así sucediere podrá el demandante usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la reparacion de perjuicios al que la enagenó, segun eligiere<sup>6</sup>. Para dar entrada á esta clase de acciones, es preciso que la enagenacion se haya hecho engañosamente ó con dolo<sup>7</sup>; y por tanto no habrá lugar á ellas cuando este falte<sup>8</sup>.

1 Vinnio. *Select. quaest.* lib. 1. cap. 13. Man-zio. *Biblioth. aur. Tract. De restitut. in integ.* n. 26.  
2 L. 10. tit. 19. part. 6.  
3 L. 56. tit. 5. part. 5. Gregor. Lop. en la gl. 1. de la misma ley. y l. 7. t. 33. par. 7.  
4 *Digest. rom. hisp.* l. 4. t. 16. l. 10.

5 LL. 10. tit. 23 y 28. tit. 29. part. 3 y 4. tit. 13. lib. 4. R., ó 3. y 4. tit. 34. lib. 11. N.  
6 LL. 30. tit. 2. y 15. tit. 7. part. 3.  
7 L. 15. cit.  
8 Gregor. Lop. en dicha ley 15. glos. 2.

## CAPITULO II.

### Del estado civil de las personas.

- |    |   |  |
|----|---|--|
| 1  | Clasificacion de los hombres segun el estado civil.                     | en pais extranjero se tengan por naturales.*                         |
| 2  | De los naturales.   | 4* De los que nacen en el mar.*                                      |
| 3* | Circunstancias que se requieren para que los hijos de mejicanos nacidos | 5* Las disposiciones de las leyes de Indias en cuanto á hijos de ex- |

tecimiento casual, ó caso fortuito como llama el derecho, y no de culpa ó engaño de otro<sup>1</sup>. 7.º Si dada sentencia contra el menor le compitiese el remedio de nulidad de aquella<sup>2</sup>. 8.º Si el menor, cumplidos los catorce años, jurase no usar de este beneficio para rescindir sus contratos<sup>3</sup>; 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 restitucion de algunos términos dilatorios, llamados por esto *fatales*, como el de nueve días para intentar el retracto de sangre ó abolen-go<sup>4</sup>; el de tres días para suplicar de la sentencia interlocutoria<sup>5</sup>; el de seis para tachar los testigos<sup>6</sup>, y otros de que se hará mención en el tratado de los juicios. \*Asimismo no hay lugar á la restitucion, cuando el menor, habiendo llegado á la mayor edad ratifica tácita ó expresamente lo que habia hecho en su menoría<sup>7</sup>. Ni cuando habiendo acudido ya una vez á pedirla, se le hubiese denegado, en cuyo caso solo podrá apelar ó alegar nuevas razones dignas de admitirse<sup>8</sup>.\*

15. \*Cuando en algun acto ó contrato intervienen dos menores y uno ha recibido daño, puede pedir contra el otro la restitucion<sup>9</sup>; porque entónces como el uno trata de evitar daño y su contrario de lucrar, falla la regla que declara no gozar del privilegio un privilegiado contra otro<sup>10</sup>. Mas no sucederá lo mismo si los dos han sido dañados, v. g. si uno prestó al otro una cantidad de dinero que este perdió al juego; porque entónces ambos tratan de evitar daño y es aplicable la regla mencionada<sup>11</sup>. Si concuriesen un menor y un hijo de familias, gozaria el primero de la restitucion; porque este privilegio es mas atendible que el del Senado consulto macedoniano que corresponde al segundo<sup>12</sup>.\*

16. \*El menor abogado ó doctor en derecho goza de este remedio cuando sea perjudicado; porque la jurisprudencia no puede darle los conocimientos necesarios para precaverse de los engaños de los hombres, que solo se adquieren por la experiencia y trato del mundo. Pero esto se entiende en los negocios extrajudiciales, no en los judiciales: porque como los segundos pertenecen á su profesion, en la que ninguno se presume que pueda ser engañado<sup>13</sup>, cesa respecto de ellos el motivo de este beneficio. Por la misma razon, el menor

1 L. 2. tit. 19. part. 6.  
2 L. 1. tit. 25. part. 3.  
3 L. 6. dicho tit. 19.  
4 L. 8. t. 11. lib. 5. R., ó 2. t. 19. l. 10. N.  
5 L. 1. t. 19. lib. 4. R., ó 1. t. 21. l. 11. N.  
6 LL. 4. Cod. *Ex quibus caus. major.* y 10. tit. 19. part. 6.  
7 L. 5. t. 12. l. 3. F. R. Gomez Var. t. 2. cap. 14 n. 11.

8 L. 6. cit.  
9 Maymó. *Jur. hisp. Instit.* l. 1. Apend. n. 29.  
10 Vease el cap. 2. del tit. preliminar. n. 35.  
11 Los mismos.  
12 Maymo, lug. cit. L. 11. § 7. D. *De minoribus*, &c.  
13 Arg. de la l. 3. tit. 11. lib. 5. de la R., ó 4. t. 1. l. 10. de la N.

que ejerza algun arte ú oficio no debe ser restituido en asuntos pertenecientes á él<sup>1</sup>.\*

17. Compete el beneficio de la restitucion 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 restitucion debe pedirse dentro de cuatro años, contando desde el dia en que recibieron el daño; y si este fuese en mas de la mitad del precio, dentro de treinta<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Compete ademas la restitucion á aquellas cuyas cosas han sido prescritas estando ellos ausentes por causa de guerra, órden del gobierno, estudios, cautiverio, romería ú otras semejantes; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos desde aquel en que se verificó su muerte durante la ausencia; \*compitiendo este beneficio en opinion de Sala<sup>4</sup>, aun á los que hubiesen dejado procurador en el lugar de ella<sup>5</sup>.\* Ultimamente, se concede la restitucion á aquellos que tratando de demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien sea mas poderoso, para que el demandante tenga un opositor mas formidable: si así sucediere podrá el demandante usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la reparacion de perjuicios al que la enagenó, segun eligiere<sup>6</sup>. Para dar entrada á esta clase de acciones, es preciso que la enagenacion se haya hecho engañosamente ó con dolo<sup>7</sup>; y por tanto no habrá lugar á ellas cuando este falte<sup>8</sup>.

1 Vinnio. *Select. quaest.* lib. 1. cap. 13. Man-zio. *Biblioth. aur. Tract. De restitut. in integ.* n. 26.  
2 L. 10. tit. 19. part. 6.  
3 L. 56. tit. 5. part. 5. Gregor. Lop. en la gl. 1. de la misma ley. y l. 7. t. 33. par. 7.  
4 *Digest. rom. hisp.* l. 4. t. 16. l. 10.

5 LL. 10. tit. 23 y 28. tit. 29. part. 3 y 4. tit. 13. lib. 4. R., ó 3. y 4. tit. 34. lib. 11. N.  
6 LL. 30. tit. 2. y 15. tit. 7. part. 3.  
7 L. 15. cit.  
8 Gregor. Lop. en dicha ley 15. glos. 2.

## CAPITULO II.

### Del estado civil de las personas.

- |    |   |  |
|----|---|--|
| 1  | Clasificacion de los hombres segun el estado civil.                     | en pais extranjero se tengan por naturales.*                         |
| 2  | De los naturales.   | 4* De los que nacen en el mar.*                                      |
| 3* | Circunstancias que se requieren para que los hijos de mejicanos nacidos | 5* Las disposiciones de las leyes de Indias en cuanto á hijos de ex- |

- trangeros nacidos en el pais, estan hoy muy limitadas por nuestro derecho patrio.\*
- 6\* De la naturaleza particular ó de los estados.\*
- 7\* De la naturalizacion, y quiénes se tienen por naturalizados.\*
- 8\* Derechos que se adquieren por la naturalizacion.\*
- 9 Cargas á que sujeta la misma.
- 10\* Causas por que se pierde la naturalizacion.\*
- 11\* De la naturalizacion particular ó de los estados.\*
- 12\* De los extrangeros.\*
- 13\* Prohibiciones y derechos que tienen los extrangeros en la república.\*
- 14\* Los extrangeros estan sujetos a las leyes establecidas para mantener el buen orden, y que no se refieran á la calidad de súbdito ó ciudadano del estado.\*
- 15\* En consecuencia, si cometieren algun delito, deberan ser castigados conforme á las leyes del pais.\*
- 16\* Otros deberes de los extrangeros respecto del pais en que residen.\*
- 17\* De los extrangeros en particular, ó de los derechos que los súbditos de algunas naciones disfrutan en la república, en virtud de los tratados celebrados con sus respectivos gobiernos.\*
- 18\* Disposiciones especiales acerca de los españoles para mientras dure la guerra con España, y esta no reconozca la independenciam; remisivamente.\*
- 19 Division en vecinos y transeuntes. ¿Quién se llama vecino, \*qué sea domicilio, y de cuántas maneras?\*
- 20\* Modos de adquirir domicilio.\*
- 21\* Conforme al derecho comun no será vecino de un lugar, el que en él solamente tenga casa sin habitarla, ni residir allí.\*
- 22\* Otra division del domicilio en propio é impropio.\*
- 23\* Efectos del domicilio propio.\*
- 24\* De qué modo puede alguno estar domiciliado en dos lugares.\*
- 25\* Efectos del domicilio impropio.\*
- 26\* El domicilio de algunas personas

- suele á veces serlo de otras que les estan relacionadas.\*
- 27 Quiénes se llaman transeuntes y \*vagabundos.\*
- 28\* De la vecindad en los estados.\*
- 29 Tercera division en eclesiásticos y legos. ¿Qué se entiende por eclesiásticos, y qué por seculares ó legos?\*
- 30 Prerogativas de que gozan los eclesiásticos.
- 31\* Ninguna de ellas es de derecho divino, y si solo un efecto de la consideracion y respeto que los soberanos católicos han dispensado á la Iglesia y á sus ministros.\*
- 32\* Cosas prohibidas a los eclesiásticos.\*
- 33\* De los regulares ó religiosos.\*
- 34\* De la secularizacion y sus efectos, y derogacion de las leyes civiles que imponen coaccion para la observancia de los votos monásticos.\*
- 35\* Disposiciones de las leyes para facilitarla.\*
- 36\* Cuarta division de los hombres en militares y paisanos, y subdivision de aquellos.\*
- 37, 38, 39 y 40\* Privilegios de los militares.\*
- 41\* Quinta division de los hombres en ciudadanos y no ciudadanos.\*
- 42\* Circunstancias que se requieren para gozar de los derechos de ciudadano, y causas porque se pierden ó suspenden en el Distrito federal.\*
- 43 y 44\* De la division de los hombres en libres y siervos.\*
- 45\* Leyes mejicanas relativas á la esclavitud.\*
- 46\* ¿En los paises donde está abolida la esclavitud, puede alguno obligarse á servir, ó locar sus obras perpetuamente?\*
- 47\* En la república es desconocida la division de los hombres en nobles y plebeyos.\*
- 48\* Lo es asimismo la que se hacia por las razas y colores; ¿y qué deba decirse de las leyes, que en sus disposiciones se acomodaban á la diversidad de aquellas?\*

49\* De los pródigios.\*

50\* Ultima division de los hombres en *sui* y *alieni juris*, y subdivision de

aquellos, en unos que estan en tutela ó curaduria, y otros del todo independientes.\*

1. Clasificanse los hombres, segun el estado civil del modo siguiente: 1.º \*ciudadanos, tomada esta voz en un sentido lato\*, y extrangeros: 2.º vecinos de algun pueblo ó transeuntes: 3.º eclesiásticos y legos: 4.º militares y paisanos; y 5.º ciudadanos, tomada esta voz en un sentido estricto, y no ciudadanos\*.

2. \*Ciudadanos, en la primera acepcion que tiene esta palabra, son los miembros de la sociedad civil, que unidos á ella por ciertos deberes y sometidos á su autoridad, participan con igualdad de sus beneficios<sup>2</sup>. A estos se da un nombre gentilicio, derivado del de la nacion, y unos son naturales y otros naturalizados. Naturales, aunque en sentido gramático son únicamente los nacidos en el pais, en las leyes tiene esta palabra mayor extension, y con ella se significan aun otros en quienes no concurre este requisito<sup>3</sup>. Entre nosotros deben distinguirse dos clases de naturales, unos que lo son de la república en general, y otros que tienen esta calidad respecto de algun estado en particular. Las circunstancias y requisitos de los primeros no estan, como debian estarlo, fijadas en la constitucion ó en alguna otra ley general, y por tanto las arreglan por ahora las leyes españolas.\* Conforme á ellas es natural el nacido en el pais de padres, que ambos á dos ó á lo ménos el padre sea asimismo nacido ó esté naturalizado en él. Tambien lo es el nacido en reino extranjerio, de padres ó por lo ménos de padre natural, siempre que se halle en él de paso, ó en servicio de la nacion ó con comision del gobierno. Advirtiéndose que esto se entiende con los hijos legítimos y naturales, ó con los naturales solamente; porque en los espurios las calidades que conforme á lo dicho se requieren en los padres, han de concurrir en las madres<sup>4</sup>. De esta última disposicion inferimos rectamente con Alvarez<sup>5</sup>, que será natural de la república el hijo natural de padre mejicano habido en otros paises con extranjeria ó natural concubina, y cualquier otro ilegítimo

1 Eseriche Diccinar. de legislae. art. *Ciudadano*. Dice serlo: „Cualquier individuo del estado general, y el vecino de alguna ciudad ó de un estado libre, cuya constitucion política le da ciertos derechos.“ Conforme á esta doctrina, esa palabra tiene dos acepciones, de las que á la primera llamamos lata, y á la segunda estricta. En aquella significacion la toma Vattel en la cita que de él vamos á hacer, y la ley de 12 de julio de 1830 art. 34 part. 1. En la segunda está tomada en todas aquellas disposiciones, en que tratándose, por ejemplo, de los requisitos para obtener algun cargo, se

exige ser *ciudadano* en ejercicio de sus derechos.—E.

2 Vattel *Derecho de gentes* lib. 1, cap. 19 n. 212.

3 Don *Derecho público* lib. 1, tit. 7 n. 2. En las leyes de Partida la voz *naturalidad*, significa tambien á veces lo mismo que vecindad, como puede verse en la 2 tit. 24 p. 4 al fin.

4 L. 19 tit. 3 lib. 1 de la R., ó 7 tit. 14 lib. 1 de la N.

5 Instituciones lib. 1 tit. 3 § 2.

habido por un extranjero en alguna mejicana dentro ó fuera de la república\*. Palacios<sup>1</sup> dice que por la ley citada se declara los que son naturales del reino, pero es para poder obtener en él beneficios eclesiásticos, y que no halla ley expresa y general que diga quienes deben ser tenidos por naturales para todos los oficios, empleos y privilegios que competen á estos\*. En verdad que solo para ese caso habla la ley; pero sin embargo, todos los autores cuando tratan este punto, la citan como la que ha fijado quiénes son ó no naturales en general, y no tan solo para el limitado efecto de que habla. En nuestro concepto han procedido muy bien: porque además de que esa ley es muy conforme con los principios del derecho público sobre la materia<sup>2</sup>, una de Partida<sup>3</sup> establece que cuando las leyes no decidan expresamente un caso, se juzgue por los que se encuentren decididos, si le son semejantes; cuya circunstancia media á nuestro entender en el de que se trata\*.

3. \*Para que los nacidos en país extranjero de padres mejicanos en los términos explicados, se tengan por naturales, se requieran dos circunstancias, una de parte de los padres, y otra de la de los hijos. Por parte de los primeros es necesario que hayan residido alguna vez en el territorio mejicano<sup>4</sup>, y á los segundos se exige, que vengan á establecerse en él, ó que si continúan fuera, sea en servicio de la nación<sup>5</sup>.\*

4. \*Los que nacen en el mar, si ha sido en las porciones que pertenecen á su nación, nacen en el país, y si ha sido en alta mar, no hay tampoco ninguna razon para distinguirlos de estos; porque no es naturalmente el parage en que se verifica el nacimiento el que trasmite derechos, sino el origen. Si los hijos han nacido en un navio de la nación, se miran como nacidos en el reino; porque es natural considerar los bajeles de una nación como porciones de su territorio, principalmente cuando navegan en un mar libre, puesto que el estado conserva en ellos su jurisdicción. Y como esta se conserva, segun el uso comunmente recibido, aun cuando se hallen en parages de mar sometidos á una potencia extranjera, todos los hijos que nacen en los buques de una nación se consideran como nacidos en su territorio. Por la misma razon, los que nacen en un navio extranjero se mirarán como nacidos en país extranjero; á ménos que se verifique en el puerto mismo de la nación, porque este pertenece con mas particularidad al territorio, y porque la madre no está fuera de su país, aunque se halle en aquel momento en un

1 Nota al cap. 2 tit. 5 lib. 1 de las Instituciones de Castilla de Asso y Manuel.

2 Véase a Vattel, *Derecho de gentes* lib. 1 cap. 19.

3 L. 36 tit. 34 part. 7.

4 Arts. 9 y 10 de la ley de 14 de abril de 1828.

5 L. 8 tit. 14 lib. 1 de la N.

buque extranjero, suponiendo que ella y su marido no hallan dejado la patria para establecerse en otra parte\*.

5. \*Las leyes de Indias<sup>2</sup> declaraban natural y originario de España á cualquier hijo de extranjero nacido en ella, mandando que en cuanto á esto se observasen en Indias las leyes. Nosotros creemos que estas disposiciones estan muy limitadas por nuestro derecho patrio<sup>3</sup>, que asigna la manera con que han de naturalizarse los hijos de extranjeros no naturalizados nacidos en el territorio de la república, y por lo mismo supone que no son naturales. Acaso pudiera decirse que esas leyes deben entenderse conforme á los principios sentados en el n.º 2; pero como usan de la voz *cualquier* que en sí contiene mucha generalidad, alejan en su inteligencia toda restriccion\*.

6. \*Respecto de la naturaleza particular ó de los estados, en todas sus constituciones se ha declarado que son naturales los nacidos en su territorio; y por paridad de razon creemos que podrá aplicarse á ellos todo lo que va dicho sobre naturaleza general\*.

7. \*La nación ó sus representantes pueden conceder á un extranjero la cualidad de ciudadano, agregándole al cuerpo de la sociedad política, cuyo acto se llama *naturalizacion*<sup>4</sup>, y á los que se concede, *naturalizados*. Aquí tambien tiene lugar la distincion de general y particular que hicimos hablando de la naturaleza. Los requisitos para la primera, cuya determinacion se reservó al congreso general<sup>5</sup>, estan ya fijados por una ley<sup>6</sup>. Ante todo es necesario advertir que los extranjeros que se hallaban en la república en 24 de febrero de 1822, estan naturalizados en virtud de un decreto de esa fecha que declaró iguales en derechos civiles á todos los habitantes de la nación (entónces imperio), cualquiera que fuese su origen en las cuatros partes del mundo<sup>7</sup>. La carta de naturaleza hoy pueden pedirla: 1.º Los extranjeros que hayan residido dentro de los límites de la república por espacio de dos años continuos<sup>8</sup>, los cuales no se juzgarán interrumpidos por la ausencia á países extranjeros, siempre que sea con pasaporte del gobierno y no exceda de ocho meses<sup>9</sup>. Para conseguirla, al fin del primer año se presentará el aspirante por escrito al ayuntamiento del lugar donde resida, haciendo manifestacion del designio que tiene de establecerse en el país, y pidiendo se le dé testimonio de ella. 1.º Pasados los dos años, producirá ante el juez de distrito ó de circuito mas cercanos al lugar de su residencia, con citacion en el primero del promotor fiscal,

1 Vattel lug. cit. n. 216.

2 LL. 15 y 27 tit. 27 lib. 9 de la R. de Ind.

3 Art. 11 de la ley de 14 de abril de 1828.

4 Vattel lug. cit. n. 214.

5 Part. 26 del art. 48 de la Const. fed.

6 Ley citada de 14 de abril de 1828.

7 Sala Ilust. al derecho lib. 1 tit. 2 n. 15.

8 Art. 1 de la cit. ley de 14 de abril.

9 Art. 7 de la misma.

10 Art. 3 de id.

de que tiene giro, industria útil ó renta de que mantenerse, debiendo expresar los testigos cual es, y de que tiene buena conducta. Con esta informacion y con el testimonio de la manifestacion hecha al ayuntamiento, se presentará al gobernador del Estado, ó jefe político principal del Distrito ó Territorios, pidiendo su carta de naturaleza, en una exposicion que contenga renuncia expresa de toda suision y obediencia á cualquiera nacion ó gobierno extranjero, especialmente de aquel á que pertenezca; renuncia igualmente de todo título condecoracion ó gracia que haya obtenido de cualquiera gobierno, y protesta de que sostendrá la constitucion, acta constitutiva y leyes generales de la república. Verificadas estas condiciones, se le expedirá la carta de naturaleza por alguna de las autoridades políticas mencionadas á quien haya ocurrido<sup>1</sup>. 2.º Los hijos de los extranjeros no naturalizados nacidos en el territorio mejicano, podrán obtener carta de naturaleza, siempre que dentro del año que siga á su emancipacion se presenten ante el gobernador del Estado, Distrito ó Territorio en donde quieran residir<sup>2</sup>. 3.º Todo empresario que venga con objeto de colonizar, y que conforme á la ley general y particular del estado respectivo lo verifique, tendrá derecho á pedir carta de naturaleza, la que se le concederá jurando la debida obediencia á la constitucion y leyes<sup>3</sup>. 4.º Los colonos que vengan con objeto de poblar en los terrenos colonizables, serán tenidos por naturales pasado un año de su establecimiento<sup>4</sup>. 5.º Los extranjeros que estando en el servicio de la marina en la clase de soldados ó marineros, ó matriculados en ella, declaren ante la autoridad política mas inmediata al lugar de su residencia, que quieren naturalizarse, se tendrán por naturalizados prestando en manos de la misma autoridad juramento de sostener la constitucion, acta constitutiva y leyes generales; de que renuncian toda suision y obediencia de cualquiera dominacion ó gobierno extranjero, como tambien á todo título, condecoracion ó gracia que no sea de la nacion mejicana<sup>5</sup>.

8. \*No pueden concederse cartas de naturaleza á los súbditos ó ciudadanos de las naciones con quienes se halle en guerra la república<sup>6</sup>. La naturalizacion concedida al marido comprende tambien á la muger y á los hijos no emancipados<sup>7</sup>. Y en virtud de ella adquieren los mismos derechos y fueros que los mejicanos<sup>8</sup>, y pueden

1 Arts. 2, 4, 5 y 6 de la ley de 14 de abril de 1828.

2 Art. 11 de id.

3 Art. 13 de id.

4 Art. 14 de id.

5 Art. 15 de id.

6 Art. 17 de id.

7 Art. 8 de id.

8 Arg. del decreto de 16 de mayo de 1823.

obtener los empleos y cargos públicos<sup>1</sup> teniendo todos los demas requisitos que exijan las leyes, y no requiriendo estas que los que los hayan de optar sean ciudadanos mejicanos por nacimiento. Así es que pueden ser individuos del congreso general, con tal que sobre la naturalizacion tengan ocho años de residencia en la república, y una propiedad raiz del valor de ocho mil pesos, ó una industria que les produzca mil cada año<sup>2</sup>; aunque siendo militares que hayan hecho servicios á la independencia, les bastan los ocho años de vecindad, y siendo nacidos en cualquiera parte de las Américas que se hayan hecho independientes de España, solo necesitan tres años<sup>3</sup>. Mas no pueden, sin embargo de estar naturalizados, ser presidentes ó vice-presidentes de la república<sup>4</sup>, secretarios del despacho<sup>5</sup>, individuos de la Corte de justicia, sino los nacidos en la América ántes española con cinco años de vecindad<sup>6</sup>, obispos<sup>7</sup>, jueces de hecho para el *juri* de libertad de imprenta<sup>8</sup>, ni corredores<sup>9</sup>; porque para todas estas funciones exigen las leyes citadas ser mejicanos por nacimiento\*.

9. A la vez que la naturalizacion da á los extranjeros los mismos derechos que á los ciudadanos del pais, así tambien los sujeta á las mismas cargas y obligaciones que á estos impongan las leyes<sup>10</sup>. \*Segun derecho natural, dice la regla<sup>11</sup>, *aquel debe sentir el embargo de la cosa, que ha el pro de ella*\*.

10. \*La naturalizacion se pierde, por contraerla en pais extranjero, por la admision de empleo, renta ó condecoracion de otro gobierno<sup>12</sup>\*, y por el crimen de lesa nacion<sup>13</sup>.

11. \*Por lo que hace á la naturalizacion particular de los estados, que habilita en ellos para gozar varios derechos y poder optar ciertos empleos, es indispensable consultar sus constituciones y leyes particulares; advirtiendo que en todos *se reputa por natural*, ó en otros términos, se naturaliza el que siendo natural de la república se hace vecino del estado\*.

12. \*Extranjeros son aquellos, que siendo de otro pais y vasallos de otro estado diferente de aquel en donde se encuentran, no estan en él naturalizados<sup>14</sup>. La república ofrece á los extranjeros que vengan á establecerse en su territorio, seguridad en sus perso-

1 Sala. Ilust. al derecho lib. 1 tit. 2 n. 16.

2 Art. 20 de la Const. fed.

3 Art. 21 de id.

4 Art. 76 de id.

5 Art. 121 de id.

6 Art. 125 de id.

7 Art. 1 ley de 17 de febrero de 1830.

8 Art. 4 ley de 14 de octubre de 1828.

9 C. 5 de la ley 66 tit. 4 lib. 2 de la R., ó

ley 1 tit. 11 lib. 6 de la N.

10 Arg. del decreto de 16 de mayo cit.

11 Regla 29 tit. 34 part. 7.

12 Art. 12 de la ley de 14 de abril cit.

13 L. 5 tit. 24 part. 4. 2.ª part. del aut. acord.

22 tit. 4 lib. 6 de la R., ó ley 3 al fin

tit. 4 lib. 6 de la N.

14 Domat *Derecho público* lib. 1. tit. 6 secc.

4 n. 2.

uas y propiedades, con tal que se sujeten á las leyes del país.<sup>1</sup> Mas para que puedan introducirse y transitar por el territorio mejicano, es necesario que obtengan pasaporte del gobierno general:<sup>2</sup> advirtiéndose que por la frontera del Norte está prohibida á los extranjeros la entrada bajo cualquier pretexto, sin estar provistos de un pasaporte expedido por los agentes de la república en el punto de su procedencia.<sup>3</sup>\*

13. Los extranjeros, conforme á las leyes antiguas, no pueden obtener beneficios eclesiásticos ni pensiones sobre ellos<sup>4</sup>, y esto segun el derecho de España ni aun siendo naturalizados<sup>5</sup>; pero una ley de Indias<sup>6</sup> limita aquella prohibicion cuando concorra esta circunstancia\*. Tampoco son capaces de cargo alguno público de los pueblos<sup>7</sup>\*. En la república, siempre que se introduzcan y establezcan con arreglo á lo que dejamos dicho, estan bajo la proteccion de las leyes, y gozan de los derechos civiles que ellas conceden á los mejicanos, á excepcion del de adquirir propiedad territorial rústica que no pueden obtener los no naturalizados<sup>8</sup>; siendo denunciabiles por cualquier mejicano las propiedades que se adquieran en fraude y contraviniéndose á lo expuesto, las que se aplicarán al denunciador justificado que sea el fraude<sup>9</sup>. Sin embargo, pueden intentar los extranjeros no naturalizados la compra y colonizacion de terrenos de propiedad particular, obteniendo permiso especial del congreso general si la compra y colonizacion fuere en los Territorios, y de los congresos particulares si fueren en los Estados<sup>10</sup>; los que darán ó no el permiso que se les pida, imponiendo las condiciones que crean convenientes, y estipulándose siempre las que previene la ley<sup>11</sup>. Pueden asimismo, sin que obste la prohibicion referida<sup>12</sup>, pactar con los dueños de minas que necesitan habilitacion, toda clase de avíos en los términos que ambas partes tengan por conveniente, hasta poder adquirir en propiedad acciones en las negociaciones que habiliten, estando entretanto suspensas las disposiciones antiguas que lo vedaban<sup>13</sup>. Pero esto se entiende en el concepto de que han de sujetarse á las ordenanzas del ramo en el laborio de las minas y beneficios de los metales, y á las demas obligaciones y cargas con que la nacion concede la propiedad de tales fundos á todo ciudadano; y de que queda vigente la prohibicion

1 Art. 1 de la ley de 18 de agosto de 1824.  
2 Art. 1 de la ley de 12 de marzo de 1828.  
3 Art. 9 de la de 6 de abril de 1830.  
4 LL. 18 y 19 tit. 3 lib. 1 de la R., ó 7 tit. 14 y 1 tit. 23 lib. 1 de la N.  
5 C. 5 de la 66 tit. 4 lib. 2 de la R., ó 1 tit. 11 lib. 6 de N.  
6 L. 31 tit. 6 lib. 1 de la Rec. de Ind.  
7 LL. 2 y 27 tit. 3 lib. 1 de la R., ó 2 tit.

5 lib. 7 de la N.  
8 Art. 6 de la citada ley de 12 de marzo.  
9 Art. 11 de id.  
10 Art. 9 de id.  
11 Art. 10 de id.  
12 Art. 7 de id.  
13 Arts. 1 y 2 de la ley de 7 de octubre de 1823 en donde se citan dichas disposiciones.

que tienen dichos extranjeros no naturalizados, de registrar minas nuevas, denunciar las desamparadas, y adquirir parte en otras que las que habiliten, sea cual fuere el título con que pudieran coonestar su adquisicion<sup>14</sup>.\*

14. \*Ya hemos visto que nuestras leyes permiten á los extranjeros la entrada en el país, bajo la condicion de que se sujeten á ellas: entendiéndose esta sujecion á las leyes generales establecidas para mantener el buen orden, y que no se refieren á la calidad de súbdito ó ciudadano del estado. La seguridad pública y los derechos nacionales exigen necesariamente aquella condicion. Además, el imperio es el derecho de mandar en todo el país; y las leyes no se limitan á arreglar la conducta de los ciudadanos entre sí, sino que determinan lo que debe observar cualquiera clase de personas en toda la extension del territorio<sup>15</sup>. Del mismo principio de la seguridad nacional inferimos tambien con Suarez<sup>16</sup> contra otros, que el legislador puede dar leyes relativas solamente á los extranjeros, y que estos tendrán obligacion de observarlas del mismo modo que las comunes á todos los súbditos. Y por último es tambien una consecuencia de él, que los extranjeros no naturalizados, cuya permanencia califique el gobierno de perjudicial al orden público, puedan ser expulsados, aun cuando se hayan introducido con arreglo á las leyes<sup>17</sup>; lo que en nuestro concepto no podrá tener lugar respecto de los súbditos de aquellas naciones, á quienes se haya concedido en los respectivos tratados una completa proteccion á sus personas; pues esta se violaria si fuesen expulsados de la república por la sola calificacion del gobierno, sin que precediese la formacion de una causa, ú otra prueba de que eran dañosos al estado\*.

15. \*En virtud de esta sumision, los extranjeros que cometen algun delito deben ser castigados conforme á las leyes del país; porque el objeto de las penas es hacer que se respeten las leyes, y mantener el orden y la seguridad<sup>18</sup>. Por la misma razon las disputas que se susciten entre los extranjeros, ó entre un extranjero y un ciudadano, debe terminarse el juez del parage segun las leyes que rigen en él<sup>19</sup>; á no ser que el litigio se haya movido por razon de algun contrato celebrado en otra nacion, en cuyo caso se habrá siempre de decidir por el juez del lugar, pero arreglándose á las leyes de aquella<sup>20</sup>.\*

16. \*El extranjero, en agradecimiento á la proteccion que se le concede y á otros beneficios que disfruta, no debe limitarse á res-

1 Art. 3 cit. ley de 7 de octubre.  
2 Vattel *Derecho de gentes* lib. 2 cap. 8 n. 101.  
3 *De legibus* lib. 3 cap. 33 n. 7.  
4 Decr. de 22 de febrero de 1832.

5 LL. 15 tit. 1 part. 1 y 8 tit. 36 lib. 12 de la N.  
6 Vattel *lug. cit.* n. 103.  
7 L. 15 tit. 14 part. 3.

petar las leyes del país, sino que debe ayudarle cuando llegue la ocasión, y contribuir á su defensa en cuanto se lo permita su calidad de ciudadano de otro Estado<sup>1</sup>. Es cierto que no puede estar sujeto á las cargas que pertenecen únicamente á la calidad de ciudadano; pero debe sufrir su parte en todas las demas: y aunque está exento de oficios concejiles, tutelas, curadurías, milicias, contribuciones y otras cargas personales<sup>2</sup>; deberá pagar, como dicen Suarez<sup>3</sup> y Vattel<sup>4</sup>, los impuestos sobre viveres, mercaderías, y en una palabra, todos los establecidos por razon de las cosas que existan, y acciones que se practiquen en aquel lugar.

17. \*Lo que hemos dicho hasta aquí, es comun á los extranjeros en general: ahora hablaremos, siguiendo el método de Dou<sup>5</sup>, de los extranjeros en particular, ó de los derechos que los súbditos de algunas naciones disfrutan en la república en virtud de los tratados celebrados con sus respectivos gobiernos. En nuestros tratados con Inglaterra<sup>6</sup>, el reino de Hannover<sup>7</sup>, Países-Bajos<sup>8</sup>, Dinamarca<sup>9</sup>, Estados Unidos de Norte-América<sup>10</sup> y Sajonia<sup>11</sup>, además de muchas cosas relativas al comercio que pueden verse en ellos, se ha estipulado que todo comerciante, comandante de buque y demás súbditos de esas naciones, gozarán en la república de una entera libertad de vigilar por sí mismos sus negocios, ó confiar su gestión á quien mejor les pareciere, sea corredor, factor, agente ó intérprete: que no serán obligados á emplear para este objeto otras personas que aquellas empleadas para el mismo fin por los mejicanos, ni les pagarán mas salario ó retribución que el que les sea abonado por estos últimos en igualdad de circunstancias. Del propio modo, todo vendedor ó comprador tendrá la libertad de fijar el precio de sus efectos y mercancías, cualesquiera que sean, sujetándose siempre á las leyes del país, las que tambien observarán en todo lo relativo á la policia de los puertos, carga y descarga de buques, seguridad de las mercancías, bienes y efectos. Están exentos de todo servicio forzoso sin excepcion, por mar ó por tierra: no se les impondrá especialmente á ellos, préstamos forzosos: sus propiedades no estarán sujetas á otras cargas ó impuestos que los que se paguen por los naturales del país; y así en ellas como en sus personas gozarán de la mas constante y completa proteccion. Tendrán libre acceso á los tribunales de justicia para la prosecucion y defensa de sus derechos; pudiendo emplear al efecto á los

1 Vattel lug. cit. n. 105.

2 2.ª parte del aut. 22 tit. 4 lib. 6, ó ley 3 tit. 11 lib. 6 de la N.

3 Lug. cit. n. 14.

4 Lug. cit. n. 106.

5 Derecho público, lib. 1. t. 7. n. 30.

6 Publicados en 25 de octubre de 1827.

7 En 29 de octubre de 1829.

8 En 6 de julio de 1829.

9 En 29 de octubre de 1829.

10 En 27 de febrero de 1833.

11 En 20 de abril de 1833.

abogados, procuradores y agentes de todas clases que juzguen conveniente. En lo que concierne á la sucesion y herencia de las propiedades personales por testamento ó de otro modo cualquiera, y al derecho de disponer de ella por venta, donacion, permuta, testamento ó en otra manera, gozarán de los mismos privilegios que los naturales. No serán inquietados en manera alguna á causa de su religion, con tal que respeten la del país, como tambien su constitucion, leyes y costumbres. Finalmente, gozarán el privilegio de poder ser enterrados en los lugares destinados al objeto; no pudiendo por ningun modo ni pretexto, ser perturbados los funerales y sepulcros. Los individuos de las repúblicas de Chile y del Perú gozan respectivamente de las mismas franquicias, y además desde su entrada al territorio mejicano son acreedores á las consideraciones, derechos y garantías que por las leyes merecen los que han obtenido carta de naturaleza, con tal solo que acrediten que en su país estan en posesion y goce de naturalizados, nativos ó ciudadanos de él; pudiendo en consecuencia, luego que acrediten cualquiera de las calidades antedichas, solicitar y obtener carta de ciudadanía, observando solo las demas condiciones que se exigen para ello por las leyes á los ya naturalizados: así se estipuló en nuestros tratados con dichas repúblicas<sup>1</sup>.

18. \*Acerca de los súbditos de la nacion española, hay tambien varias disposiciones particulares para mientras dure la guerra con España, y esta no reconozca la independenciam: podrán verse en las mismas leyes que las establecieron<sup>2</sup>.

19. Pasando ahora á la segunda division, la palabra *vecino*, tomada en sentido lato, significa el que habita en un pueblo, y es tenido y reputado por tal, segun el concepto de sus habitantes; esta clase de vecindad basta para ser testigo en los testamentos nuncupativos<sup>3</sup>;\* y de la misma creemos se habla en aquella disposicion constitucional<sup>4</sup> que exige por lo ménos dos años de vecindad para poder ser elegido diputado ó senador por algun estado, cuando no se ha nacido en él.\* Pero propiamente y en sentido rigoroso, se dice *vecino*, el que tiene establecido en algun lugar su domicilio.\* Domicilio es la habitacion fija en algun parage, con la intencion de permanecer allí siempre, y puede ser ó *natural* ó *de origen*, y *adquirido*. *Domicilio natural* ó *de origen*, es aquel que nos da el nacimiento en donde nuestro padre tiene el suyo; y se considera que le conservamos mientras no le abandonamos para tomar otro. *Domicilio*

1 Publicados en el Distrito en 29 de enero de 1834.

2 Decretos de 8 de abril de 1833, 25 de abril de 1826, 10 de marzo y 20 de diciembre de 1827, 20 de marzo y 6 de mayo

de 1829, 26 de enero, 29 de julio y 20 de octubre de 1833.

3 Acoveado en la l. 1. t. 3. l. 7. R.

4 Part. 2 del art. 19.

*adquirido*, es aquel en que nos establecemos por nuestra propia voluntad<sup>1</sup>.\*

20. \*La intencion de fijarse en algun lugar, que unida á la habitacion en él, constituye como hemos dicho, el domicilio, puede manifestarse ó por medio de una declaracion expresa, ó de un modo tácito<sup>2</sup>. Del primer caso creemos ser un ejemplo la doctrina de Acevedo<sup>3</sup> que enseña\* adquirirse vecindad, cuando alguno es recibido como vecino por el ayuntamiento del lugar, y da fiadores de que permanecerá en él diez años, sujetándose á las cargas y tributos vecinales, y tambien cuando pide y obtiene vecindad en algun pueblo<sup>4</sup>. Respecto del segundo, serán en nuestro concepto bastantes para dar á conocer la intencion de establecerse en aquel lugar, todos aquellos hechos, de los que atendiendo al comun modo de obrar de los hombres, pueda deducirse así. Por lo mismo prueban este ánimo no solo la habitacion por espacio de diez años<sup>5</sup>, sino tambien el vender las posesiones que uno tenia en el lugar de su antigua residencia, y comprar otras en aquel donde nuevamente mora<sup>6</sup>,\* el ejercer, (cuando se trata de algun oficial mecánico) su oficio en aquel lugar, el tener tienda en que vender por menor<sup>7</sup>, y otros de esta naturaleza.\*

21. \*Como el domicilio sea el lugar donde uno reside, no hay diferencia en que habite la casa propia ó la agena que tenga alquilada ó posea con otro título; y por lo mismo, conforme á los principios del derecho comun, no se considera vecino de un lugar al que tiene en él solamente una cosa propia sin habitarla ni estar establecido allí<sup>8</sup>.\*

22. \*Tambien se divide el domicilio en propio é impropio, ó cuasi domicilio<sup>9</sup>. Domicilio propio, al que Domat<sup>10</sup> llama principal, es segun lo describe este célebre escritor, el lugar donde uno tiene su asiento y el centro de sus negocios é intereses; en donde tiene sus papeles, de donde no se separa sino por alguna causa particular; del que cuando está ausente se dice que está de viaje, y cuando ha regresado se dice que está de vuelta; en donde pasa las fiestas principales del año, paga las cargas y goza los privilegios conce-

1 Vattel *Derecho de gentes*, lib. 1. cap. 19. n. 217.

2 El mismo.

3 Acevedo en dicha ley 1. &c.

4 2.<sup>a</sup> part. del aut. 22. t. 4. l. 6., ó l. 3. t. 11. lib. 6. de la N.

5 LL. 2. t. 24. p. 4. 5. t. 2. l. 7. R., ó 6. t. 4. l. 7. N. y arg. de la 32. t. 2. p. 3.

6 Greg. Lop. en dicha l. 32. gl. 12 y el auto cit.

7 Cit. aut.

8 Domat *Derecho público*, lib. 1. t. 16. sec. 2. n. 5. Se dijo que conforme al derecho comun, porque en el estado de Méjico, como dispone el art. 19 de su constitucion, es vecino de él, el que sea dueño de alguna propiedad raiz, valiosa á lo menos en seis mil pesos, contando de poseerla un año ó mas, sin que sea necesaria la residencia.—E.

9 Dou *Derecho público*, lib. 1. t. 6. n. 2.

10 Domat *Derecho público*, lug. cit. n. 4.

dados á los habitantes. Cuasi domicilio es, como dice Dou<sup>1</sup>, aquel lugar que no lo es propiamente, sino solo en algun sentido ó para determinados efectos. A esta especie pertenecen el domicilio de origen<sup>2</sup>, cuando uno lo ha abandonado y se establece en otro; el que tienen los que gozan alguna dignidad, ó desempeñan alguna comision ó empleo que los precise á residir por algun tiempo en determinado lugar, teniendo su ordinaria morada en otro; en cuyo número se comprenden asimismo los escolares que estudian fuera del lugar de la residencia de su familia<sup>3</sup>.\*

23. \*Los efectos del domicilio propio consisten, en que los que lo tienen en alguna parte, como miembros del cuerpo político y partes de su poblacion, están obligados á las contribuciones y cargas concejiles<sup>4</sup>; pero á la vez, como quien sufre la incomodidad debe tambien gozar el provecho<sup>5</sup>, se tiene por igualmente justo que ellos exclusivamente disfruten el uso de los pastos, aguas y de las otras cosas propias del lugar<sup>6</sup>, y obtengan los oficios de utilidad y honores municipales<sup>7</sup>.\*

24. \*Aunque conforme á la idea que hemos dado del domicilio propio, es difícil que uno lo tenga en dos parages simultáneamente, sin embargo puede verificarse alguna vez el caso si habita en diferentes lugares, alternando sin preferencia de uno á otro, viviendo, tratando y contratando igualmente en entrambos<sup>8</sup>. En tales circunstancias, dice Dou<sup>9</sup>, que el que se hallare en ellas está obligado á sufrir las cargas concejiles en los dos pueblos, conforme disponia el derecho romano; pero Domat<sup>10</sup> lleva la contraria, notando ademas su traductor Trespalacios, que el uso no permite imponer estas cargas á uno mismo en dos diferentes lugares, cuando tuviese domicilio en cada uno; y por tanto que no se observa en ese punto el derecho romano.\*

25. \*En orden á los que tienen domicilio impropio, no tiene lugar lo dicho en el núm. 23 de los domiciliados propios, pues en ellos no milita el motivo de ser partes ó miembros de aquella poblacion. Con todo, para varios efectos del derecho canónico se autoriza el cuasi domicilio, como para la participacion de los sacramentos, proclamas de matrimonio, y asuntos semejantes; y aun para algunos efectos civiles, como el de la competencia de fuero, pudiendo alguno ser demandado en el lugar de su cuasi domicilio<sup>11</sup>. Res-

1 Lug. cit. n. 8.

2 El mismo.

3 Domat lug. cit. n. 2 y 3.

4 L. 6. t. 10. lib. 4. R. 1.

5 Regla 39. t. 34. p. 7.

6 L. 9. al fin, t. 28. part. 3.

7 LL. 5. t. 2. y l. t. 3. l. 7. de la R., ó 6. t. 4. y l. t. 5. l. 7. N.

8 Los AA. citados en dichos lugares.

9 Lug. cit. n. 11.

10 Lug. cit. n. 6.

11 Dou lug. cit. n. 14.



pecto del de origen así lo dispone expresamente una ley de Partida cuando el reo se halle en él; mas Dou observa que en la práctica es ya de ningún uso esta especie de cuasi domicilio<sup>2</sup>.\*

26. \*Hay algunas personas unidas entre sí con vínculos tan estrechos, que el domicilio de la una lo es también de la otra. Por esta razón el domicilio de los hijos es el mismo de sus padres, hasta que llegan á la edad de establecerse en otro lugar, lo que pueden hacer cuando se hayan emancipado<sup>3</sup>. Del mismo modo, reputándose el marido y la mujer por una sola persona en virtud del matrimonio, el domicilio del marido es el de la mujer<sup>4</sup>, y esta no puede tener otro, por estar obligada á vivir con el marido. Las viudas retienen el domicilio que tenían sus maridos al tiempo de su muerte; y si vuelven á casarse, su domicilio será el del segundo marido<sup>5</sup>. Siendo de advertir que el matrimonio no muda el domicilio de la mujer hasta que se haya contraído; de manera que durante los esponsales, la esposa aun conserva su domicilio<sup>6</sup>.\*

27. Transeúntes son los que viven ó se hallan de paso en algun lugar sin ser vecinos de él. \*Vagamundos son aquellas gentes que no tienen domicilio<sup>7</sup>.\*

28. \*Por lo que hace á los estados, sus leyes respectivas han fijado el tiempo y requisitos necesarios para ganar vecindad en ellos, y quedar por lo mismo sujeto á sus cargas, y habilitado para obtener sus empleos; bastando en alguno, como ya se ha notado, tener bienes raíces de cierto valor en su territorio, aunque no se resida en él.\*

29. Acerca de la tercera 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.ª tit. 7 part. 1.ª, 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. También es de notar que regularmente se suele usar la voz seglar ó secular para designar al lego en contraposicion al eclesiástico.

30. Los eclesiásticos gozan segun las leyes, de las prerogativas siguientes. 1.ª Estan exentos de las cargas personales, aunque tienen obligacion de contribuir para la construccion y reparo de puentes, caminos y otras obras de utilidad pública<sup>8</sup>; bien entendido que

1 L. 32. al princ. t. 2. p. 3.

2 Lug. cit.

3 Domat, lug. cit. n. 10.

4 LL. 32. vers. La tercera, t. 2. p. 3. 2.ª part. del aut. 22. t. 4. l. 6., ó 3. t. 11. l. 6. N.

5 L. 22. § 1. D. Ad municip.

6 L. 32. D. eod.

7 Vattel. Derecho de gentes, lib. 1. cap. 19. n. 219.

8 LL. 51 y 54. t. 6. p. 1. Greg. Lop. en la gl. 5. de la 51.

á esto no los puede apremiar el juez lego sino el eclesiástico. Con las leyes de Partida citadas concuerdan otras dos de la Novísima Recopilacion, las cuales dicen que faltando bienes del consejo, deben contribuir y ayudar en las contribuciones que son para utilidad comun<sup>1</sup>. Segun Acevedo en el comentario de las 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. \*2.ª Tanto los eclesiásticos regulares como los seculares, ya ordenados *in sacris*, ya de menores ó tonsurados, que guarden las condiciones que para gozar fuero prescriben el Concilio de Trento y las leyes<sup>2</sup>, estan exceptuados del servicio militar<sup>3</sup>. \*3.ª Asimismo estan libres, como tambien las iglesias ó monasterios, de pagar el derecho de alcabala por las ventas ó trueques que hicieren de sus bienes por lo que á ellos toca; mas no de lo que vendieren por via de mercadería, trato y negociacion<sup>4</sup>. \*En consecuencia no se puede pedir alcabala á las iglesias, conventos, monasterios de frailes y de monjas, ni á los clérigos seculares ó regulares en comun, de las ventas y trueques que hicieren de los frutos naturales é industriales de sus haciendas, beneficios, diezmos, primicias, obviaciones, ú otros emolumentos ó limosnas que les hicieren: advirtiéndose respecto de las comunidades mencionadas, que han de haber sido erigidas con arreglo á las leyes, que las haciendas les han de pertenecer á ellas ó las iglesias por su primera dotacion ó fundacion, ó han de haber sido adquiridas por herencia, legado ó donacion ántes del dia 4 de diciembre de 1786; porque si fueren compradas, ó tomadas en arrendamiento, ó adquiridas de cualquier modo despues de dicho dia, deberán pagar alcabala en la venta de sus frutos; pues cuando concurren las dos primeras circunstancias, es claro que se procede por via de negociacion<sup>5</sup>; y por

1 LL. 11 y 12. t. 3. l. 1. R., ó 6 y 7. t. 9. l. 1. N.

2 L. 2. tit. 4. lib. 1. R., ó 7. t. 10. l. 1. N.

3 Arts. 42. t. 2. de la Declar. de Milicias de 1767, 1 de la ley de 3 de agosto de 1822 y 16 de la de 29 de diciembre de 1827.

4 LL. 2. tit. 4. lib. 1. R., ó 7. tit. 1. lib. 10. N. 6 y 7. t. 18. l. 9. R. 8. t. 9. l. 1. N. y 17. t. 13. l. 8. de la R. de Ind.

5 Orden del gobierno de 29 de diciembre de 1780, comunicada en circular de 9 de enero de 1782, que copiaremos aqui á pesar de ser muy larga, por no estar en los autos acordados del Sr. Beleña y ser de uso frecuente. —Circular. —Por decreto de 29 de diciembre de 1780, librado en conformidad de lo pedido en 8 y 17 del anterior noviembre por el Sr. D. Manuel

Martinez Merino, fiscal que entonces era de esta real audiencia, se sirvió declarar el Exmo. Sr. Virey, que la exaccion de la alcabala que adeudan los cuerpos eclesiásticos, comunidades regulares y clero secular, se haga por ahora é interin S. M. resuelve lo que sea de su real agrado con arreglo á las leyes del reino, á las ordenanzas del ramo y al auto de la última visita general, expedido en 17 de diciembre de 1770 (inserto en los acordados del Sr. Beleña, y es el 41, 3 foliage de su primer tomo) en la parte que se conforma con las mismas leyes. —A consecuencia no cobrará V. alcabala á las iglesias, conventos, monasterios de frailes y de monjas, ni á los clérigos seculares ó regulares en comun de las ventas y trueques que hicieren de los frutos naturales ó industriales de sus haciendas, de sus beneficios, diezmos, primicias,

lo que hace á la última, ha de tenerse presente que en ese día se expidió la Ordenanza de intendentes, en cuyo art. 143 se manda observar desde la misma fecha en la Nueva España (nuestra república) el art. 8 del concordato de 1737, que dispone queden sujetos á las mismas cargas que cuando se poseían por legos, los bienes que adquieran desde entónces todas las manos muertas, exceptuando solo los destinados á primeras fundaciones<sup>1</sup>. Los clérigos particulares no se estiman tales, y por lo mismo deben continuar no pagando alcabala de sus haciendas patrimoniales, ó heredadas ó adquiridas por donacion, ó de sus capellanías, ni de sus frutos; pero sí la satisfa-

obvenciones, ú otros emolumentos ó limosnas que les hicieren; entendiéndose que las haciendas han de ser ó pertenecer á las iglesias ó monasterios por su primera dotacion ó fundacion, ó han de ser adquiridas por herencia, legado ó donacion; y si las tales haciendas fueren compradas, ó las iglesias las tomaren en arrendamiento, en tal caso pagarán el indicado derecho, como de todo lo demás que trocaren ó vendieren por vía de mercadería, trato ó negociacion.—Los clérigos particulares no pagarán alcabala de sus haciendas patrimoniales, ó heredadas ó adquiridas por donacion, ó de sus capellanías ni de sus frutos; pero se las pedirá V. y la satisfarán de las haciendas que compraren ó tomaren en arrendamiento, y de todo lo que vendieren por trato de mercadería ó vía de negociacion: porque en este caso, y para efecto de satisfacer el mencionado justo derecho se han de estimar legos; suponiéndose que en el privilegio de no pagarlo no se comprenden los clérigos de corona y de menores órdenes, casados y no casados, que no tuvieren beneficio eclesiástico.—Para fundar cofradías, juntas, colegios ó cabildos de gentes de cualquier clase, aunque sea para cosas y fines piadosos y espirituales, es indispensable conforme á la ley del reino preceda licencia de S. M., autorizada del prelado eclesiástico y aprobacion de estatutos, no pudiendo las cofradías ó juntas estimarse tales, ni usarse de ellas sin este requisito: lo que tendrá V. presente para que en los casos que ocurran exija indistintamente la alcabala á semejantes cuerpos desautorizados y desnudos de privilegios como á cualquier contribuyente, si no es que se justifique estar instituidos y fundados con sujecion á lo que prescribe la citada ley.—Advierta V. que para gozar de la explicada inmunidad y exencion, y precaver los perjuicios y abusos tan reiteradamente reclamados en las leyes, como agenos de los eclesiásticos, deberán estos hacer constar las prefinitas calidades con documentos tan suficientes que las convenza, y sin tal circunstancia procederá á exigir la alcabala en todos los casos y cosas que la adeudan los seculares; recurriendo V. en óvención de resistencia (que no espera) á los respetivos prelados, en el concepto de que el Exmo.

Sr. Virey se ha servido mandar pasar á los Illmos. Sres. Arzobispos y Obispos del reino testimonio de la expuesta declaracion, rogándoles y encargándoles cumplan con su contenido y contribuyan á la debida observancia. Dios &c. Méjico 19 de enero de 1782.—Juan Navarro.—E.

1 El citado artículo 8 mandado observar no solo por la antigua ordenanza de intendentes, sino tambien por el artículo 140 de la nueva de 23 de septiembre de 1803, dice á la letra: „Por la misma razon de los gravísimos impuestos con que estan gravados los bienes de los legos, y de la incapacidad de sobrellevarlos á que se reducirían con el trascurso del tiempo, si aumentándose los bienes que adquieren los eclesiásticos por herencia, donacion, compras, ú otros títulos, se disminuyese la cantidad de aquellos en que hoy tienen los seglares dominio y estan con el gravámen de los tributos regios: ha pedido á su Santidad el rey católico, se sirva ordenar que todos los bienes que los eclesiásticos han adquirido desde el principio de su reinado, ó que en adelante adquirieren con cualquiera título, esten sujetos á aquellas mismas cargas á que lo estan los bienes de los legos. Por tanto, habiendo considerado su Santidad la cantidad y calidad de dichas cargas, y la imposibilidad de soportarlas, á que los legos se reducirían si por orden á los bienes futuros no se tomase alguna providencia: no pudiendo convenir en gravar á todos los eclesiásticos, como se suplica, condescenderá solamente en que todos aquellos bienes, que por cualquier título adquirieren cualquiera iglesia, lugar pío ó comunidad eclesiástica, y por esto cayeren en mano muerta, queden perpetuamente sujetos desde el día en que se confirmare la presente concordia, á todos los impuestos y tributos regios que los legos pagan, á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Y con la condicion de que estos mismos bienes que hubieren de adquirir en lo futuro, queden libres de aquellos impuestos que por concesiones apostólicas pagan los eclesiásticos: y que no puedan los tribunales seglares obligarlos á satisfacerlos, sino que esto lo deben ejecutar los obispos.” Véase asimismo el citado artículo 140.—E.

rán, por lo que dejamos dicho, de todas las que tomaren en arrendamiento ó compraren<sup>1</sup>; cuyo privilegio no se extiende á los clérigos de corona y menores órdenes casados y no casados<sup>2</sup>. 4. Es-tan tambien exentas dichas comunidades de todo impuesto por razon de sus bienes con arreglo al concordato citado; y sin esa restriccion los clérigos particulares<sup>3</sup> de órdenes mayores, ó menores no casados, con beneficio aun en los que comprehen á legos<sup>4</sup>, de quienes no se habló en aquel<sup>5</sup> (a). 5. Gozan por último los eclesiásticos de un fuero privilegiado, como veremos en el libro 3.º

31. \*Acerca del origen de todas estas exenciones y privilegios hay dos diversas opiniones. Algunos afirman que son de derecho divino, y otros, cuyo parecer es hoy casi comun, sostienen que no son otra cosa que un efecto de la consideracion y respeto que los soberanos católicos han dispensado á la Iglesia y á sus ministros. Así pensó el autor de las Partidas, príncipe no ménos célebre por su piedad que por su ciencia. „*Franquezas muchas han los clérigos, dice al principio de la ley 50 tit. 6 part. 1.º, mas que los otros omes, tambien en las personas como en sus cosas: é esto les dieron los emperadores, é los reyes, é los otros señores de las tierras, por honra, é por reverencia de santa Iglesia.*”\*

32. \*Para no apartar á los eclesiásticos del culto divino, y alejarlos al mismo tiempo de muchas ocasiones en que se comprometeria el decoro y dignidad de su alto ministerio, les han prohibido las leyes ser jueces en asuntos que no sean eclesiásticos, ser regidores<sup>6</sup>, procuradores, escribanos y abogados si no es en ciertas causas<sup>7</sup>; y por el derecho canónico con mas generalidad se les veda

1 Circular citada y cédula de 14 de noviembre de 1793.

2 LL. 6 y 7 tit. 18 lib. 9 de la R., 17. al fin tit. 13. lib. 8. R. I. y las demás citadas arriba en union de estas.

3 L. 3 tit. 3 lib. 1 de la R., ó 1 tit. 9 lib. 1 de la N.

4 L. 14 tit. 14 lib. 6 de la R., ó 3 tit. 18 lib. 6 de la N.

5 Sala. *Ilustracion al derecho* lib. 1 tit. 2 n. 12 al fin.

(a) Sobre la exencion de contribuciones de los eclesiásticos, deberá tenerse presente la siguiente Circular del ministro de hacienda, inserta en el núm. 719 del *Noticioso general* del lunes 7 de agosto de 1820. „He dado cuenta al rey de las reclamaciones del cabildo eclesiástico de la santa iglesia metropolitana de Valencia, sobre que se le mantenga en la posesion de la franquicia de derechos de puertas en todos los artículos que consumen sus individuos, y de las solicitudes de varias comunidades religiosas de esta corte y de la ciudad de Leon, relativas al modo de hacer los ajustes de refaccion de que

tratan los artículos 18 y 19 del capítulo 1 de la Instruccion de derecho de puertas de 7 de septiembre de 1818; conformándose S. M. con con el dictámen de su consejo de estado, á quien ha tenido á bien oír en este asunto, se ha servido declarar: que *iguales todos los ciudadanos en las contribuciones*, son puntos ya decididos por la constitucion política de la monarquía española en el art. 7 que dice: „Todo español está obligado á ser fiel á la constitucion, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas.” Y el 8.º: „Tambien está obligado todo español *sin distincion alguna*, á contribuir á proporcion de sus haberes para los gastos del estado.” Y en el artículo 339, á saber: „Las contribuciones se repartiran *entre todos los españoles*, con proporcion á sus facultades, *sin excepcion ni privilegio alguno.*” Madrid 10 de mayo de 1820.—E.

6 Dec. de 21 de septiembre de 1812.

7 LL. 10. t. 3. l. 1., 15. t. 16. l. 2. de la R., ó 5. t. 9. l. 1 y 5. t. 22. l. 5. de la N. y 1. t. 12. lib. 1. de la Rec. de Ind.

toda intervencion ó mezcla en negocios seculares y ajenos de su estado<sup>1</sup>.\*

33. \*Como los regulares ó religiosos renuncian al mundo y todos sus derechos temporales, cuando se consagran exclusivamente á Dios por los votos de pobreza, castidad y obediencia, que pronuncian con toda solemnidad al tiempo de su profesion; se consideran para muchos efectos de las leyes como hombres ya muertos<sup>2</sup>, y por esto se dice que la profesion religiosa es una especie de muerte civil. De aquí es, que no gozan los derechos políticos ó de ciudadano<sup>3</sup>, son incapaces de las herencias intestadas de sus parientes<sup>4</sup>, no pueden ser tutores, ni obtener cargos públicos, ni celebrar contratos, ni mezclarse en negocios ó dependencias del siglo, bajo ningun pretexto aunque sea de piedad, si no es en cosas tocantes á su respectiva religion, y con licencia escrita de su prelado<sup>5</sup>, á quien estan de tal modo sujetos en virtud del voto de obediencia, que los cánones los consideran sin voluntad<sup>6</sup>.

34. \*Los religiosos, obteniendo rescripto del Sumo Pontífice, pueden secularizarse ó salir del estado de regulares; en cuyo caso recobran sus antiguos derechos así civiles como políticos<sup>7</sup>. Además, tienen derecho á que el convento les restituya los bienes que le hubieren dejado en testamento ú otra disposicion hecha ántes de profesar, como igualmente los que poseyere por cualquier otro título en representacion suya; pues las renunciaciones, traspasos ó disposiciones hechas por los religiosos á favor del convento, no se suponen simples y absolutas, sino limitadas por la tácita condicion de que hayan de perseverar y morir en el instituto que abrazaron; de suerte que si despues dejan de ser súbditos ó individuos de la religion ú orden, cesa la causa ó título que tenia el convento para poseer los bienes, los cuales por consiguiente hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, quien se considera en esta parte como si nunca hubiera sido religioso<sup>8</sup>.

35. \*Acerca de secularizaciones á fin de facilitarlas, está mandado que ningun obstáculo se oponga á los que, conforme á las leyes existentes y formas establecidas, ó que despues se establecieren, intenten secularizarse, y que el gobierno las proteja por todos los medios que estan en sus facultades<sup>9</sup>; que los religiosos que hayan obtenido Breves para el efecto, y que voluntaria y espontáneamente

1 La rúbrica y todo el tit. I. del lib. 3. de las Decretales de Greg. IX.

2 L. 10. t. 2. p. 3. y ced. de 29 de noviembre de 1796.

3 Arg. de la p. 5. del art. 34 de la ley de 12 de julio de 1830.

4 L. 17. t. 20. l. 10. N. y ced. cit.

5 Escriche. *Dicc. de leg.* art. Religioso.

6 Cap. 2. *De testam.* in 6.

7 Arts. 2. del dec. de 14 de junio de 1813 y 6 del de 25 de octubre de 820.

8 Escriche. *Diccion.* art. Religioso.

9 Arts. 3 del dec. de 21 de abril de 1820, y 13 del de 25 de octubre cit.

quieran permanecer en el claustro sin hacer uso de ellos, no deben ser compelidos á dejar el hábito y salir de él; sin que pueda servirles de estorbo para gozar de esa gracia en lo sucesivo y mientras vivan, las renunciaciones que hayan hecho ántes, ó que hicieren en lo adelante, las cuales ni deben exigir, ni admitir los prelados: y á fin de evitar el que puedan emplearse medios indirectos de coaccion para impedir que los agraciados hagan uso de dichos breves, está encargado á los gefes políticos, el que por sí ó por medio de los alcaldes constitucionales, cuiden de que se les deje en plena y absoluta libertad, y que cuando algunos acudan á manifestarles que directa ó indirectamente se les coarta aquella, les conceden la proteccion de la autoridad pública para remover todo estorbo en el uso de sus secularizaciones<sup>1</sup>. Además, en la república estan derogadas las leyes civiles que impongan cualquier género de coaccion directa ó indirecta para el cumplimiento de los votos monásticos. En consecuencia, los religiosos de ambos sexos tienen absoluta libertad por lo que respecta á la autoridad y orden civil, para continuar ó no en la obediencia de sus prelados; mas los que quieran permanecer en la comunidad de sus conventos y monasterios respectivos, deberán observar su instituto y sujetarse á la autoridad de aquellos; debiendo el gobierno así como proteger á la justa libertad de los religiosos de ambos sexos que quieran abandonar los claustros, auxiliar también á los prelados en los casos en que sus súbditos que se resuelvan á seguir la comunidad les falten al respeto, ó desconozcan su autoridad y disposiciones dirigidas al cumplimiento de sus deberes y observancia de su instituto<sup>2</sup>.

36. \*En cuarto lugar se dividen los hombres en militares ó soldados, y paisanos. Soldado es el que sirve en la milicia, esto es, todo hombre de guerra que está ocupado en la defensa de la patria<sup>3</sup>. La fuerza militar de la república mejicana se forma de la milicia permanente ó de línea, de la activa y de la nacional, cívica ó local<sup>4</sup>. La primera es aquella parte del ejército que siempre está sobre las armas, así en paz como en guerra: activa es la que por su destino debe solo hacer servicio en tiempo de guerra ó en alguna otra circunstancia en que lo determine el congreso general<sup>5</sup>; y nacional, cívica ó local, es la que se forma de los ciudadanos cuando son llamados por la ley á la defensa de la patria, á la que tienen todos generalmente obligacion de concurrir<sup>6</sup>, exceptuando solo á al-

1 Dec. de 28 de agosto de id.

2 Dec. de 6 de noviembre de 1833, y disposiciones acordadas en la misma fecha por el gobierno para su cumplimiento.

3 Escriche. *Diccion.* art. *Soldado.*

4 Arg. de las part. 10 y 11 del art. 110 de la

Const. fed.

5 Catecismo político de la república, publicado el año de 1833. cap. 5. p. 38.

6 Arts. 1 y 2 de la ley de 29 de diciembre de 1827.

gunos á quienes se ha eximido de ella por justas consideraciones<sup>1</sup>. Esta última fuerza está sujeta en los Estados á sus gobernadores, y en el Distrito y Territorios al presidente de la república<sup>2</sup>, el que no puede usar de la de aquellos fuera de su territorio, sin permiso del congreso general, y en sus recesos del consejo de gobierno, quienes calificarán además en su respectivo caso la fuerza que sea necesaria<sup>3</sup>. Las obligaciones generales de esta milicia se reducen á sostener la independencia nacional y la constitucion de la república, y escoltar los reos y los caudales públicos de la federacion, en donde no haya tropa permanente y activa sobre las armas, hasta el punto inmediato donde hubiese guarnicion; advirtiendo que en los Estados, Distrito y Territorios desempeñará además las obligaciones particulares que le prescriban sus respectivas legislaturas<sup>4</sup>.

37. \*Dada ya una breve idea de las tres clases de tropa que constituyen el ejército mejicano, pasemos á hablar de los privilegios que les han concedido las leyes, segun la diversa clase á que pertenecen, omitiendo los que por la mutacion de circunstancias no estan ya en uso, y mencionando solo aquellos que aun se conservan. A los oficiales y soldados permanentes que estuvieren en actual servicio, no puede apremiarse á tener oficios concejiles, ni tutelas contra su voluntad: pueden traer carabinas y pistolas largas de arzon, como las que se usan en la guerra, teniendo plaza viva y estando en actual servicio: y siempre que usaren de licencia ó por alguna comision del servicio se separaren de sus cuerpos, podrán traer dichas armas en los caminos para resguardo de sus personas, con calidad de que las tengan guardadas cuando no esten de viaje; pero si usaren de armas prohibidas, se les dará por incursos en los bandos que las prohiben, perderán las armas, y sufrirán la pena que se imponga en aquellos: pueden otorgar sus testamentos sin observar las solemnidades del derecho comun de la manera que explicaremos en otra parte<sup>5</sup>, y gozan de un fuero particular que explicaremos en el lib. 3.º Los retirados con licencia, habiendo servido quince años sin intermision, disfrutará las exenciones dichas, excepto la de portar ar-

1 Art. 16. de la ley de 29 de diciembre de 1827. En el n. 208 del tomo 2. del *Fe. nix de la libertad*, de 24 de julio de 1833, definen sus editores á la Milicia civil diciendole ser: „El pueblo armado, disciplinado y organizado para sostener sus derechos.” Y en el núm. 94 del tom. 3 de 2 de noviembre del citado año dicen los mismos: „Solo deben existir tropas permanentes en los lugares donde permanentemente se necesite de su presencia, y aun su mismo nombre así lo indica: el desempeño de todas las funciones meramente transitorias ó de una duracion limitada, corresponden á los ciudadanos ó á la milicia nacional,

que son una misma cosa: el ejército permanente no es más de una sección de esta misma milicia nacional, y la diferencia estriba únicamente en que ella presta un servicio continuo ó permanente. Es un grande error suponer que la milicia civil y permanente son dos cosas esencialmente diversas: nada de esto; son una misma cosa en su institucion y en su objeto.”—E.  
2 Art. 3. id.  
3 Const. fed. art. cit.  
4 Art. 4. de la Const.  
5 Art. 3. tit. 1. trat. 8. Ord. gen. del ejército y l. 14. t. 4. l. 6. N.  
6 Lib. 2. tit. 2. cap. 1.

mas y gozar fuero, á ménos que pertenezcan á la clase de alférez ó subteniente<sup>1</sup> inclusive arriba, y tengan cédula de preeminencias, pues entónces lo gozarán en causas criminales<sup>2</sup>. \* (a)

38. \*A los individuos de milicias mientras sirvan, no se puede apremiar á tener cargas concejiles, ni tutelas contra su voluntad, y disfrutaran de los aprovechamientos que en los pueblos son comunes á los vecinos<sup>3</sup>; gozan tambien ellos y sus mugeres de testamento privilegiado<sup>4</sup>, y estan sujetos á un juzgado particular<sup>5</sup>, de que hablaremos en otra parte. Si se retiraren despues de cumplido su tiempo con honrada y legítima licencia, no gozarán de otra exencion que la de servicio ordinario y extraordinario por cierto tiempo<sup>6</sup>; pero estando ya extinguida esta carga, podemos decir que no obtienen privilegio alguno, á ménos que se retiren con causa legítima despues de haber servido veinte años, en cuyo caso gozan del fuero

1 Cédula de preeminencias segun Escribano, *Diccionario de legislación*, es la orden ó despacho que se da por el gobierno á favor de algunos individuos de un tribunal, consejo ú otro cuerpo, que habiendo servido muchos años sus oficios, no pueden continuar por enfermos, ocupados ú otras causas; mandando que no se les precise á la asistencia, que se les conserven los salarios, emolumentos y honores, y que gocen la facultad de concurrir siempre que quieran en su lugar y grado, y con el uso de su voto.—En la milicia es el despacho con que al oficial que se retira se conserva el fuero militar que le corresponde por su grado; de ellas trae un ejemplo Colon en sus *Juzgados militares*, tom. 1. pág. 8. edic. de 1817. Las de la primera clase se suprimieron ó quedaron abolidas para siempre, por ser incompatibles con el sistema constitucional, en orden de 17 de mayo de 1821.—E.

2 Arts. 6 y 7. tit. y trat. cit. de la Ord. gen. y la l. cit. de la N.

(a) Las exenciones de alojamiento, carros y bagajes de que antes disfrutaban los militares por la ordenanza, está abolida por el art. 3. del dec. de 8 de junio de 1813; con relacion al cual en real orden de 7 de julio de 1820, publicada por bando en esta capital en 30 de diciembre del mismo año, se mandó: „Que todo militar que tenga verdadera vecindad esté sujeto á las cargas de los demas vecinos del pueblo donde se halle establecido, respecto á que debe considerarseles como ciudadanos, y que no estando exceptuado por el citado decreto ningún español, de cualquiera clase ni condicion que sea, tampoco lo deben estar los militares avocindados; pero que esta regla general no se entienda con los que por comisiones del servicio tengan que permanecer tiempo indeterminado en el pueblo, á no ser que pidan vecindad, en cuyo caso estaran compren-

didados como los demas.” En cuanto á bagajes, en dec. de 23 de noviembre de 1826 se dispuso que cada cuerpo tuviera para su servicio cierto número de mulas de carga, y que nadie pudiera en lo sucesivo quitar bagajes, debiendo reputarse y castigarse como ladrón toda persona de cualquiera clase y condicion que lo hiciera. Sin embargo, por dec. de 2 de octubre de 1830 se autorizó al gobierno hasta fin de aquel año para tomar los bagajes necesarios á los cuerpos del ejército permanente y milicias activa y civil, pagando á sus respectivos dueños ó encargados los fletes á juicio de peritos, y debiendo usarse de esta facultad con intervencion de las respectivas autoridades políticas donde las haya, á cuyo cargo quedaba reclamar los abusos que ocurrieren. Dicha autorizacion se prorogó por diversos periodos de tiempo en los decretos de 11 de enero de 1831 y 9 del mismo de 832, y por todo el tiempo que dure la presente revolucion, (son los terminos del decreto) en el de 23 de mayo de dicho año. En 12 de marzo de 1833, el Presidente de la república declaró, á consulta del gobernador del Distrito, que no se estaba ya en el caso de que tuviese efecto aquel decreto, y que en adelante se estoviese á lo que se observaba antes de él; pero el congreso general por el contrario lo declaró vigente en 5 de junio del mismo año. El servicio ordinario y extraordinario, que consistia en 150 maravedis que cada año se repartian entre los plebeyos de veinte y una provincias, se extinguió, como refiere Colon en el lugar cit., por dec. de 20 de setiembre de 1795.—E.

3 Art. 2. t. 7 de la decl. de milic. de 1767, mandada observar por dec. de 5 de mayo de 1824.

4 Art. 8. id.

5 Art. 12. id.

6 Art. 32. tit. 7 de la cit. declar.

militar como ántes en recompensa de sus servicios<sup>1</sup>; ó que obtengan cédula de preeminencias con arreglo á lo dispuesto en la ordenanza respectiva<sup>2</sup>, pues entónces gozarán las gracias que contenga.\*

39. \*Respecto de los civicos está mandado que desde el dia en que se pongan á disposicion del gobierno general hasta el en que se les mande retirar, estarán sujetos en todo á las leyes del ejército.\*

40. \*En las Partidas se encuentran varios privilegios concedidos á los soldados que se denominaban entónces *caballeros*; y como aun no se conocian las tres especies que de ellos hemos mencionado, se expresan las leyes con generalidad, sin hacerse en cuanto á eso alguna distincion. Nosotros creemos, atendiendo á la razon y espíritu de las disposiciones que vamos á referir, que son aplicables á los permanentes y milicianos activos, y en algunas particulares á los civicos cuando se hallen en servicio<sup>3</sup>. A los militares pues, segun el derecho de las Partidas, no daña la ignorancia del derecho en los contratos y en los juicios<sup>4</sup>, aunque Asso y Manuel opinan<sup>5</sup> en nuestro concepto equivocadamente que esa disposicion está derogada por una ley posterior<sup>6</sup>; les compete asimismo el privilegio de restitucion, para recobrar las cosas que otros les hubieren prescrito mientras ellos anduviesen en la guerra<sup>7</sup>; pueden proponer en los juicios excepciones perentorias aun despues de la sentencia<sup>8</sup>; y finalmente gozan un pleno derecho en los bienes adquiridos con ocasion de su carrera, que se llaman *peculio castrense*, en el que se consideran como padres de familia, aunque se hallen bajo la patria potestad<sup>9</sup>. Otras disposiciones relativas á militares, ya permisivas ya prohibitivas, notaremos en los lugares correspondientes. Paisano es un nombre general que se da á todo aquel que no es militar.\*

41. \*Se dividen por último los hombres en ciudadanos, tomando esta palabra estrictamente, y no ciudadanos. Ciudadanos en ese sentido son todos aquellos habitantes de la república que gozan de los derechos políticos, y no ciudadanos los que no los disfrutan. Esos derechos consisten, como dice Benjamin Constant<sup>10</sup>, en la aptitud para ser miembros de las autoridades nacionales, y concurrir á las elecciones. La constitucion federal no ha establecido, como parece deberia haberlo hecho, las condiciones necesarias para ser ciudadano de la república, sin cuya circunstancia nadie podria serlo

1 Orden de 29 de abril de 1774 copiada por Colon, tom. 2. p. 438. edic. de 817, y rec. por Beleña ult. fol. n. 457.  
2 Arts. 11, 13, 14 y 15, t. 7. de la cit. declar. de milic., o 1. 12 t. 4. l. 6. N.  
3 Art. 37 de la cit. l. de 29 de diciembre.  
4 Arg. de la l. 5. tit. 11. l. 3. Rec. de Ind. y de la ced. de 13 de febrero de 1786 recep. por Beleña, t. 2. n. 31.

5 L. 21. t. 1. p. 1.  
6 Al fin de la introduc. á las Inst. de Castilla.  
7 L. 1. t. 1. lib. 2. de la R., o 1. t. 2. l. 3. N.  
8 L. 24. t. 21. p. 2.  
9 La misma ley.  
10 L. 6. tit. 17. p. 4.  
11 Curso de politica traducido por Lopez cap. 21.

de los estados, ni obtener los cargos del gobierno general de la federacion; y por lo mismo ha quedado al arbitrio de aquellos señalar y fijar el goce de estos derechos, que no se adquieren sino en determinada edad, y se suspenden ó pierden por varias causas fijadas en sus constituciones respectivas, á las que nos remitimos; advirtiendo, que la ciudadanía que suele concederse en los estados á personas que no residen en su territorio, solo puede tener efecto para las cargas de los mismos; mas no para aquellas que son de la federacion, y así se ha reprobado ya por una de las cámaras de la Union el nombramiento hecho para ella en persona que tenia el título de ciudadano por un estado, sin tener la vecindad de dos años que exige la constitucion federal.\*

42. \*En el Distrito no se han determinado todavía por ley las circunstancias que se requieren para gozar los derechos de ciudadano, ni las porque se suspende ó pierde su ejercicio. Sin embargo, estando fijados en una<sup>2</sup> los requisitos para votar y ser votado en las elecciones primarias, en lo que como ya se dijo, consiste principalmente la ciudadanía, y declarados ademas los que estan privados de uno y otro, creemos que entretanto deberá estarse á ella, cuando sea preciso resolver en algun caso particular el punto de que se trata. En ese concepto se tendrán por ciudadanos en el Distrito y Territorios, los naturales ó naturalizados en la república que se hayan radicado en ellos y cuenten un año de haberlo hecho, siempre que tengan veinte y un años cumplidos, ó diez y ocho siendo casados, y subsistan ademas de algun oficio ó industria honesto<sup>3</sup>; á los que deben agregarse los que hayan obtenido del cuerpo legislativo carta de ciudadanía<sup>4</sup>. De los mismos antecedentes se deduce, que no gozan de los derechos de ciudadanos los presos, los detenidos, los que estan en libertad con fianza, los procesados criminalmente, cuyos procesos se hallen á lo ménos en estado de haberse proveido el acto de prision, ó de haberse recibido la confesion con cargos; los deudores quebrados, y los de los caudales públicos, cuya deuda sea líquida y reconvenidos por ella no la hayan satisfecho; los que mantienen juegos prohibidos y cuantos les sirven en ellos; los eclesiásticos regulares<sup>5</sup>, y por último los que hayan cometido algun delito que se castigue con la pérdida ó suspension de este derecho.\*

43. \*El autor en este título hace otras dos divisiones de los hombres, que no se conocen ya en la república, pero de las que siempre

1 Sala. Ilust. al der. lib. 1 tit. 2 n. 17.  
2 Ley de 12 de julio de 1830.  
3 Art. 34 de dicha ley.  
4 Dec. de 16 de mayo de 1823, que contiene

la fórmula de extender estas cartas, las que conforme al mismo parece se han de solicitar por el ministerio de justicia.  
5 Art. 35 de la cit. ley.

darémos alguna idea para la inteligencia de las leyes que las han derogado. Antiguamente dividia el derecho á los hombres en libres, siervos ó esclavos, y aforrados ó libertos<sup>1</sup>, tomando esta palabra del derecho romano, que designaba con ella á los que habiendo sido esclavos habian recobrado el estado de libertad, á los que en las Partidas se llamaban aforrados del verbo *aforrar* que equivale al *manumittere* de los romanos, quienes tambien daban á los que siempre habian sido libres, para distinguirlos de los libertos, el nombre de *ingenios*. Esta humillante distincion traia su origen del pretendido dominio del vencedor sobre el vencido, á quien podia condenar á la muerte ó conservar para su servicio, de donde les vino la denominacion de siervos, tomada del verbo latino *servo*; y tambien del bárbaro concepto de reputar á los hombres de color negro entre las cosas, y como tales materia apta para el cambio, la compra y la venta. Por esto se asignaban tres principios á la esclavitud, que eran la aprension en guerra, el nacimiento de madre esclava, y la venta que hacia de sí mismo el mayor de veinte años<sup>2</sup>; y de aquí se deducian los crueles derechos de los señores, á quienes era permitido todo sobre sus esclavos, ménos darles muerte ó lastimarles gravemente, y á quienes se concedia el dominio de cuanto el esclavo adquiria por su trabajo á otro cualquier título<sup>3</sup>.\*

44. \*Tal era el estado de esclavitud, cuya oposicion al derecho natural se confiesa en los mismos códigos que la establecen. Así es que la ley 1.<sup>a</sup> del tit. 21 de la part. 4 define á la servidumbre: „*Postura é establecimiento que hicieron antiguamente las gentes, por la cual los omes que eran naturalmente libres se hacen siervos, é se meten á señoría de otro contra razon de natura; y la 1.<sup>a</sup> del tit. 22 de la misma part. dice que la libertad es: „Poderío que ha todo ome naturalmente de hacer lo que quiere; solo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero non gelo embargue.*” A pesar de esto un autor<sup>4</sup>, por otra parte muy recomendable, ha creído que la esclavitud no repugna al derecho natural, fundándose en que la aprueba San Pablo cuando dice: „*Servi, obedite dominis carnalibus*”<sup>5</sup>; y en otra parte: „*Quicumque sunt sub iugo servi, dominos suos omni honore dignos arbitrentur, ne nomen Domini et doctrina blasphemetur*”<sup>6</sup>; pero sobre estos textos son dignas de trasccribirse las reflexiones de un escritor de nuestros dias<sup>7</sup>. „San Pablo,

1 Princ. del tit. 23 part. 4.

2 L. 1 tit. 21 part. 4.

3 Céd. de 31 de mayo de 1789, que arreglaba en America la potestad dominica, y la que vemos citada como tal por Alvarez y por el primer editor mejicano de Sala, sin embargo que el *Teatro de la legislacion* tom. 12 pág. 156, dice: Que por real órden porterior se mandó suspender su

cumplimiento, interin y hasta tanto que se proveyese lo mas conveniente.—E.

4 Alvarez Instit. lib 1 tit. 3.

5 1.<sup>a</sup> á los Corint cap. 7 v. 21.

6 1.<sup>a</sup> Timoth. cap. 6 v. 1.

7 El autor de la *Disertacion sobre la naturaleza y límites de la autoridad eclesiástica*, premiada por el congreso del Estado de Méjico el año de 1825 pág. 21.

„dice; en su opinion particular estaba sin duda muy lejos de aprobar y tener por justa la esclavitud: bastante lo indica la razon que propone á los esclavos para que la sufran. No les dice que sirvan „y toleren á sus amos porque estos tuviesen derecho para exigirlo; „sino porque de otra suerte se daria márgen á que los gentiles blasfemasen de Cristo y su religion, viendo que se les sublevaban los „esclavos que tenian entre los fieles. Porque la esclavitud estaba „sancionada por las leyes civiles, que al establecerla habian dispuesto solamente en puntos tocantes á los deberes y relaciones de „los hombres entre sí, y esto bastaba para que el apóstol se abstuviese de pronunciar sobre ella. Redújose á exhortar á los esclavos á „que llevasen con resignacion el mal que sufrían por iniquidad de las „leyes, y que á él no era dado impedir, por estar estas fuera de la „órbita de sus atribuciones.”\*

45. \*Las leyes antiguas<sup>1</sup> fijaban las personas á quienes se prohibia la adquisicion de esclavos, y el modo y términos en que estos adquirian la libertad, ya por ministerio de la misma ley, y ya por la voluntad de los señores; mas no siendo estas doctrinas de uso alguno entre nosotros, nos abstenemos de referirlas con individualidad. En el dia así las naciones bárbaras como las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos tomados en la guerra como cautivos, sino como prisioneros ó detenidos en depósito hasta su conclusion; despues de la cual se suelen dar en cange ó trueque por otros de igual calidad, ó por algun equivalente, en especial siendo oficiales de graduacion<sup>2</sup>. En el territorio de la república está prohibido para siempre el comercio y tráfico de esclavos, y declarados libres con solo el hecho de pisarlo á los que se introduzcan contra el tenor de esta prohibicion, confiscándose el buque en que se transporten con todo el resto de su cargamento, é imponiéndose la pena de diez años de presidio al dueño, comprador, capitan, maestre y piloto<sup>3</sup>. Casi todas las constituciones de los estados han establecido expresamente la cesacion de la esclavitud, y declarado para lo de adelante que nadie nace esclavo aunque sus padres lo sean. Finalmente en 15 de septiembre de 1829 se dió por el gobierno investido de facultades extraordinarias el decreto de extincion de la esclavitud en la república, y de libertad para todos los esclavos existentes entónces en ella, ofreciendo indemnizar á los poseedores: este decreto es de los correspondientes al poder legislativo, y por lo mismo en nuestro concepto se comprende en la derogacion que hizo despues el congreso de todos los de esta clase<sup>4</sup>. Sin embargo,

1 Tits. 21 y 22 de la part. 4.

2 Alvarez lug. cit. y Vattel. *Derecho de gentes*, lib. 3 cap. 8 n. 152 y siguientes.

3 Ley de 13 de junio de 1824.

4 Art. 9 de la ley de 15 de febrero de 1831.

estamos asegurados de que su revocacion no ha destruido de hecho los efectos que produjo su promulgacion.\*

46. \*Cuestionan los AA. si en aquellas naciones en que como la nuestra está abolida la esclavitud, puede alguno obligarse á servir, ó locar sus obras á otro perpetuamente, lo que en sí envuelve una especie de esclavitud. Segun testifica Vinnio<sup>1</sup>, todos resuelven este punto por la afirmativa; pero añadiendo, que como la obligacion que resulta de ese contrato es de un hecho, podrá el promitente librarse de ella pagando el interes<sup>2\*</sup>.

47. \*La otra division de hombres que hace el autor, y que ya es desconocida entre nosotros, es la de nobles y plebeyos. Los primeros que obtenian este renombre por posesion inmemorial ó de veinte años, ó por declaracion y privilegios del rey, gozaban exencion de los pechos y tributos plebeyos, no podian ser presos por deudas, pues os á tormento, ni ser obligados á desdecirse cuando hubiesen injuriado á otro. En la república todos los hombres estan sujetos á las mismas cargas, deben ser juzgados por unas mismas leyes, y gozan de los mismos derechos, sin que haya distincion alguna por razon del linage, ni otras exenciones que las establecidas por las leyes en consideracion á los cargos que sirven algunas personas. Así es que las mas constituciones de los estados declaran, no reconocer títulos algunos de nobleza, y prohiben su establecimiento; y por una ley<sup>3</sup> del congreso general se extinguieron para siempre los títulos de conde y marques, y todos los de igual naturaleza, cualquiera que fuese su origen, mandándose tambien la destruccion de los escudos de armas y otros signos que recordaban la dependencia de esta América con la España, que ántes se ponian en los edificios, coches y otros muebles de uso público. En cuanto á tratamientos está mandado<sup>4</sup>, que solo en contestaciones oficiales se den los respectivos á los empleados de la nacion.

48. \*En las leyes antiguas se hacen tambien otras distinciones de los hombres por razon de sus razas y colores, y de ellas era muy principal la de indios y españoles. Tan odiosa clasificacion no existe en la república desde ántes que se constituyese soberana é independiente<sup>5</sup>, y principalmente despues que el plan de Iguala<sup>6</sup> declaró iguales en derechos á todos sus habitantes sin distincion de europeos, africanos ni indios. En consecuencia, está prohibido que en los registros y documentos públicos ó privados se sienten los nombres de los ciudadanos con arreglo á la expresada distincion; continuándose sin embargo en los aranceles la que se observa ac-

1 Institut. lib. 1 tit. 3 § n. 3 al fin.  
2 L. 13 § 1 D. De re judic.  
3 De 2 de mayo de 1826.

4 Dec. de 5 de mayo de 1827.  
5 Dec. de 15 de octubre de 1810.  
6 Art. 12.

tualmente, para la sola graduacion de derechos y obveniones, mientras se califican por otro método mas justo y oportuno<sup>1</sup>. De esta última disposicion inferimos nosotros, que todas aquellas leyes que establezcan sobre un mismo punto diversas disposiciones, segun la diversidad de razas, subsistirán por ahora cuando dispensen á estas algun favor racional y fundado<sup>2</sup>, pero no cuando sin motivo se hayan acomodado á tan ridícula como aborrecible distincion.\*

49. \*En este título es indispensable hablar, siguiendo el método de Domat<sup>3</sup>, de los pródigos; porque esta calificacion trae su origen del derecho civil. Mas ántes es necesario hacer distincion entre pródigos moral y jurídicamente tales. Los primeros son aquellos que ninguna economía observan en los gastos, de suerte que dilapidan sus bienes<sup>4</sup>, en cuyo sentido no se toma aquí la palabra. Pródigos jurídicamente son los que el juez por sus disipaciones ha declarado tales, quitándoles en consecuencia la administracion de sus bienes<sup>5</sup>, y estos en derecho se equiparan á los locos y pupillos<sup>6</sup>. Justificándose de un modo suficiente que un sujeto malversa su hacienda en perjuicio de su familia, con citacion suya<sup>7</sup> se le pone la conveniente interdiccion para evitar su desarreglo, esto es, se le nombra curador que cuide de la conservacion de sus bienes, y le asista en sus contratos y demas actos de la vida civil<sup>8</sup>, á cuyo nombramiento puede el juez proceder de oficio, siendo notoria la disipacion<sup>9</sup>. El hombre en quien haya recaido tal declaracion, no puede ya celebrar contratos<sup>10</sup>, ni comparecer en juicio por sí mismo, y en una palabra, como se le equipara al demente, tiene las mismas prohibiciones que este, segun indicaremos en los lugares oportunos\*.

50. \*Finalmente, suelen dividirse los hombres en *alieni juris* ó sujetos á la patria potestad, que tambien se llaman hijos de familia, y *en sui juris*, que son los libres de toda potestad, ó padres de familia<sup>11</sup>. Estos últimos ó estan por su corta edad bajo tutela ó curatela, ó gozan de la libre disposicion de su persona. De todos se va á hablar en los títulos siguientes\*.

1 Orden de 17 de septiembre de 1822.

2 De los privilegios de los indios trata Solórzano, *Polit. ind.* lib. 2 cap. 22, y Belena Aut. acord. de la pág. 53 á la 56 del 1 fol., y aut. 16 y 17 del 3.º

3 *Les lois civiles* &c. lib. prel. tit. 2 sec. 2 n. 10.

4 Ciceron. *De officiis* lib. 2.

5 L. 5 tit. 11 part. 5.

6 Arg. de la ley 60 al fin. tit. 18 part. 3.

7 Gomez Var. tom. 2 cap. 14 núm. 31 vers. *Ex quo etiam.*

8 Dicha ley 5 tit. 11, y Escriche. *Diccion.* art. *Pródigo.*

9 Greg. Lopez en la ley cit. n. 3.

10 Cit. ley 5.

11 Dou *Derecho publico*, lib. 1 tit. 4 cap. 3 d.

12 Citando la ley 1 tit. 18 part. 4.

## TITULO II.

DE LA PATRIA POTESTAD, DE LOS ESPONSALES Y DEL MATRIMONIO,  
DE LAS DOTES, ARRAS, BIENES PARAFERNALES Y GANANCIALES.

## CAPITULO PRIMERO.

*De la patria potestad, de sus principales efectos civiles, y de los modos de adquirirla, y de las obligaciones mutuas entre padres é hijos.*

- |           |  |             |   |
|-----------|--|-------------|---|
| 1         | Qué sea patria potestad, y su division en <i>onerosa</i> y <i>útil</i> . | 9, 10, y 11 | Obligaciones de los padres respecto de los hijos.                                       |
| 2         | Derechos que confiere la <i>onerosa</i> .                                | 12          | La obligacion de alimentar los padres á los hijos, no pueden estos remitirla por pacto. |
| 3, 4, y 5 | Provechos que resultan de la <i>útil</i> .                               | 13          | Modo de proceder en la causa de alimentos.  |
| 6         | Union que produce la patria potestad entre el padre y el hijo.           | 14          | Obligaciones de los hijos hácia los padres.   |
| 7         | A quién compete la <i>útil</i> .   |             |   |
| 8         | Modos de adquirir la patria potestad.                                    |             |   |

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

- 1.° Escritura de aprendiz. | 2.° Escritura de pupilo.

1. **P**or patria potestad se entiende el poder y autoridad que tienen los padres sobre los hijos<sup>1</sup>, no \*solo para conseguir su cómoda educación, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia<sup>2</sup>. Porque estando los padres obligados, como veremos á delante, á educar á sus hijos, y no pudiendo llenar esta obligacion sin estar investidos de ciertas facultades para dirigir sus acciones, las leyes en consecuencia se las han concedido; y como tienen por objeto el desempeño de una obligacion ó carga, han tomado el nombre de *patria potestad onerosa*<sup>3</sup>. Asimismo, siendo justo remunerar á los padres que han tenido hijos conforme al orden establecido en la sociedad, y que han beneficiado á esta, dando á aquellos educación

1 LL. 1 y 2 tit. 17 part. 4.  
2 L. 3 al fin. V. *Ca así como es razon* tit. 20 part. 2.  
3 Alvarez en sus Instituciones lib 1 tit. 9 llama *patria potestad onerosa*, al conjunto de obligaciones que los padres tienen respecto de los hijos. A nosotros ha parecido muy impropia llamar potestad, que en si contiene derechos,

á la obligacion que envuelve todo lo contrario. Sin embargo, aplicamos la misma denominacion, como se ha visto, á la facultad que es indispensable conceder á los padres para cumplir con alguna de esas obligaciones; porque ademas de ser necesaria la distincion, juzgamos conveniente el vocablo.—E.

y multiplicando de ese modo los ciudadanos honrados; las leyes les han otorgado tambien ciertas prerogativas y facultades en la persona y bienes de sus hijos, que en atencion á serles lucrativas y provechosas, se han llamado *patria potestad útil*<sup>1</sup>.

2. \*La patria potestad onerosa ha de conferir á los padres todo aquel poder que es indispensable para educar á sus hijos. Por lo mismo, en virtud de ella tienen facultad para instruirlos, gobernarlos, y cuando fuere necesario castigarlos para hacerse obedecer; entendiéndose que estos castigos han de ser moderados<sup>2</sup>, debiendo acudir á los jueces cuando no basten para corregirlos, en cuyo caso corresponde á los magistrados auxiliar á los padres, cooperando en cuanto lo permita la justicia. Amigant<sup>3</sup> dice, que á instancia de los padres, siendo personas honradas, sin informacion ni proceso pueden los jueces repectivos correccionalmente poner preso al hijo; lo que á Dou<sup>4</sup> parece muy justo, añadiendo, que está generalmente recibido el que para destinar á los hijos á algun servicio de mar ó tierra, ó á algun trabajo ú ocupacion que no deba mirarse como pena, baste la sola instancia del padre, y cuando mas algun ligero conocimiento é informacion de la mala conducta del hijo. Interesa mucho á la sociedad civil, continúa el citado escritor, autorizar y auxiliar á los padres respecto de sus hijos, por lo que contribuye á la felicidad pública la educacion de los ciudadanos; y porque estos, enseñándose á respetar á sus padres dentro de casa, se habituan al respeto que deben tener fuera de ella á los superiores y magistrados.\* Pueden por último los padres poner á sus hijos en pupilage con maestros que los enseñen, y estos deben hacerlo sin ocultarles cosa alguna de la ciencia, arte y oficio que profesan, á fin de que se instruyan en disposicion de ejercerlo por sí mismos, y á este efecto se les permite tambien castigarlos con moderacion<sup>5</sup>. De esta clase de contratos suelen hacerse escrituras con varios pactos; por la que extenderemos se instruirá el escribano para las que le ocurran.\*Esta patria potestad es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos; porque no es otra cosa que el medio para cumplir una obligacion que el derecho natural impone á todos los que han dado el ser á otro<sup>6</sup>.\*

3. La patria potestad útil, como ya hemos dicho arriba, da á los padres varios derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. A la persona pueden referirse los siguientes: 1.° la facultad de servirse de ellos<sup>7</sup>, sin que tengan accion para pedir salarios<sup>8</sup>; 2.° an-

1 Alvarez lug. cit.  
2 LL. 18 tit. 18 part. 4, 9 tit. 8 part. 7 y 13 al fin tit. 7 part. 2.  
3 Decision 18 n. 21 al 26.  
4 Derecho público lib. 1 tit. 4 cap. 3 n 11.  
5 L. 11 tit. 8 part. 5.  
6 Alvarez lug. cit.  
7 L. 3 tit. 20 part. 3.  
8 Greg. Lopez en dicha ley glos. 3.



tiguamente la de empeñarlos cuando los padres se hallasen en extrema necesidad de hambre, é impossibilitados de redimirla de otra suerte, y aun la de comerlos cuando estuviesen cercados de enemigos en defensa de algun castillo sin tener qué comer<sup>1</sup>; pero en el caso de empeño si el hijo ú otro por él devolvía la cantidad que recibió su padre, quedaba libre<sup>2</sup>; \*y 3.º puede el padre acudir al juez para reducir á su poder al hijo que fuera de su casa ande vagando, ó esté detenido por otro<sup>3</sup>.

4. A los bienes de un hijo que está en poder de su padre, se da el nombre de *peculio*, que no es otra cosa que *pequeño patrimonio que maneja el hijo separado de los bienes de su padre*, y es de cuatro maneras, á saber: *profecticio*, *adventicio*, *castrense* y *cuasi castrense*. *Profecticio* es el que adquieren con el caudal de sus padres, ó les viene por su respeto ó línea, del cual toca á estos la posesion, propiedad y usufruto, y son suyos privativamente porque los ganan estando bajo su poder<sup>4</sup>. *Adventicio* es el 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 usufruto de él ordinariamente es del padre por razon de la patria potestad, pero la propiedad toca privativamente á los hijos. Llámase *adventicio*, porque no viene del padre, ni por su línea, ni respeto, ni es adquirido con sus bienes; y así el padre está obligado á defenderlo en juicio, conservarlo íntegro<sup>5</sup>, y restituirlo todo al hijo cuando se case<sup>6</sup>, ó solamente la mitad si lo emancipare voluntariamente, pudiendo retener para sí la otra mitad, á no ser que la remita<sup>7</sup>. Hemos dicho que en este *peculio* el padre tiene ordinariamente el usufruto, porque hay varios casos en que sucede de otra manera; y de aquí es que este *peculio* se divide en ordinario y regular, cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufruto; extraordinario ó irregular, cuando el hijo lo tiene todo y el padre nada, lo que acontece en tres casos: 1.º si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre: 2.º si se dona ó se lega algo á aquel con la condicion de que nada perciba este<sup>8</sup>; y 3.º si el padre se maneja dolosamente en los bienes del hijo, pues entónces en pena pierde el usufruto<sup>9</sup>. *Peculio castrense* se llama así, porque este adjetivo castrense se deriva del sustantivo latino *castra*, que se entiende de tres

1 L. 8 tit. 17 part. 4.

2 L. 9 eod.

3 L. 10 tit. 17 part. 4.

4 L. 5 eod.

5 La misma ley.

6 L. 9 tit. 1 lib. 5 de la R., ó 3 al fin tit. 5 lib. 10 de la N.

7 L. 15 tit. 18 part. 4.

8 Maymó. *Institution. jur. hisp.* lib. 2 tit. 9 n. 9. Alvarez. *Instituc.* en el mismo tit. y lib.

9 Arg. de la ley 2 al fin. tit. 2 part. 3 y Lopez en ella glos. 14.

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, la corte del soberano. Los bienes que tengan los hijos en alguno de estos lugares en el servicio de la nacion, son suyos en posesion, propiedad y usufruto, y ningun derecho tienen á ellos su padre, su madre, hermanos ni otro pariente, por lo que pueden hacer de ellos lo que quisieren durante su vida<sup>1</sup>; pero por última disposicion se han de arreglar á lo que manda la ley<sup>2</sup>. *Peculio cuasi castrense* (cuyo nombre se le da por asemejarse al castrense), es el que adquieren los maestros que enseñan públicamente alguna ciencia, los jueces, escribanos y otros por razon de oficio público honorífico que ejercen, é igualmente la donacion que el soberano les hace; en el cual tiene el hijo el mismo dominio que en los castrenses<sup>3</sup>. Tambien reputan algunos por cuasi castrenses los que se ganan por enseñar las siete artes liberales, que son: gramática, retórica, aritmética, dialéctica, música, geometría y astronomía, y por razon de dignidad ó beneficios eclesiásticos: aunque á la verdad no encontré texto que por tales declare á los que se adquieren por dichas siete artes.

5. \*El derecho del padre en los bienes adventicios del hijo que tiene en su potestad, de los que es usufruario y legítimo administrador, es muy superior al de otros que administran ó tienen usufruto en bienes ajenos. Así es que no necesita de decreto de juez para tomar y ejercer su administracion, porque como dice Gomez<sup>4</sup>, se le defiende por la ley; tampoco ha de pedir licencia para enagenar los bienes raices, cuando haya justa causa para ello<sup>5</sup>; no está obligado á hacer inventario de ellos, sino solo una descripcion ante un escribano, presentes el padre, el hijo y dos testigos<sup>6</sup>; ni á afianzar que los usará á arbitrio de buen varon, y los restituirá en el mismo estado cuando acabe el usufruto<sup>7</sup>; ni á dar cuentas concluida la administracion<sup>8</sup>. Todo lo cual se entiende en el *peculio adventicio regular*; porque en el irregular, si el padre lo administrare por tener respecto de él la tutela de su hijo, está obligado á dar cuentas, y á hacer inventario como cualquier extraño<sup>9</sup>.

6. Es ademas efecto de la patria potestad unir al padre con el hijo de tal modo, que ambos se reputen como una sola persona. Y por lo mismo no pueden, miéntras este se halle bajo su poder, celebrar entre sí contrato alguno, sino del *peculio castrense* y

1 L. 6 tit. 17 part. 4.

2 L. 1 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 20 lib. 10 de la N.

3 L. 7 tit. 17 part. 4.

4 En la ley 48 de Toro n. 14. Véase á Lopez en la glos. 8 de la ley 6 tit. 17 p. 4.

5 Arg. de la ley 24 tit. 13 part. 5.

6 Castillo *De Usufructu*, cap. 3 n. 69 y sig.

7 Alvarez. *Instituc.* lib. 2 tit. 4 glos. in leg. 9 D. *Usufruct. quem. evocat.*

8 Gomez lug. cit. n. 15.

9 El mismo lug. cit. n. 17.

cuasi castrense; pero en saliendo de él valen los que celebren<sup>1</sup>.

7. La patria potestad útil es propia de solo el padre, sin que se extienda á la madre<sup>2</sup>, así porque aquel es la cabeza de la familia, como porque se supone que ha trabajado mas en la educacion de los hijos: sin embargo, Gregorio Lopez<sup>3</sup> opina que la facultad de servirse de ellos, compete tambien á la madre, porque la ley habla de uno y otra. Por derecho de las Partidas<sup>4</sup> el abuelo tenia tambien á los nietos y á todos los descendientes legítimos en su potestad; pero esta disposicion está derogada por la ley<sup>5</sup>, que declara emancipados en todas las cosas para siempre al hijo ó hija casados y velados<sup>6</sup>: por lo cual, si por el casamiento salen de la patria potestad, no pueden sus hijos 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 no podrá ya hoy el abuelo ejercer respecto de sus nietos muchas atribuciones que le concedian las leyes antiguas suponiendo en él la patria potestad.

8. Los modos de adquirirla se expresan en una ley<sup>7</sup>, y son los siguientes: 1.º matrimonio celebrado segun manda la Iglesia: 2.º sentencia de juez que fallare ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba: 3.º delito que cometa el hijo, deshonorando de palabra ó hecho<sup>8</sup> al padre que lo habia emancipado voluntariamente<sup>9</sup>: 4.º por adopcion ó prohijamiento, á que debe agregarse 1.º por legitimacion: de suerte que no hay patria potestad respecto de los hijos que no han nacido legítimos, ó no se han hecho despues tales<sup>10</sup>. \*Pero sobre esto debe advertirse que el segundo modo mas bien lo es de probar la patria potestad que de fundarla; y que el tercero solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y no un modo comun de adquirirla<sup>11</sup>.

9. Los padres tienen obligacion 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. Deben criarlos dándoles no solo el alimento necesario para su conservacion, vestido y calzado y lo demas necesario para la vida, con arreglo á la riqueza del uno y condicion del otro, sino educándolos y proporcionándoles la debida instruccion así en la religion y moral, como en alguna ciencia, arte

1 LL. 2 tit. 5, 6 tit. 11 part. 5 y 8 tit. 11 lib. 1 del Fuero real.  
2 LL. 1 y 2 tit. 17 part. 4.  
3 En la glos. 3 de la ley 3 tit. 20 part. 2.  
4 L. 1 al fin tit. 17 part. 4.  
5 L. 1 tit. 8 lib. 5 de la R., ó 1 tit. 20 lib. 10 de la N.

6 Véase el cap. 3 tit. 3 de este lib.  
7 L. 4 tit. 17 part. 4.  
8 L. 19 tit. 18 part. 4.  
9 Gregorio Lopez en la glos. 1 de dicha ley.  
10 L. 2 tit. 17 part. 4.  
11 Alvarez. *Instituciones*, lib. 1 tit. 9.

ú officio<sup>1</sup>; \*advirtiendo que cuando los padres se hallen imposibilitados, ó por negligencia no cuiden de dar á sus hijos alguna carrera ó destino útil en que puedan subsistir, toca á los magistrados el hacerlo<sup>2</sup>.

10. 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<sup>3</sup>. Mas si el padre es pobre y la madre rica, debe esta criarlos de sus propios bienes ántes ó despues de la lactancia; y si ambos son pobres, estan obligados sus abuelos y bisabuelos paternos por su orden; previniendo que los hijos y demas descendientes tienen igual obligacion con sus ascendientes pobres<sup>4</sup>.

11. 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 este dar alimentos<sup>5</sup>; mas si los hijos son ingratos á sus padres, causándoles daño en su vida, honra y hacienda, ó tienen lo necesario para alimentarse, cesa la obligacion de los padres y madres, y lo mismo procede de aquellos para contes- tos, por ser recíproca entre todos<sup>6</sup>.

12. \*Como la obligacion de alimentar á los hijos es de derecho natural, juzgan Lopez<sup>7</sup> y Bronchorst<sup>8</sup>, que no será válido el pacto en que estos exoneren á su padre de ella, pues como dice la regla de derecho: *Jura sanguinis nullo jure dirimi possunt*<sup>9</sup>; y el primero añade, que no cesará esta obligacion aunque el hijo haya disipado la cantidad que el padre le suministró una vez para alimentos<sup>10</sup>.

13. \*La causa de estos es sumaria y ejecutiva, y así cuando alguno se presente alegando ser hijo de otro y pidiendo en consecuencia le dé lo necesario para vivir, debe el juez proceder breve y

1 L. 2 tit. 19 part. 4.  
2 Caps. 1 y 2 de la ley 10 tit. 31 lib. 12 de la N.  
3 LL. 3 y 4 tit. 19 part. 4.  
4 L. 4 cit.  
5 L. 5 tit. y part. cit. Esta ley establece la distincion expresada solamente en los abuelos y demas ascendientes, pero no respecto del padre; y como por otra parte la ley 2 del mismo titulo impone á los padres indistintamente la obligacion de alimentar á los hijos, y la 2 tit. 1 part. dice: que es de derecho natural;

creemos que aunque estos sean espurios, tendrán aquellos obligacion civil de alimentarlos. Así opina Lopez en la glosa 1 de dicha ley; y Colom (Instrue. jurid. de escribanos lib. 2 cap. 10 n. 6.) refiere haberse ejecutoriado este punto en la audiencia de Valencia, en cierto pleito que comenzó ante el.—E.  
6 L. 6 tit. y part. cit.  
7 Glos. 3 de la ley 2 tit. 1 part. 1.  
8 En la ley 8, *De reg. jur.*  
9 Concuerda con la regla 34 tit. 34 p. 7.

sumariamente<sup>1</sup>; y si por informacion de testigos, fama pública, juramento del interesado, ó de cualquiera otra manera se justificare la filiacion, debe acceder el juez á la solicitud, reservando siempre su derecho á cualquiera de las partes para deducirlo en juicio plenario<sup>2</sup>. Lopez dice<sup>3</sup> que no debe ser bastante el juramento para obtener en estos pleitos, si no concurre otro indicio, lo que creemos muy fundado, especialmente hoy que la impiedad ha desvirtuado la fuerza de tan sagrada asercion\*.

14. \*Los hijos deben obedecer, venerar y respetar á sus padres, debiendo ser para ellos su persona *sancta*, como se expresa Ulpiano<sup>4</sup>. Y de aquí es que no pueden demandarlos en juicio sin licencia del juez, acusarlos criminalmente en causas de que les resulte infamia, muerte ó mutilacion de miembro; y otras muchas cosas que notaremos en sus lugares oportunos, para donde tambien reservamos hablar sobre la obligacion que unos y otros tienen de dejarse sus bienes; pasando ahora á tratar en particular de las causas por que se adquiere la patria potestad\*.

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

1.ª 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 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 tres años, que cumplirán en tal dia, de tal mes, del que vendrá de tantos, ha de enseñarle el oficio referido perfectamente, sin ocultarle cosa alguna así de teórica como de práctica, de suerte que aplicándose esté capaz al fin de ellos de 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,

1 LL. 1 tit. 22 part. 7, y 7 tit. 19 part. 4.

2 La última ley citada.

3 En la glos. 2 de dicha ley.

4 L. 9 D. De obseq. parent. et patron. praest.

5 Todo mejicano ó extrangero avocindado ó que se avocindare en lo sucesivo, puede ejer-

cer libremente cualquiera industria á oficio útil, sin necesidad de exámen, título ó incorporacion á los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogaron en esta parte. Art. 2 del decreto de 8 de junio de 1813.

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 tres años no estuviere hábil 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 ó 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 dia 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 irroque 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 en disposicion de ejercer el oficio por sí mismo, 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 lo esté no ha de ser apremiado á su total ni parcial satisfaccion.

Que si el enunciado Alonso falleciere ó se imposibilitare de proseguir el referido oficio ántes 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 enfermare en casa de su maestro, le ha de cuidar este y tenerle en su casa, á ménos que el otorgante quiera llevarlo á la suya; pero nada le ha de costar de 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 huyese ó ausentase de casa de su maestro sin motivo grave, ha de buscarlo el otorgante, y volverlo á ella, y el tiempo que faltare, estará además 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 integros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido ántes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas útil; 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 demás 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 cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho: y ambos otorgantes dan poder á los señores jueces &c.

## 2.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 a 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, reprehenderle 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 pesos, 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 instruye 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 obligacion 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 demás 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.)*

## CAPITULO II.

### De los Esponsales.

- |    |   |    |  |
|----|---|----|--|
| 1  | Qué sean esponsales.  | 5* | En los esponsales pueden constituirse arras.*  |
| 2* | Los esponsales son un contrato consensual que se constituye por solo el consentimiento: calidades que debe tener este, y consecuencias que se infieren de esos principios.* | 6* | Puede asimismo pactarse que el que se apartare sin motivo justo, pague al otro alguna pena.* |
| 3* | Diversas especies de esponsales.*   | 7* | Quiénes no pueden contraer esponsales por defecto de consentimiento.*                        |
| 4  | Varias maneras de celebrarlos.  |    |  |

queda de cuenta y cargo del otorgante; y de la del enunciado maestro únicamente el trabajo personal de su asistencia.

Que si se huyese ó ausentase de casa de su maestro sin motivo grave, ha de buscarlo el otorgante, y volverlo á ella, y el tiempo que faltare, estará ademas 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 integros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido ántes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas útil; 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 demás 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 cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho: y ambos otorgantes dan poder á los señores jueces &c.

## 2.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 a 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, reprehenderle 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 pesos, 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 instruye 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 obligacion 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 demás 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.)*

## CAPITULO II.

### De los Esponsales.

- |    |   |    |  |
|----|---|----|--|
| 1  | Qué sean esponsales.  | 5* | En los esponsales pueden constituirse arras.*  |
| 2* | Los esponsales son un contrato consensual que se constituye por solo el consentimiento: calidades que debe tener este, y consecuencias que se infieren de esos principios.* | 6* | Puede asimismo pactarse que el que se apartare sin motivo justo, pague al otro alguna pena.* |
| 3* | Diversas especies de esponsales.*   | 7* | Quiénes no pueden contraer esponsales por defecto de consentimiento.*                        |
| 4  | Varias maneras de celebrarlos.  |    |  |

- 8\* Quénes tampoco pueden hacerlo por ser inhábiles para el matrimonio.\*
- 9\* Los que tienen impedimento dispensable podrán celebrarlos válidamente bajo la condición, *si el Papa lo dispensa?*\*
- 10\* ¿Cómo y cuándo valdrán los esponsales celebrados por los padres en nombre y sin mandata de los hijos?\*
- 11 Resolución de varias especies relativas al mismo caso.
- 12\* Los esponsales deben contraerse con determinada persona, y aplicación de esta doctrina á algunos casos particulares.\*
- 13 Obligación que resulta de los esponsales.
- 14, 15 y 16\* Diferentes medios compulsivos de que puede usarse gradualmente para obligar al que se resiste sin causa á cumplir aque-

lla obligación.\*

- 17\* Esos medios coactivos no limitan la libertad con que debe contraerse el matrimonio.\*
- 18\* El que injustamente se resista á cumplir los esponsales, debe ser condenado por el juez, á satisfacer al otro interesado los daños y perjuicios que de ello se le sigan.\*
- 19\* ¿Cuándo es competente en la causa de esponsales el juez eclesiástico, y cuándo el secular?\*
- 20\* Requisitos indispensables para que puedan admitirse en las curias eclesiásticas las demandas de esponsales.\*
- 21\* Orden con que deben sustanciarse estas causas.\*
- 22\* ¿Cuándo en ellas hay lugar al depósito de la desposada?\*
- 23 y 24\* Modos de disolverse los esponsales válidos.\*

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

- 1. De palabra de casamiento ó esponsales de futuro.
- 2. De apartamiento y disolución de esponsales.

1. **E**l mas noble y principal origen de la patria potestad es el matrimonio, \*á cuya celebracion precede desde tiempos muy antiguos (a) la promesa entre los que lo van á contraer, de verificarlo, la cual tiene el nombre de *esponsales*, del verbo latino *spondere*<sup>1</sup>, que significa prometer. El jurisconsulto Florentino definió á los esponsales: „*Mentio et repromissio futurarum nuptiarum*“<sup>2</sup>, con cuya definicion concuerda la que da el Pontifice Nicolao I<sup>3</sup>, esto es, *una convencion por la cual un hombre y una muger se prometen reciprocamente que contraerán matrimonio entre sí*<sup>4</sup>. \* La ley de Partida<sup>5</sup> los denomi-

(a) El uso de los esponsales, dice Pothier, (*Traité du contrat de mariage* part. 2 cap. 1 art. 1) es muy antiguo entre los hombres, pues se observaba en los pueblos del *Latium*, segun el testimonio de Servio Sulpicio, citado por Aulio Gelio (*Noct. Attic.* lib. 4 cap. 4), de los cuales pasó á los romanos (L. 2 ff *De spons*). No fueron desconocidos á los griegos; y por último, subiendo á la mas remota antigüedad, encontramos que Raquel fué prometida á Jacob mucho tiempo ántes de que la recibiese en matrimonio (Genes. cap. 29). Sobre este punto puede verse á Elizondo, *Práctica universal forense*, tom. 7 cap. 1. La razon de tal uso la da San Agus-

tin (Can. 35, 27 q 2) cuando dice: „*Constitutum est, ut jam pactae sponsae non statim tradantur, ne vilem habeat maritus dotam, quam non suspiravit sponsus dilatare*“.\* Pero aunque los esponsales deben preceder al matrimonio cuando se celebran, no por esto se infiera que no puede contraerse matrimonio sin haberse celebrado ántes los esponsales.  
 1 L. 1 tit. 1 part. 4.  
 2 L. 1 D. *De sponsalibus*.  
 3 Can. 3, 30 o. 5.  
 4 Pothier, obra y lug. cit.  
 5 L. 1 cit.

na „*Desposorio*“ y los define: „*Prometimiento que fazen los omes por palabra quando quieren casar*“.

2. \* Los esponsales son un contrato consensual que se constituye por solo el consentimiento<sup>1</sup>; de manera que la ley<sup>2</sup> que ordena que se reduzcan á escritura pública, es solo relativa á la manera de probarlos en juicio, y de ningun modo á la sustancia del acto<sup>3</sup>. El consentimiento en ellos debe ser expresado por ambas partes con palabras<sup>4</sup>, ú otras señales que puedan manifestar el ánimo de los contrayentes<sup>5</sup>; de otro modo y siendo puramente interno, no se entenderian mutuamente, y no podria aceptar el uno la promesa que le hacia el otro<sup>6</sup>. Debe asimismo dimanar de cierta ciencia y libre albedrio; pues si estas circunstancias se requieren en todos los negocios humanos, con mayor razon deberán exigirse en los esponsales, por los que los contrayentes se comprometen á un asunto de tanta gravedad, cual es el matrimonio. Por lo mismo se vician, y son de ningun valor y efecto los esponsales celebrados interviniendo error acerca de alguna cosa esencial, como sobre la persona con quien se contraen, ó aun cuando en ella misma no haya equivocacion, si se juzgare hábil para casarse, no siéndolo. Del mismo modo son nulos si se verificare coaccion injusta, ó miedo grave que cae en varon constante, aunque provenga de un tercero<sup>7</sup> y haya mediado juramento<sup>8</sup>, con tal que una y otro se infieran con objeto de llevar al cabo la celebracion de los esponsales; pues en todos estos casos claro es que falta el consentimiento: y aunque se dice que *la voluntad forzada es voluntad*<sup>9</sup>, no lo es libre y espontánea cual se requiere en este contrato<sup>10</sup>. Sin embargo, los esponsales de esta clase convalecerán, si descubierto el error, extinguida la fuerza, ó depuesto el temor, se ratificaren<sup>11</sup>. Los esponsales contraidos á impulsos de amor, ira ú otra violenta pasion, son válidos, porque en esos casos no se perturba el ánimo del hombre de tal manera que sus actos dejen de ser libres y voluntarios<sup>12</sup>. Es cierto que una ley<sup>13</sup> establece: „*Que lo que*

1 L. 4 D. *De sponsalibus*. Citado Pothier y Pichler, *Jus canonicum*, lib. 4 tit. 1 n. 3.  
 2 Pragmática de 28 de abril de 1803, ó ley 18 tit. 2 lib. 10 de la N.  
 3 Pothier, obra y lug. cit.  
 4 Ley 1. cit.  
 5 L. 5 tit. 2 part. 4 caps. 23 y 25 *De sponsalibus et matrim.*  
 6 Murillo *Cursus jur. can.* lib. 4 n. 4.  
 7 L. 28 tit. 11 part. 5. Cap. 11 *De desponsat. impub.* Controvierten los autores con presencia de este capítulo, sobre si los esponsales celebrados por miedo son *ipso jure* nulos, ó solamente rescindibles. Nosotros fundados en la razon expuesta, nos hemos decidido por la primera opinion

que siguen Sanchez, *De matrimonio*, lib. 4 Disp. 19 n. 3, los autores que él cita y Calavario, *Inst. jur. can.* 2 part. cap. 26 § 3, contra Murillo, Pichler y otros que defienden la contraria.—E.  
 8 Cap. 2 *De eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.* l. 28 cit.  
 9 L. 21 § 1 D. *De eo quod metus causa* C. l. 15 q. 1 cit. l. 28.  
 10 Cavalario lug. cit.  
 11 El mismo.  
 12 Sanchez *De matrim.* lib. 1 disp. 8 n. 5. Molina *De just. et jur. tract.* 2 disp. 267 n. 1.  
 13 L. 16 tit. 34 part. 7.

el ome fazè ó dice con encendimiento de suña, non deve ser judgado por firme;" pero se entiende de la ira en sumo grado, la cual como no se da sino raras veces, en duda deberá siempre presumirse á favor del acto de que se trata<sup>1</sup>.\*

3. \*Los canonistas distinguen dos especies de esponsales, unos que llaman de futuro y otro de presente<sup>2</sup>. Los primeros, que lo son propiamente y de que aquí tratamos, son la promesa de futuro matrimonio, como los hemos definido en el número 1; los segundos son el consentimiento actual en el matrimonio, y por lo mismo constituyen ya un matrimonio rato, cuyo nombre deberían tener mas bien que el de esponsales, que les da la generalidad de los hombres<sup>3</sup>. Tambien dividen algunos<sup>4</sup> los esponsales en simples y cualificados; simples se dicen cuando no hubo mas que la promesa de casamiento; y cualificados, cuando se les agregan, ó juramento, ó el estupro de la esposa bajo de la fe y palabra de futuro matrimonio.\*

4. Siendo los esponsales un contrato, pueden celebrarse con juramento ó sin él<sup>5</sup>, y entre ausentes por procurador especial ó carta<sup>6</sup>; 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 demostracion, como en este ejemplo, prometo casarme con N. que tiene tal ó tal circunstancia<sup>7</sup>. Las condiciones deben ser honestas y conformes á la naturaleza del desposorio<sup>8</sup>; y si fueren torpes ó imposibles, no le vician ó anulan, pero se tienen por no puestas<sup>9</sup>. Los desposorios celebrados de cualquiera de estos modos, no obligan sino

1 Sanchez lug. cit. núms. 10 y 11.

2 L. 2 tit. 1 part. 4. Capp. 13 De praesumptionibus, y 22 y 31 De sponsalibus. Esta distincion, dice Cavalario (lug. cit.), fue introducida por los antiguos escolásticos y canonistas para desterrar la ambigüedad que tenian en las antiguos monumentos las voces esponsales y esposos, las que en varios fragmentos de los padres se confunden y alternan con los terminos nupcias y cónyuges, (Can. 6. 9 y 12 C. 27 q. 2); y en otros monumentos ya se da á los esponsales el mismo valor que al matrimonio (Can. 11, 14 y 15 eod), ya se les supone una cosa diversa de él (Can. 18, 34 y 39 eod). Para concordar pues estos lugares opuestos, los escolásticos en aquellos siglos en que estaban en boga las distinciones, inventaron la expresada en los esponsales, enseñando que se hablabla de los de presente en todos los textos en que se les atribuía la misma fuerza que al matrimonio, y de los de futuro en los que se les negaba esta cualidad. Los pontífices despues confirmaron tal distincion, acomodándose á ella en sus decisiones (Capp. De praesumpt. y 22

De sponsal).

3 L. 2 cit. al fin.

4 Elizondo Práctica universal forense tomo 7 cap. 2.

5 L. 2 vers. La tercera tit. 1 part. 4.

6 L. 1 id. la cual añade, „non se repentien. „do aquel que embió el mandadero ó el „personero, ante que el otro á quien lo „embia aya consentido.—E.

7 L. 2 y 3 de id.

8 LL. 3, 4 y 5 tit. 4 part. 4.

9 L. 6 de id. Esta doctrina debe entenderse conforme al derecho de las Partidas, pues la citada ley habla en las desposajas y en los casamientos; mas segun el derecho comun las condiciones imposibles anulan los esponsales (Cavalario y Pothier lug. cit.): porque los que pactan bajo tales condiciones parece que hablan de burlas y no seriamente, y por lo mismo en ese caso son de ningun momento: non solum stipulationes..... sed etiam caeteri quoque contractus; como se expresa el juriconsulto Meciano (L. 31 D. de O. et A). Es cierto que el cap. fin. De condit. appos. establece lo mismo acer-

cumplida la condicion, causa, manera ó demostracion con que se hicieron<sup>1</sup>. \*Sin embargo, como toda obligacion condicional confiere á aquel á cuyo favor se otorgó, facultad de practicar actos conservatorios del derecho que espera tener, aunque no lo tenga todavía, si alguno de los que contrajeron esponsales condicionados trata de enlazarse con otra persona, pendiente la condicion, podrá en este caso el interesado en ellos, oponerse al matrimonio é impedirlo en su virtud<sup>2</sup>.\*

5. \*En los esponsales pueden constituirse arras por una y otra parte<sup>3</sup>. Por arras entendemos aquí aquella cantidad pecuniaria, ó cosa especial que los esposos se entregan mutuamente en señal ó prenda de que contraerán matrimonio, en cuyo caso si este se verifica puede el que las dió repetirlas; pero si no se llevare á efecto por retraerse de él alguno de los esposos sin motivo, si tal hiciere el que las dió, las perderá; y si el que las recibió, las restituirá duplicadas<sup>4</sup>, y aun cuadruplicadas si así se hubiere pactado<sup>5</sup>. Cuando el que se retrajere sea menor de veinte y cinco años, no perderá las arras; lo que tampoco sucederá al padre de la esposa que las hubiere dado, si aquella se apartare contra su voluntad<sup>6</sup>.\*

6. \*Puede tambien pactarse en los esponsales, que el que se apartare de ellos sin razon pague al otro alguna pena; la cual se diferencia de las arras, en que solamente se promete y no se entrega como estas, y en que suele constituirse en mayor cantidad que ellas<sup>7</sup>. El cap. XXIX De sponsalibus, y las leyes 1 tit. 11 part. 4 y 39 tit. 11 part. 5 reprueban este pacto como contrario á la libertad con que deben celebrarse los matrimonios; pero muchos autores<sup>8</sup> juzgan que dicha prohibicion solo tiene lugar cuando se pacta indistintamente el pago de la pena por el que se retraiga con razon ó sin ella, mas no cuando se limita al que se apartare injustamente; en cuyo caso no puede decirse que se disminuye la libertad con que debe contraerse el matrimonio, así como esto no se verifica cuando se emplean varios medios compulsivos, de que hablaremos adelante, para obligar á cumplir los esponsales al esposo que sin razon está re-nuente al matrimonio<sup>9</sup>.\*

ca de las condiciones imposibles; pero esta decretal, como advierte el precitado Pothier, habla en el caso de un matrimonio, y no debe extenderse á los simples esponsales de futuro, especialmente cuando contradice al derecho comun, y se trata de imponer una obligacion de tante gravámen y trascendencia.—E.

1 L. 3 tit. 4 part. 4.

2 Pothier Traite du contrat de mariage part. 2 cap. 1 art. 3 n. 35.

3 LL. 38 tit. 18 part. 3 y 1 tit. 11 part. 4, y en ella Greg. Lop. glos. 4. Cobarra-

vias. De sponsalibus part. 2 cap. 3 § 7 n. 7. Gutierrez. De matrimonio cap. 18 n. 8. Sanchez. De matrimonio lib. 1 disp. 55 n. 14.

4 LL. 3 y 15 C. De sponsalibus &c.

5 Sanchez De matrimonio lib. 1 disp. 36 n. 11.

6 Sanchez lug. cit. n. 8.

7 Arg. de la ley 4 D. ad S. C. Vellejan.

8 Barbosa en el cap. 29 De sponsalibus n. 10. Suarez lib. 2 De juram. cap. 23 n. 5.

Murillo. Cursus jur. canon. lib. 4 n. 10.

9 Murillo lug. cit. n. 11.

7. \*Como los esponsales se contraen por el consentimiento en el futuro matrimonio, podrán celebrarlos todos, excepto los incapaces de consentir en él. De aquí es que son inhábiles para contraerlos los furiosos, locos y mentecatos<sup>1</sup>; á ménos que tengan lúcidos intervalos y en alguno de ellos los verificaren, ó que recobrado el uso de su entendimiento ratifiquen los que hubieren hecho<sup>2</sup>. Asimismo lo son los privados del uso de sus sentidos de tal manera, que no puedan instruirse de lo que es el matrimonio, ni manifestar su consentimiento á lo ménos con señales; pero si de algun modo pudieren ejecutar uno y otro, valdrán los que celebren<sup>3</sup>. Por último, por defecto de consentimiento tampoco pueden contraerlos los menores de siete años, á no ser que en cumpliéndolos, ó poco ántes si la edad se suple con la malicia<sup>4</sup>, en cuyo caso ya son hábiles para celebrarlos, los ratifiquen<sup>5</sup>. Mas en atencion á la ligereza y fragilidad de juicio propia de la impubertad, se permite á los que en ella hubieren contraído esponsales, que en llegando á la pubertad se aparten de ellos si quisieren<sup>6</sup>; lo cual se entiende siendo ambos impúberes, pues si uno lo fuere y el otro no, este no podrá apartarse, aunque aquel tenga facultad de hacerlo<sup>7</sup>.\*

8. \*Siendo el efecto de los esponsales obligar al matrimonio, se sigue que para celebrarlos válidamente, además de la capacidad para consentir, es necesaria habilidad en los contrayentes para casarse; de otro modo no valdrán, como que de ellos resultaria obligacion á una cosa imposible moralmente. Por esto todos los autores convienen en que no pueden contraer esponsales los incapaces de celebrar matrimonio, ó que á lo ménos no puedan honestamente esperar el verificarlo legalmente alguna vez<sup>8</sup>. De aquí se infiere, que un hermano y una hermana no pueden celebrar esponsales, pues son absolutamente inhábiles para el matrimonio; que un hombre casado tampoco puede hacerlo; porque aunque podria enlazarse con otra cuando muriese su muger, no es honesto esperar este acaecimiento; y por último que los impúberes sí pueden desposarse, porque aunque no sean aptos en la actualidad para casarse, no es inhonesto el que intenten verificarlo, y difieran tácitamente el cumplimiento de su obligacion hasta la llegada de la pubertad.\*

9. \*Muchos autores<sup>9</sup> juzgan que los que tienen impedimento dispensable para contraer matrimonio, bien podrán celebrar espon-

1 L. 6 tit. 2 part. 4 cap. 24 *De sponsalibus*.

2 L. 6 cit.

3 L. 5 tit. 2 part. 4 cap. 23 *De sponsalibus*.

4 L. 12 allí: „ó poco ménos“ tit. 1 part. 4. Murillo *Curs. jur. canon.* lib. 4 n. 42.

5 L. 6 tit. 1 part. 4 caps. 4, 10 y 12 *De desponsat. impub.* y único *cod.* in 6.

6 Cap. 8 *De desp. impub.* L. 8 vers. *La novena* tit. 1 part. 4.

7 Cap. 7 de id. Cit. ley 8.

8 Pothier, *obra cit.* part. 2 cap. 1 art. 2.

9 Citados por Murillo. *Curs. jur. can.* lib. 4 n. 4 al fin.

sales válida y eficazmente, bajo la condicion *de que el Papa lo dispense*; mas Berardi<sup>1</sup> dice muy bien, que en semejante caso solo podrá decirse que hubo un simple tratado de matrimonio, pero no una convencion esponsalicia de la que resulte obligacion de celebrarlo. La razon es, porque aun para los contratos condicionales se requiere idoneidad en los contrayentes al tiempo de celebrarlos, sin ser bastante que la tengan solo desde que llegue la condicion<sup>2</sup>. Ni se diga que en este caso los contrayentes debian considerarse hábiles desde el principio, en virtud de que la condicion cumplida se retrotrae al tiempo conveniente; porque esta regla no tiene lugar en las condiciones relativas, como la de que se trata, á la capacidad de los contrayentes.\*

10. \*Los esponsales que los padres celebraren en nombre y sin mandato de los hijos púberes ó impúberes, obligan á estos siempre que consintieren en ellos expresa ó tácitamente, como si estando presentes á su celebracion, callasen y no lo contradijeren<sup>3</sup>, á no ser que su silencio provenga de vergüenza, obediencia ó temor, porque probándolo así con algun indicio, ó con juramento que deberá admitirseles, habrán de ser absueltos de tal obligacion aun en el fuero externo<sup>4</sup>: si los hijos estuvieren ausentes, ó ignorasen lo hecho por su padre, será necesario para el valor de los esponsales, que aquellos los ratifiquen despues tácita ó expresamente. Fuera de estos casos los esponsales contraídos por los padres á nombre de los hijos, sin su mandado no producirán ningun efecto<sup>5</sup>. Y se advierte que todo lo dicho está establecido solamente en los padres, y por lo mismo, y por ser muy especial no deberá extenderse á los hermanos mayores respecto de los menores, al tutor ó curador en cuanto al pupilo ó menor, &c.<sup>6</sup>.\*

11. Si un padre 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 cual de ellas prometia; y si una 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 ántes de hacer este señalamiento usase de alguna de ellas, deberá tomar por muger esta y no otra<sup>7</sup>; \*pues respecto de las demas contraído con ese hecho un parentesco de afinidad en primer grado canónico, que anularia su matrimonio con cualquiera de ellas: y lo dicho se entiende siempre que el padre lo pida, porque si se reusare, no deberá obli-

1 *Commentaria in jus ecclesiasticum* tom. 3 diss. 1 quaest. 3.

2 L. 26 D. *De stipul. servor.*

3 Cap. único § 2 *De desp. imp.* in 6. Arg. de la ley 10 al princ. tit. 1 part. 4.

4 Sanchez *De matrimonio* lib. 1 disp. 23 n. 3 y 4. Pichler. *Jus canon.* lib. 4 tit. n. 1 29.

5 Cit. cap. únic. al fin.

6 Citado Pichler en el mismo lugar.

7 L. 11 tit. 1 part. 4.



gársele á entregar á la hija; de otro modo, seria privado injustamente del derecho de elegir que le compete como deudor alternativo, por el hecho del esposo<sup>1</sup>. \* 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*<sup>2</sup>.

12. \* Los esponsales deben contraerse con persona determinada, del mismo modo que el matrimonio al cual son via y preparacion<sup>3</sup>. Por lo mismo si alguno prometió casarse con alguna de dos hermanas, está obligado á elegir una de ellas con la que cumpla su promesa, advirtiendo que si conociere carnalmente á alguna, esa se tendrá por elegida<sup>4</sup>. Igualmente si alguno prometió á tres jóvenes casarse con la que de ellas le hiciese algun obsequio, si una lo verificare deberá tomarla por esposa; si dos, habrá de enlazarse con la que lo hubiere prestado primero<sup>5</sup>; y si todas á un tiempo, cumplirá casándose con cualquiera, porque en las promesas alternativas la eleccion corresponde al deudor<sup>6</sup>. \*

13. Por los esponsales quedan mutuamente obligados el varon y la muger á contraer matrimonio, y cualquiera de ellos que se niegue á verificarlo, puede ser obligado á ello por el juez competente<sup>7</sup>; á ménos que tenga alguna justa causa para no querer. De consiguiente una vez celebrados los desposorios, y mientras no se disuelvan por alguna de las causas justas señaladas en el derecho, son impedimento para otros; y aun cuando los primeros se hubiesen celebrado sin juramento, y los segundos fuesen confirmados por él, no quitarán estos la fuerza á aquellos<sup>8</sup>. \* Si al celebrarlos se hubiere fijado algun término para contraer el matrimonio, deberá verificarse este cuando espire aquel, si despues no acordaren otra cosa los interesados<sup>9</sup>; mas no habiéndose asignado plazo, aunque en rigor de

1 Berardi, obra cit. diss. 1 quaest. 4.

2 L. 3 tit. 1 part. 4.

3 Arg. del cap. únic. *De sponsal.* in 6.

4 Sanchez *De matrim.* lib. 1 disp. 26 n. 12.

5 Arg. del cap. 54 de R. J. in 6.

6 Cap. 70 de id. id. Sanchez. *De matrim.* lib. 1 disp. 26 n. 4. Sobre los casos propuestos en los dos números anteriores, debemos advertir con Berardi, (*Obra y lug. cit. quaest. 4*) que son muy diversos del de que se trata en el cap. IV *de sponsalibus*. En esta decretal se refiere que H. prometió que daría para casarse una de sus hijas (se entiende con su consentimiento) á uno de los hijos de L., añadiendo que si por cualquier motivo no se verificaba el matrimonio, se casaría entónces con otro hijo del mismo L. Consultado sobre esto el Pontífice Alejandro III rescribió, que subsistían los esponsales respecto del primer hijo, y no respecto del segundo, aunque al fin no se hubiera verificado el matrimonio con aquel; lo cual en

esa especie es muy conforme á derecho, porque de los primeros esponsales ciertos resultó un impedimento de pública honestidad, que inhabilitaba al segundo hijo para el matrimonio con la misma muger. No sucede así en nuestros casos: porque en ella la promesa de casarse no se contrajo á determinada muger, de manera que puede decirse que se verificó con la condicion de que si no se verificaba con una se verificaria con otra; en cuyas circunstancias es claro que no resistirá la pública honestidad que se case con la segunda, el que jamas fué esposo de la primera. Esto mismo parece que indica Bonifacio VIII, cuando en el cap. únic. *De sponsalibus* in 6, establece, que de esponsales inciertos no nace dicho impedimento.—E.

7 L. 7 tit. 1 part. 4 caps. 10 y 17 *De sponsal.*

8 L. 8. vers. *Mas si algunos*, tit. 1. part. 4. cap. 22. *De sponsalibus*.

9 L. 12. C. *De contrah. stipulat.* L. 14. tit. 11. part. 5.

derecho comienza la obligacion eficazmente desde el dia del contrato<sup>1</sup>, puede por lo regular una parte diferir su cumplimiento hasta que se le exija por la otra<sup>2</sup>. \*

14. \* Acerca de los medios graduales de compulsion que han de usarse con los esposos renuentes sin justa causa á contraer matrimonio, se encuentran dos disposiciones eclesiásticas que parecen contrarias entre sí: la primera es del Papa Alejandro III,<sup>3</sup> en la cual, informado su santidad de hacer uno contradiccion á reducir á matrimonio ciertos esponsales, comete el asunto al obispo de Portiers, diciéndole que primero amoneste, y si no alcanzasen las exhortaciones, compela por censuras al renuente para que se case y trate á la muger con afecto de marido. La otra disposicion canónica es del pontífice Lucio III,<sup>4</sup> quien acordó fuese mas bien amonestada una muger que resistia llevar á ejecucion los esponsales jurados que apremiada, por deber ser siempre libres los matrimonios y causar en ellos frecuentemente las coacciones perniciosos efectos. Pero la opinion comun de los autores entiende en esta decretal la expresion latina *potius* como equivalente á *prius* que significa *antes*, y no otra cosa alguna<sup>5</sup>, y por lo mismo desaparece la contradiccion que á primera vista existia. Algunos escritores nimiamente piadosos hácia el sexo femenino, entienden la primera resolucion con respecto al hombre, y la segunda de la muger; así porque estas causan un leve perjuicio al varon con su desistimiento, como tambien porque son mas temibles, é irreparables los malos éxitos de un matrimonio á que sea apremiada la muger<sup>6</sup>; pero el Sr. Elizondo advierte muy bien, que semejante diversidad de derecho carece de justo fundamento, y en su concepto ambas disposiciones terminan á un mismo fin, esto es, que los jueces vigilen y se valgan de todos los medios y arbitrios cristianos de exhortacion para inclinar al injusto renuente á satisfacer su empeño<sup>7</sup>. \*

15. \* Con arreglo pues á lo dicho, los medios de compulsion que en este caso pueden practicarse, son las amonestaciones y las censuras; pero como este sea el último auxilio de que deba valerse la jurisdiccion espiritual para hacerse obedecer, apurados ántes todos los recursos<sup>8</sup>, será ántes indispensable el uso de la cárcel para refrenar el orgullo de los reos, quienes en este caso sufren la prision por pena, no para custodia<sup>9</sup>. Mas para procederse á esta especie

1 L. 14. de R. J.

2 Murillo *Curs. jur. canon.* lib. 4. n. 7. Pi. ehler *Jus. canonic.* lib. 4. tit. 1. n. 40. y los que cita contra otros.

3 Cap. 10. *De sponsalibus*.

4 Cap. 17. id.

5 Glos. in cap. 10. *De sponsalibus*. Sanchez

*De matrimonio*, lib. 1. disp. 29. n. 4.

6 Cosci *De sponsalibus*, decis. 3.

7 *Práctica universal forense*, tom. 7. cap. 20. n. 6.

8 Conc. Trid. ses. 25. cap. 3. *De reformatione*.

9 Elizondo, *lug. cit.* n. 8. Murillo *Curs. jur. can.* lib. 4. n. 7.

de coaccion, es necesaria suma prudencia y moderacion; pues si bien el que sufre prision cuando es necesaria, no se dice ni entiende violentado por haber dado voluntariamente causa á ella; si llegase á ser de excesiva duracion, influirá en el ánimo, y vendrá á obligar al preso á fingir un casamiento que solo puede preservarle de ella<sup>1</sup>. Por lo mismo creemos con el precitado Elizondo<sup>2</sup>, que toda esta materia pende del prudente arbitrio del juez, atendidas las circunstancias y la persona del que sufre la cárcel; pero sin que pase jamas de tres años, pues entónces ya induce un consentimiento forzado, capaz de caer en varon constante, é ineficaz para dar valor al matrimonio; sobre lo que Cristobal Cosci<sup>3</sup> refiere una declaracion de la sagrada Rota con fecha de 21 de febrero de 1718.

16. \*Si no fuesen suficientes las exhortaciones y la cárcel moderada, se echará mano de las censuras (a), cuyo remedio, dice el Sr. Elizondo<sup>4</sup>, establecieron los cánones como medicina para los espíritus enfermos, esto es, para los esposos vacilantes en su voluntad, mas no para los tenaces y endurecidos, que léjos de temer respetuosos la excomunion, la mirarian con desprecio. Impuesta una vez, añade el mismo autor<sup>5</sup>, aunque las leyes eclesiásticas dejan al arbitrio de los superiores su duracion con respecto al esposo injusto y renuente, si llegase á pasar un año sin utilidad ni fruto, no ha de continuarse apremiando á aquel espíritu enfermo, que teniendo en su mano la salud con solo implorar la absolucion, quiere morir en su pecado<sup>6</sup>.

17. \*En todos estos casos el uso de varios medios coactivos no ofende la libertad con que debe contraerse el matrimonio, porque el que celebró los esponsales, al hacer la promesa é imponerse una obligacion usó de su libertad; del mismo modo que sucede en los demas contratos, en los cuales lo que al principio es voluntario, despues se constituye necesario<sup>6</sup>. Ademas, si en los casos dichos el matrimonio se celebra por miedo, este se infiere justa, no injustamente, y por lo mismo no lo anula<sup>7</sup>.

1 Sanchez *De matrimo.* lib. 4. disput. 13. ns. 8 y 9.

2 Lug. cit. n. 13.

3 *De sponsalibus*, decis. 40 y 41.

(a) Covarrubias en sus *Maximas sobre recurso de fuerza*, tit. 28. max. 7. dice: que si despues de declarados válidos y subsistentes los esponsales, el juez eclesiástico apremia con censuras al renitente á que los reduzca á verdadero matrimonio, podrá introducirse el recurso de fuerza en el modo; dando por razon, que no es muy conforme al espíritu de los cánones ni á las leyes el que se use de las armas espirituales para la ejecucion de un contrato puramente temporal, y que nada tiene de espiritual hasta que se verifica el sacramento. Aña-

de, que le parece mas acomodada y conforme á los cánones la práctica de los tribunales eclesiásticos de Francia, reducida á que cuando alguna parte se resiste á cumplir los esponsales, sin mas causa ni motivo que la mudanza de voluntad, el oficial ó provisor le impone alguna penitencia canónica, que consiste en oraciones, limosnas ó ayunos, y le condena en costas, reservando á la otra parte su derecho para demandar ante el tribunal secular los daños y perjuicios.—E.

4 Lug. cit. n. 15.

5 Lug. cit. n. 16. citando á Cosci, *decis.* 19.

6 L. 5 C. *De oblig. et action.*

7 Murillo *Curs. jur. can.* lib. 4. n. 7.

18. \*El esposo ó la esposa que sin justa causa se resistiere al cumplimiento de los esponsales exigiéndolo el otro interesado, deberá ser condenado por el juez á satisfacer á este los daños y perjuicios que de ello se le sigan<sup>1</sup>; en cuyo caso si la parte inocente pidiere por esto una cantidad excesiva, la moderará el juez á lo que fuere justo y equitativo, á ménos que aquel á quien se pide consintiere en pagarla<sup>2</sup>. Estos daños y perjuicios consisten en los gastos que se han ocasionado con motivo de las pretensiones matrimoniales, en la pérdida de tiempo que ellas han causado, y por último en la afrenta que sufre la parte á quien se ha faltado á la fe, principalmente cuando aquellos esponsales podrán servirle de obstáculo para lograr otro establecimiento; todo lo cual se regula segun las circunstancias y cualidad de las personas. Los jueces, cuando verifiquen una condenacion de esta clase, no deben añadir la alternativa, si la parte á quien la imponen no prefiriere casarse; porque esta cláusula se juzga indecorosa y ofensiva de la libertad con que debe contraerse el matrimonio<sup>3</sup>.

19. \*El juez competente para conocer de la causa de esponsales y apremiar á cumplirlos al esposo renuente, es el eclesiástico<sup>4</sup>. Sin embargo, debemos distinguir en este punto, así como en otros, la cuestion de hecho de la de derecho; si solamente se disputa de este, por ejemplo, si los esponsales son válidos ó nulos, el conocimiento es privativo de la jurisdiccion eclesiástica; pero si se controviere sobre un hecho, como si se contrajeron ó no, bien puede conocer el juez secular<sup>5</sup>. Asimismo, la demanda de daños é intereses puede en este caso entablarse ante el secular; pues entónces, como dice el Sr. Elizondo, conoce el magistrado de la cuestion pura de hecho temporal, y profana del quebrantamiento de una palabra en agravio de un ciudadano ofendido, sin proferir su sentencia sobre punto alguno de derecho. Pothier<sup>6</sup> es de opinion que si el

1 Sanchez *De matrimonio*, lib. 1. disp. 30. n.

15. Barbosa en el cap. 29. *De sponsalibus*, n. 6. l. un. C. *De sentent. quae pro eo*, cap. fin. *De injur.*

2 Pichler *Jus canon.* lib. 4. tit. 1. n. 42.

3 Pothier *lug. cit.* ns. 53 y 54.

4 LL. 56. tit. 6. p. 1 y 7. tit. 1. part. 4. Conc. Trid. can. 12. ses. 24. En orden de 15 de agosto de 1775 se previno, que de las demandas sobre esponsales contra oficiales del ejército conozca el juez eclesiástico; y que hallándolos obligados remita copia legalizada de su sentencia al comandante general, para que verificado por este el despojo del empleo, proceda aquel con arreglo á justicia. En la de 28 de noviembre del mismo año se declaró, que la anterior comprende á todos los individuos y dependientes del ejército; añadiéndose, que

si el demandado fuere sargento, cabo, tambor o soldado, verificada la obligacion de casarse, se hará que la cumpla, continuando en el servicio sin novedad los que no tuvieren tiempo determinado, y los que lo tengan servirán cuatro años mas de su empeño, para cuyo cumplimiento pasará el juez eclesiástico copia autorizada de la sentencia al coronel ó comandante de quien dependa. Por último en 20 de julio de 1777 se mandó que no causasen efecto las órdenes antedichas, hasta que con las resultas de la apelacion quede ejecutoriada la sentencia; hasta cuyo caso no se remitirá el testimonio correspondiente.—E.

5 Sanchez *De matrim.* lib. 1. disp. 29. n. 9. Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 7. cap. 14. n. 18.

6 Lug. cit. n. 52.

eclesiástico pronunciase sobre tal demanda, habria lugar al recurso de fuerza; lo que nos parece muy conforme al espíritu de nuestras leyes<sup>1</sup> \*.

20. \*Para que en los tribunales eclesiásticos sean admitidas las demandas de esponsales, es necesario que los contrayentes los hayan celebrado con consentimiento de sus padres, abuelos &c., y de todas las otras personas cuyo permiso requieran respectivamente para contraer matrimonio<sup>2</sup>, segun explicaremos en el capítulo siguiente. Además se exige que sean prometidos por escritura pública<sup>3</sup>; pues sin este requisito aunque producen obligacion, es solamente natural y no civil, cuyo cumplimiento no puede exigirse en juicio. Si se admitiese alguna demanda fuera de los términos expresados, podrá introducirse recurso de fuerza en el modo<sup>4</sup> \*.

21. \*En las causas de esponsales se procederá, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles<sup>5</sup>. Por lo mismo, en ellas deberá preceder conciliación<sup>6</sup>; y si la curia eclesiástica al admitirlas recibiese informacion de testigos en su apoyo, y decretase ó la prision del hombre ó el secuestro de la demandada, hará fuerza en el modo de conocer y proceder; y si se expidiese el auto de tercer género que acostumbra con mas frecuencia los tribunales superiores, deberá extenderse el decreto en esta forma: „*Reservando el juez eclesiástico sus providencias, y reservándolas para el tiempo oportuno de la causa, no hace fuerza: no lo haciendo la hace*”<sup>7</sup> \*.

22. \*Cuando los esponsales son legítimos y obligatorios, y está por lo mismo la esposa civil y canónicamente obligada á su cumplimiento, si padeciere opresion, fuerza ú otro insulto que le impida la libertad racional de contraer matrimonio, podrá pedir y el juez deberá acordar su extraccion de la casa donde estuviere, y que se deposite en otra de seguridad y confianza. Esta peticion solo podrá hacerla la misma oprimida, por ser personalísima<sup>8</sup>, y de ella en el caso de esponsales, podrá conocer el eclesiástico, impartiendo para su ejecucion el auxilio del brazo secular<sup>9</sup> \*.

23. \*Los esponsales legítimamente contraidos se disuelven no solo por la muerte de uno ó ambos esposos, sino tambien por otros varios modos expresos en los cánones y en las leyes. El 1.º es el mutuo disentiimiento<sup>10</sup>; pues este contrato toma su fuerza del con-

1 Arg. de la ley 20. tit. 1. lib. 2. N.

2 L. 18. tit. 2. lib. 10. N. Ordenes de 8 de julio de 1787 copiadas por Colón *Juzgados militares*, tom. 1. pag. 308, y de 2 de septiembre de 1817, y l. 7. § 1. D. *De sponsalibus*.

3 Cit. l. 18.

4 Gomez Negro *Elementos de práctica forense*, pág. 185.

5 Cit. l. 18.

6 Arg. del art. 4. de la ley de 18 de mayo de 1821.

7 Elizondo, lug. cit. cap. 16. n. 14.

8 El mismo cap. cit. n. 17.

9 L. 16. tit. 2. lib. 10. N.

10 L. 8. vers. *La quinta*, tit. 1. part. 4. cap.

2. *De sponsalibus*.

sentimiento recíproco, y no hay nada mas natural, sino que todas las cosas se disuelvan del mismo modo que se contrajeron<sup>1</sup>. Sobre esto debe advertirse, que si los esposos fueren impúberes, en atencion á la inestabilidad de su juicio, no se les permite que se aparten de los esponsales hasta que lleguen á la pubertad<sup>2</sup>; en cuyo caso, como ya se dijo arriba<sup>3</sup>, muy bien pueden apartarse aunque no tengan para ello justa causa, y sin que, si el uno se hace puber primero que el otro, deba aguardar la pubertad de este<sup>4</sup>. A este modo de disolverse los esponsales puede reducirse la falta de cumplimiento de la condicion, cuando se celebraron bajo de ella; pues entonces es claro que falta el consentimiento, que solo se prestó para el caso de la existencia de aquella<sup>5</sup>. En 2.º lugar se disuelven si alguno de los esposos contrae matrimonio con otra persona; porque como este vinculo es indisoluble y mas fuerte que el de los esponsales, prevalece á ellos<sup>6</sup>. 3.º Si alguno de los esposos entra en religion, ó el varon recibe órdenes sagradas, porque el voto de castidad que incluyen ambos estados los inhabilita para el matrimonio<sup>7</sup>. 4.º Si en alguno de ellos sobreviene ó aparece despues de contraidos los esponsales alguna mutacion notable, ya en lo fisico, como si contrajesen alguna enfermedad contagiosa, ó perdiesen los ojos ó las narices; ya en lo moral, como si se empeorase la fortuna de alguno, hubieren cometido algun crimen infamante, ó naciese grave enemistad entre sus respectivas familias<sup>8</sup>; pero en todos estos casos, si el que no padeció la mutacion hubiere continuado tratando al otro á la manera de esposo como ántes lo hacia, se entiende que renunció el derecho para apartarse de los esponsales<sup>9</sup>; lo que con mucha mas razon deberá decirse si se conocieren carnalmente<sup>10</sup>. 5.º Si alguno de los esposos tuviere con otra persona cópula carnal<sup>11</sup>; lo cual debe entenderse respecto de la esposa, no no solo cuando consienta voluntariamente, sino aun cuando haya sido forzada<sup>12</sup>. 6.º Si uno de los esposos partiere á países lejanos sin noticia ó contra la voluntad del otro, con ánimo de fijar su domicilio, quedará este libre de su compromiso, y podrá casarse con quien gustare. Si el viaje se hiciere con consentimiento de la otra parte, pactándose el regreso dentro de cierto término, deberá aguardarse hasta el cumplimiento de este; y si pasare sin verificarse, quedará aquella con la libertad que hemos dicho, aunque si el ausente

1 Cap. 1. de R. J. LL. 35. D. cod.

2 Cap. 7 y 8. *De sponsalibus*.

3 Num. 7 de este capítulo.

4 Murillo *Curs. jur. can.* lib. 4. n. 44.

5 Cap. 3. *De condit. apposit.*

6 L. 8. cit. vers. *La setena*, Cap. 31. *De sponsalibus*, Cap. 1. *De sponsalibus duor.*

7 L. 8. cit. vers. *La primera*, Cap. 1. y 2.

*Qui cleric. vel. rovent.*

8 L. 8. cit. vers. *La tercera*, Cap. 25. *De jur. rejur.* arg. del cap. 13. *De restitut. spoliat.*

9 Pothier, lug. cit. n. 63.

10 Sanchez *De matrim.* lib. 1. disp. 66.

11 L. 8. cit. vers. *La sexta*.

12 L. 8. cit. vers. *La octava*.

estuviere en parte no muy distante, deberá ántes certificarse de su ánimo<sup>1</sup>. Cuando no se supiere el lugar de la partida, deberá el otro aguardar hasta tres años, pasados los cuales ya quedará libre<sup>2</sup>. Por último, se disuelven en 7.º lugar los esponsales si contraen despues los esposos algun impedimento dirimente indispensable para el matrimonio<sup>3</sup>; pero si fuere dispensable, el que dió causa á él estará obligado á impetrar su dispensa, para evitar el daño que causaria á la otra parte con la falta de cumplimiento de los esponsales<sup>4</sup>. Si el impedimento fuere impediendo no se disolverán por él los esponsales<sup>5</sup>.

24. \*Acerca del segundo, quinto y sexto modo de disolverse los esponsales, se advierte que la disolucion no se entiende respecto de la parte en quien existe el motivo de ella, sino respecto de la inocente; de manera que si esta quiere, renunciando el derecho para apartarse, llevar al cabo el matrimonio pactado, la otra deberá verificarlo. De lo contrario se seguiria que el delincuente recibia provecho de su crimen, y que con él empeoraba á la vez la condicion de otro, contra dos reglas expresas de derecho<sup>6</sup>. Así pues, si el que se casó con distinta persona llegare á enviudar, podrá exigírsele entónces el cumplimiento de los esponsales<sup>7</sup>; cuyo derecho compete tambien contra el que hubiere tenido cópula con otro, ó se hubiere ausentado á regiones remotas en los términos arriba dichos, si alguna vez llegase á ser hallado por el respectivo interesado. Además, en el segundo y tercero de los casos dichos la disolucion se verifica *ipso jure*, pero en los otros es necesario que intervenga sentencia judicial<sup>8</sup>.

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

I.ª ESCRITURA DE LA 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 incon-

1 Murillo *Curs. jur. can.* lib. 4. n. 14.  
2 L. 8. cit. vers. *La segunda*.  
3 L. 8. cit. vers. *La sexta*.  
4 Murillo lug. cit.

5 Sanchez *De matrim.* lib. 1. disp. 56.  
6 L. 134. § un. de R. J. cap. 22. eod. in 6.  
7 Pothier, lug. cit. n. 59.  
8 L. 8. cit. al fin.

venientes 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 legítimo 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 contratante, y si lo hiciere, sean nullos; 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 recíprocamente, de que doy fe: asimismo se obligan á no reclamar este contrato, y si lo hicieren, á mas de no ser oídos 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 juramento 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 muto 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 (a). Previniendo 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.

(a) Véase lo que sobre este punto hemos dicho en los números 5 y 6 del presente capítulo.—E

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Francisca de tal, vecinos de ella, dijeron: que en tal dia, mes y año, contrajeron esponsales de futuro y se dieron mutua palabra de casarse *in facie Ecclesiae*, 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 del 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 si no 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 del otro, del mismo modo que ántes 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 impedirse 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 bajo 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. 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 así, puede aquel quedar ligado, y este en libertad; lo cual no es justo.

- 1 Definicion del matrimonio.
- 2ª Etimología de esta palabra.\*
- 3ª Divisiones del matrimonio.\*
- 4ª En él es indispensable el consentimiento de los contrayentes.\*
- 5ª Calidades que debe tener dicho consentimiento.\*
- 6ª Del matrimonio bajo de condicion.\*
- 7 y 8ª El matrimonio puede celebrarse entre ausentes por procurador, por nuncio ó por carta, y cómo habrá de formalizarse en todos estos casos?\*
- 9ª El matrimonio debe celebrarse con arreglo á las leyes, de cuya inobservancia resultan los impedimentos impeditos y dirimentes.\*
- 10ª Prohibicion de contraer matrimonio que han impuesto las leyes á ciertos individuos.\*
- 11, 12 y 13ª Personas sin cuyo consentimiento no pueden contraer matrimonio los menores de ciertas edades, y todo lo demas relativo á esta materia.\*
- 14 y 15ª Del permiso que respectivamente deben obtener para casarse los individuos del ejército.\*
- 16ª Del que necesitan los empleados civiles.\*
- 17ª De las proclamas ó amonestaciones.\*
- 18ª Del *vetitum Ecclesiae*.\*
- 19ª Del tiempo en que se cierran las velaciones.\*
- 20ª De los demas impedimentos impeditos.\*
- 21ª De los impedimentos dirimentes.\*
- 22ª De la falta de consentimiento en general.\*
- 23ª Del error.\*
- 24ª De la simulacion.\*
- 25ª De la fuerza y miedo.\*
- 26ª Del rapto.\*
- 27ª Del defecto de naturaleza en general y de la impubertad.\*
- 28ª De la impotencia.\*
- 29ª De la consanguinidad.\*
- 30ª Del parentesco legal.\*
- 31ª Del espiritual.\*
- 32ª De la afinidad.\*
- 33ª De la pública honestidad.
- 34ª De la disparidad de culto, órdenes sagradas, profesion religiosa y matrimonio anterior.\*
- 35ª De la clandestinidad.\*
- 36ª La presencia del párroco y testigos no ha de ser puramente física, sino moral y humana.\*
- 37ª Penas eclesiásticas del matrimonio clandestino, y las civiles remissivamente.\*
- 38ª Del impedimento de crimen.\*
- 39ª Penas de los que contrajeren matrimonio con algun impedimento dirimente.\*
- 40ª Juez competente para decidir las causas matrimoniales.\*
- 41ª De la acusacion de nulidad contra el matrimonio, y quiénes pueden intentarla.\*
- 42ª Disposiciones particulares acerca de la sustanciacion, pruebas y decision de las causas de nulidad de matrimonio.\*
- 43ª Del divorcio y sus divisiones.
- 44ª De la disolucion *quoad vinculum* del matrimonio puramente legítimo.\*
- 45ª De la misma en el rato y no consumado.\*
- 46ª El matrimonio consumado solo se disuelve *quoad vinculum* por la muerte de alguno de los cónyuges, y de las segundas nupcias del superstite.\*
- 47, 48, 49 y 50ª De las causas del divorcio.\*
- 51ª Del juez competente en materia de divorcio.\*
- 52ª Disposiciones particulares de las leyes y cánones en los procesos de divorcio.\*
- 53ª En qué casos es permitido este de autoridad propia, y en cuáles ha de acudirse á la judicial.\*
- 54ª Cuándo y para qué efecto puede conocer el juez secular de la separacion del matrimonio.\*
- 55 Efectos civiles del matrimonio.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Francisca de tal, vecinos de ella, dijeron: que en tal dia, mes y año, contrajeron esponsales de futuro y se dieron mutua palabra de casarse *in facie Ecclesiae*, 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 del 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 si no 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 del otro, del mismo modo que ántes 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 impedirse 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 bajo 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. 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 así, puede aquel quedar ligado, y este en libertad; lo cual no es justo.

- 1 Definicion del matrimonio.
- 2ª Etimología de esta palabra.\*
- 3ª Divisiones del matrimonio.\*
- 4ª En él es indispensable el consentimiento de los contrayentes.\*
- 5ª Calidades que debe tener dicho consentimiento.\*
- 6ª Del matrimonio bajo de condicion.\*
- 7 y 8ª El matrimonio puede celebrarse entre ausentes por procurador, por nuncio ó por carta, y cómo habrá de formalizarse en todos estos casos?\*
- 9ª El matrimonio debe celebrarse con arreglo á las leyes, de cuya inobservancia resultan los impedimentos impeditos y dirimentes.\*
- 10ª Prohibicion de contraer matrimonio que han impuesto las leyes á ciertos individuos.\*
- 11, 12 y 13ª Personas sin cuyo consentimiento no pueden contraer matrimonio los menores de ciertas edades, y todo lo demas relativo á esta materia.\*
- 14 y 15ª Del permiso que respectivamente deben obtener para casarse los individuos del ejército.\*
- 16ª Del que necesitan los empleados civiles.\*
- 17ª De las proclamas ó amonestaciones.\*
- 18ª Del *vetitum Ecclesiae*.\*
- 19ª Del tiempo en que se cierran las velaciones.\*
- 20ª De los demas impedimentos impeditos.\*
- 21ª De los impedimentos dirimentes.\*
- 22ª De la falta de consentimiento en general.\*
- 23ª Del error.\*
- 24ª De la simulacion.\*
- 25ª De la fuerza y miedo.\*
- 26ª Del rapto.\*
- 27ª Del defecto de naturaleza en general y de la impubertad.\*
- 28ª De la impotencia.\*
- 29ª De la consanguinidad.\*
- 30ª Del parentesco legal.\*
- 31ª Del espiritual.\*
- 32ª De la afinidad.\*
- 33ª De la pública honestidad.
- 34ª De la disparidad de culto, órdenes sagradas, profesion religiosa y matrimonio anterior.\*
- 35ª De la clandestinidad.\*
- 36ª La presencia del párroco y testigos no ha de ser puramente física, sino moral y humana.\*
- 37ª Penas eclesiásticas del matrimonio clandestino, y las civiles remissivamente.\*
- 38ª Del impedimento de crimen.\*
- 39ª Penas de los que contrajeren matrimonio con algun impedimento dirimente.\*
- 40ª Juez competente para decidir las causas matrimoniales.\*
- 41ª De la acusacion de nulidad contra el matrimonio, y quiénes pueden intentarla.\*
- 42ª Disposiciones particulares acerca de la sustanciacion, pruebas y decision de las causas de nulidad de matrimonio.\*
- 43ª Del divorcio y sus divisiones.
- 44ª De la disolucion *quoad vinculum* del matrimonio puramente legítimo.\*
- 45ª De la misma en el rato y no consumado.\*
- 46ª El matrimonio consumado solo se disuelve *quoad vinculum* por la muerte de alguno de los cónyuges, y de las segundas nupcias del supérstite.\*
- 47, 48, 49 y 50ª De las causas del divorcio.\*
- 51ª Del juez competente en materia de divorcio.\*
- 52ª Disposiciones particulares de las leyes y cánones en los procesos de divorcio.\*
- 53ª En qué casos es permitido este de autoridad propia, y en cuáles ha de acudirse á la judicial.\*
- 54ª Cuándo y para qué efecto puede conocer el juez secular de la separacion del matrimonio.\*
- 55 Efectos civiles del matrimonio.

Licencia de padre á hijo para casarse. | Advertencia á los escribanos.

1. **E**xplicado ya lo perteneciente á los esponsales, pasamos á tratar del matrimonio. \*Este puede definirse: *Un contrato celebrado con las formalidades que han prescrito las leyes, por el cual un hombre y una muger, hábiles para contraerlo, se obligan recíprocamente á permanecer toda su vida en la union que debe existir entre un esposo y una esposa*<sup>1</sup>; ó como dice la ley de Partida<sup>2</sup>: *Ayuntamiento de marido é de muger, fecho con tal entencion de bevir siempre en uno, é de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro varon, biviendo ambos á dos.* Los católicos consideramos al matrimonio no solo como contrato, sino tambien como sacramento<sup>3</sup>, observando religiosamente los efectos que por esta razon le corresponden.

2. \*La palabra *Matrimonio* es compuesta de las latinas *matris* y *munim*, que en castellano significan *oficio de madre*, como dice la ley de Partida<sup>4</sup>: añadiendo, que al casamiento se dió ese nombre y no el de *patrimonio*; porque aunque el padre engendra los hijos, á la madre le corresponden los afanosos cuidados de su niñez, y para ella son, segun se expresa una Decretal<sup>5</sup>, onerosos ántes del parto, dolorosos en el parto y laboriosos despues del parto. Tambien se le suele llamar *esponsales de presenti* como dijimos en el número 3 del capítulo anterior.\*

3. \*El matrimonio se divide en legítimo, rato y consumado. *Legítimo* es el contraido puramente segun las leyes civiles, y no es otra cosa que un mero contrato (a): *rato* se denomina el celebrado con las solemnidades que ha prescrito la Iglesia, el cual pasa ya á la gerarquía de sacramento<sup>6</sup>; pero este nombre solamente se le da mientras los cónyuges no se han unido carnalmente, pues luego que lo verifican toma el de *consumado*: advirtiéndole que no es bastante para que merezca esta calificación, el que aquellos hayan tenido cópula ántes de casarse, no habiendo precedido á ella promesa alguna de verificarlo<sup>7</sup>. Asimismo se divide en verdadero, putativo y antiguamente en presunto. *Verdadero* es el que real y efectivamente se celebró; lo cual se prueba ó con los libros parroquiales de matrimonios, ó con la asercion del párroco, ó con el dicho de dos tes-

1 Pothier *Traité du mariage* part. 1. cap. 10.

2 L. 1 tit. 2 part. 4.

3 Conc. Trid. Sess. 24 de Sacram. matrim. can. 1.

4 L. 2 tit. 2 part. 4.

5 Cap. 2 De convers. infidel.

(a) Tambien se da el nombre de matrimonio legítimo al rato, por haberse contraido con arreglo á las leyes y cánones. Escríbe Dicciónar. de legislación.—E.

6 Cap. 7. De divortiiis.

7 Murillo *Cursus. jur. can.* lib. 4 n. 17.

tigos aunque sean consanguíneos ó mugeres, ó si el varon y la muger se denominaban esposos, ó por la confesion de estos<sup>1</sup>, ó por su larga cohabitacion ó por la fama pública<sup>2</sup>. *Putativo* es aquel que siendo nulo por causa de impedimento dirimente, es tenido no obstante por verdadero matrimonio en razon de haberse contraido con buena fe, ignorando ambos cónyuges ó alguno de ellos el impedimento<sup>3</sup>. La buena fe se presume siempre, y el que quiera impedir sus efectos, es el que debe probar que no la ha habido; mas para que sea perfecta, es necesario que los esposos hayan celebrado su matrimonio con las solemnidades prescritas<sup>4</sup>, que hayan ignorado los vicios que le hacian nulo, y que su ignorancia sea excusable<sup>5</sup>. *Presunto* se llamaba ántes al que se presumia por el derecho, como sucedia cuando despues de haber dos celebrado esponsales se conocian carnalmente<sup>6</sup>; pero estos matrimonios no tienen ya lugar despues del concilio tridentino, que declaró irritos todos los que no se celebrasen ante el párroco y dos testigos<sup>7</sup>.\*

4. \*Cuando Jesucristo elevó á sacramento el contrato matrimonial, no alteró en nada su naturaleza<sup>8</sup>; de manera que en él, así como en los demas contratos, es tan esencial el consentimiento de los contrayentes, que el Pontífice Eugenio IV<sup>9</sup> le llama *causa eficiente* del matrimonio, y no puede suplirse por la Iglesia ni otra potestad humana<sup>10</sup>. Además es puramente consensual, y no exige para su perfeccion otra cosa que el mutuo consentimiento de aquellos, sin que sea necesaria la cópula carnal<sup>11</sup>; bastando, como se expresan los autores, la union de las voluntades, no precisamente la de los cuerpos. De aquí es, que si el esposo muere el mismo dia de la boda, ántes de cohabitar con su muger, esta no es ménos *viuda* que si hubiera muerto despues<sup>12</sup>, y debe *llorar* al difunto, como se expresa la ley romana<sup>13</sup>; Berzano<sup>14</sup> sin embargo dice lo contrario.\*

5. \*Para el matrimonio se requiere un consentimiento absolutamente libre<sup>15</sup>, mutuo<sup>16</sup>, simultáneo por lo ménos moralmente, esto es, que despues de manifestado el del uno, y no revocado ni expresa ni tácitamente, se agregue el del otro<sup>17</sup>; porque como es un contrato

1 L. 2 vers. Otrosi, confessando; tit. 3 part. 4.

2 Murillo lug. cit. n. 18 cap. 11 De praesumpt.

3 Cap. 14 Qui filii sint legit. L. 1 tit. 13 part. 4.

4 LL. 3 tit. 3 y 2 tit. 15 part. 4. Cap. 3 § 1

De cland. desp.

5 Escríbe Dicciónar. de legisl. art. Matrimo-

nio putativo.

6 Caps. 15 y 30 De sponsalibus.

7 Menochio De praesumpt. lib. 3 praes. 1 n.

98. Matienzo in rubric. tit. 1 lib. 5 Rec.

Sanchez De matrim. lib. 3 disp. 40 n. 3.

8 Selvagio Instit. canon. lib. 2 tit. 8.

9 In decreto pro Armeniis Conc. Trid. Sess.

24 cap. de reform. matrim. ibi. „Et cu-

rum mutuo consensu intellectu.”

10 Sanchez. De matrim. lib. 2 disp. 27 n. 2.

11 LL. 4 tit. 1, 5 tit. 2 part. 4 y 30 ff. De reg.

jur. cap. sufficiat, 27. quest. 2. cap. fin.

De sponsa duor.

12 Introduccion á la obra cit. de Pothier.

13 L. 6 ff. de ritu nuptiar.

14 Tract. de viduis cap. 1 q. 2 n. 22.

15 Caps. 14 y 29 De sponsalibus. L. 15 tit. 2

part. 4.

16 Caps. 1 y 3 De sponsa duor. Conc. Trid.

lug. cit.

17 Arg. del cap. fin. De procurat. in 6.

obligatorio para siempre por una y otra parte, ambas han de consentir en él, obrando con cuanta libertad sea posible. Debe asimismo expresarse con palabras ú otras señales<sup>1</sup>, las cuales seran bastantes para contraer matrimonio aun en los que puedan hablar, del mismo modo que sucede en los demas contratos; pues no hay algun precepto eclesiástico que exija precisamente el uso de aquellas<sup>2</sup>; aunque para mayor facilidad de la prueba, si alguna vez fuere necesaria, dice la citada ley de Partida<sup>3</sup>, que conviene que lo fagan por palabras. Tambien se requiere que el consentimiento, de cualquier modo que se haya expresado, sea verdadero, no fingido ó simulado<sup>4</sup>; pero en el fuero externo, miéntras no se pruebe<sup>5</sup>, no se dará crédito al que habiendo manifestado su consentimiento en el matrimonio, asegure despues aun bajo de juramento<sup>6</sup> que no tuvo animo de consentir en él; porque ademas de que siempre se presume que la intencion es conforme con las palabras<sup>7</sup>, de otro modo se abriria la puerta á la disolucion de innumerables matrimonios válidos y legítimos.\*

6. \*El matrimonio por su naturaleza requiere un consentimiento actual, y por lo mismo si se celebrare bajo alguna condicion de preterito ó de presente, será luego válido ó nulo, segun que aquella sea cierta ó falsa<sup>8</sup>. Si la condicion fuere de futuro, el contrato será mas bien sponsalicio que matrimonial en opinion de Gonzalez<sup>9</sup>; de donde infiere Selvagio<sup>10</sup>, que cumplida la condicion deberá renovarse el consentimiento ante el párroco y testigos, aunque Murillo dice<sup>11</sup> que esto no es necesario, y que así se observa en la curia romana aun despues del tridentino, como testifica Fagnano<sup>12</sup>. Las condiciones torpes ó imposibles se tienen en el matrimonio por no puestas<sup>13</sup>; mas las que fueren contrarias á su naturaleza lo vician ó anulan,<sup>14</sup> aunque en sí sean honestas<sup>15</sup>. En la práctica, dice Murillo<sup>16</sup> que apénas se observan los matrimonios condicionales por los grandes inconvenientes que de ellos resultan; y Selvagio<sup>17</sup> añade que estan prohibidos, y que los párrocos no deben autorizarlos\*.

7. \*No tan solo entre presentes, sino tambien entre ausentes

1 Cap. 23 De sponsalibus. L. 5 tit. 2 par. 4

2 Sanchez De matrim. lib. 2 disp. 31 n. 5.

3 Y el cap. 25 De sponsal. y sobre el Panormitano.

4 L. 5 cit. cap. 26 De sponsalib.

5 Ca la Iglesia, dice la ley 1 al fin. tit. 3 part. 4, non puede judgar las cosas encubiertas, mas segund que razonaren las partes, é fuer probado. „Ecclesia quae de occultis non judicat,” dice el Cone. Trid. sess. 27 De refor. matr. cap. 1.

6 L. 15 cit. arg. del cap. 10 De probation.

7 Cap. 6 de V. S.

8 L. 37 De reb. cred. Sanchez De matrim. lib. 5 disp. 6 n. 1.

9 En el cap. 5 De condic. appos. n. 6.

10 Instit. canon. lib. 2 tit. 8 n. 5.

11 Curs. jur. can. lib. 4 n. 68.

12 En el cit. cap. 5.

13 En el cit. cap. 5 De cond. appos.

14 L. 6 tit. 4 par. 4 cap. fin. eod.

15 L. 5 cit. tit. y part. cit. cap. 5. C. 6, 32 q. 2.

16 Sanchez De matrim. lib. 5 disp. 10 n. 2 y

3. Gonzalez y Barbosa en el cit. cap. fin.

17 Lug. cit. n. 67.

18 Lug. cit. n. 5.

puede celebrarse el matrimonio por procurador<sup>1</sup>, por nuncio ó por carta<sup>2</sup>. Para que se contraiga válidamente por procurador, es necesario que á este se otorgue poder especial para dicho efecto; que lo verifique por sí y no por otro, si no tuviere facultad de sustituir; que al tiempo de celebrarlo no haya el principal revocado el poder; pues si así hubiere sucedido, no valdrá el matrimonio aunque ignoren la revocacion ya él mismo, ya aquel con quien se contrajo<sup>3</sup>; y por último se requiere que se designe en el poder la persona con quien se ha de contraer, no bastando la cláusula general de celebrarlo con cualesquiera<sup>4</sup>. Mas no es necesario que el poder se otorgue ante el párroco y testigos<sup>5</sup>, ni que el procurador sea del mismo sexo que su principal, de manera que puede casarse un varon por una muger y al contrario<sup>6</sup>; ni por último, se exige edad determinada en el apoderado, siendo suficiente aquella en que pueda uno declarar el consentimiento de otro<sup>7</sup>.\*

8. \*Cuando el matrimonio se contraiga por nuncios, deberán estos manifestar ante el párroco y testigos la tradicion y aceptacion de los que los envian. Si se celebra por cartas, la en que el esposo diga á la esposa que la recibe por muger, y que él se ofrece á ella por marido, deberá igualmente leerse ante aquellos, ante los que asimismo hará la esposa la manifestacion correspondiente. Interviniendo cartas por una y otra parte, se leerán ambas en la forma susodicha<sup>8</sup>.\*

9. \*El matrimonio debe celebrarse con arreglo á las leyes, y la inobservancia de estas, unas veces lo constituirá ilícito y otras nulo. Será ilícito todas las veces que no se observen las leyes puramente prohibitivas, y nulo cuando se contravenga á las irritantes. Por esta razon señalan los autores dos géneros de impedimentos del matrimonio, llamando á unos dirimientes, que hacen nulo el contrato, y á otros impiedientes, cuya inobservancia lo vuelve ilícito\*.

10. \*Entre las leyes simplemente prohibitivas del matrimonio y que producen impedimentos impiedientes, deben numerarse las que vedan á los hijos de los magistrados de los tribunales superiores, casarse con las personas que ante ellos tengan pleitos pendientes<sup>9</sup>; y la que castiga con pena del adulterio al tutor que tomare, ó diere á su hijo ó nieto por muger á la pupila que tuviese en guarda, á no ser que su padre la hubiese desposado en vida con alguno de ellos,

1 L. 5 al fin. tit. 2 part. 4. Cap. 9 De pro. cur. in 6.

2 L. 5 ff. De ritu nuptiar.

3 Cit. cap. 9 y arg. de la ley 1 tit. 1 part. 4.

4 L. 34 ff. De ritu nuptiar.

5 Sanchez De matrim. lib. 2 disp. 11 n. 22.

6 Ferraris Biblioth. verb. Matrimonium art. 1 n. 36.

7 Ferraris lug. cit. Sanchez De matrim. lib. 3 disp. 41 n. 8.

8 Ferraris lug. cit. haciendo argumento del Conc. Trid. Sess. 24 cap. 1 De reform. matrim., y citando á Lacroix y Castropalao.

9 LL. 15 tit. 3 lib. 2 de la Rec. de Ind. y 25 tit. 4 lib. 2 de la R., ú 11 tit. 2 lib. 4 de la N.



ó dejase ordenado tal matrimonio en su testamento; pero no se prohíbe el enlace del pupilo con la hija ó nieta del tutor: porque como aquel cuando se casa lleva consigo su esposa y forma familia separada, no es de temerse que con motivo del matrimonio se dificulte la cuenta con pago de sus bienes, que acabada la tutela está obligado á darle el tutor; lo que sí sucedería respecto de la pupila que despues de casada permanece en la familia de este<sup>1</sup>. Por último, las leyes de Indias<sup>2</sup> prohibían á los individuos de las antiguas audiencias y á otros empleados<sup>3</sup> que hoy ya no se conocen, mientras servían sus cargos, y á sus hijos, contraer matrimonio ó esponsales con cualquiera persona residente en el distrito de su jurisdicción, bajo la pena de pérdida del oficio; lo cual se habia establecido, „porque conviene, dice la ley citada, á la buena administracion de nuestra justicia, que esten libres de parientes y deudos en aquellas partes, para que sin afición hagan y ejerzan lo que es á su cargo, y despatchen y determinen con toda entereza los negocios de que conocieren, y no haya ocasion ni necesidad de usar las partes de recusaciones, ni otros medios para que se hayan de abstener del conocimiento”<sup>4</sup>.

11. A los hijos de familia menores de veinte y cinco años, y á las hijas de veinte y tres, está prohibido (a) contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no está obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años y las hijas que veinte y tres, pueden casarse á su arbitrio, sin necesidad de pedir, ni obtener consejo ni consentimiento de su padre. En defecto de este tiene la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquieren la libertad de casarse á su arbitrio un año ántes, 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 recae la autoridad en el abuelo paterno, y á falta de este en el materno; adquiriendo entónces los menores la indicada libertad dos años ántes que los que tengan padre, á saber, los varones á los veinte y tres, y las hembras á los veinte y uno cumplidos: en defecto de padres y abuelos paterno y materno, suceden los tutores, y á falta de estos el juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa, y siendo entónces libres para casarse los varones á

1 L. 6 tit. 17 part. 7.

2 LL. 82 y sig. tit. 16 lib. 2 de la R. de Ind. y 2 vers. *E estos son*, tit. 14 part. 4.

3 Véase á Alvarez *Instituciones* tom. 1 pág. 197 edic. de Filadelfia.

(a) No solo por derecho civil sino tambien por el canónico. „*Matrimonia á filiisfamilias sine consensu parentum contracta..... sancta Dei*

*Ecclesia ex justissimo causis illa sen. et detestata est atque prohibuit*; dice el Concilio Tridentino, *Sess. 24 cap. 1 De reform. matrim.* Véase la ley 14 tit. 2 lib. 10 de la N., y el Canon 6 del tit. 1 lib. 4 del cuarto concilio provincial mejicano, transcrito en la cedula de 7 de abril de 1778, inserta en los autos de Beleña tom. 2 n. 41 pág. 162.—E.

los veinte y dos y las hembras á los veinte cumplidos. Para los matrimonios de las personas que deben pedir licencia al supremo gobierno, ó solicitarla de 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 expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma deben obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion cuando la soliciten de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores, no tienen que dar razon á los menores de las edades señaladas, de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intenten, los que deban solicitar el superior permiso podrán ocurrir al supremo gobierno, ó á los gefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que los dichos crean oportunos y se sirvan tomar, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto. Los demas ciudadanos tienen el mismo recurso, en el Distrito federal á su gobernador<sup>1</sup>, y en los demas estados á las autoridades políticas que designen sus respectivas leyes. Los vicarios eclesiásticos que autoricen matrimonio para el que no esten habilitados los contrayentes en los términos expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, en cuya pena de expatriacion tambien incurrirán los contrayentes<sup>2</sup>. Solos los hijos de familia son parte legítima para pedir á sus padres, abuelos ó tutores el consentimiento<sup>3</sup>; y por lo mismo solo ellos podrán impetrar la habilitacion correspondiente de la autoridad respectiva, en caso de que aquellos se lo nieguen. Si habiendo dado este paso alguna hija de familia, sufre de parte de sus padres ó encargados, opresion ó malos tratamientos, puede quejarse de ellos al mismo funcionario, quien certificado de la verdad procederá á extraerla de su casa, si así lo creyere necesario, y depositarla en otra honesta y de su confianza<sup>4</sup>.

12. \*Cuando el padre y demas personas á quienes hemos dicho que deben los menores de edad pedir licencia para contraer matrimonio, se hallaren en paises ultramarinos ú ocupados por el enemigo, de manera que no sea fácil comunicarlos, podrán aquellos ocurrir á las autoridades á quienes toca suplir el consentimiento

1 L. 18 tit. 2 lib. 10 de la N., á la que deben arreglarse todos los matrimonios, sin glosas, interpretaciones, ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior. Dec. de 14 de abril y art. 18 cap. 3 del de 23 junio de 1813, art. 5 dec. de 18 noviembre de 1824.

TOM. I.

2 Cit. ley 18, la que impone tambien á los contrayentes la pena de confiscacion, que hoy está prohibida para siempre por el art. 147 de la Const. fed.

3 L. 17 tit. 2 lib. 10 de la N.

4 L. 16 de id. Elizondo *Pract. univ. forense* tom. 7 cap. 16. Cap. 14 *De sponsalibus*.

de los referidos en caso de negativa, las que estan facultadas para hacerlo tambien en esas circunstancias<sup>1</sup>. Pero si la ausencia de los dichos fuere en algun punto de la república, respecto del cual esten expeditos los correos semanarios, cualquiera que sea la distancia, deberán pedir y esperar su consentimiento; advirtiéndole que en el caso de que no hayan tenido respuesta de la carta en que lo soliciten, podrán exponerlo así á la misma autoridad política, la que los hará volver á escribir y oficiará, acompañando la carta, en el inmediato correo sin dilatarlo para otro, á la del pueblo en que reside la persona que haya de prestar su consentimiento para el matrimonio, á fin de que le entregue á esta la carta en el término de seis dias despues de su recibo, y se instruya formalmente de si el interesado le pidió ó no su permiso, y de si conviene ó se niega á otorgarlo; comunicándosele todo asimismo por el correo próximo, para proceder en seguida segun corresponda<sup>2</sup>.\*

13. \*Como la sociedad tenga grande interes en que los ciudadanos no contraigan matrimonios perjudiciales, y por esto se concede á los padres la intervencion expuesta en los de sus hijos; creemos que la mencionada facultad les compete no solo respecto de los legitimos, sino aun de los naturales. Por lo que hace á los espurios, no nos atrevemos á resolverlo, y deseamos una decision del legislador.\*

14. \*A los individuos del ejército permanente comprendidos en el montepío militar, está asimismo prohibido contraer matrimonio sin preceder licencia del supremo gobierno, bajo la pena de privacion de empleo, y de perder todo el derecho que pudiera tener su familia á los beneficios de aquel establecimiento; advirtiéndole que aun cuando alcancen indulto, y por él sean reintegrados ó mantenidos en su destino, no por eso recobrará su familia el referido derecho<sup>3</sup>, á no ser que así se exprese en el decreto en que se les conceda dicha gracia<sup>4</sup>. De aquí es que deberán pedir la expresada licencia todos los oficiales permanentes desde la clase de general de division, hasta la de subalterno, ambos inclusive, sin excepcion de los de artillería, ingenieros, inválidos, agregados ó retirados<sup>5</sup>. Los

1 Dec. de 14 de febrero de 1812.

2 Céd. de 13 de noviembre de 1781, y acuerdo consiguiente de la audiencia de 3 de junio de 1782. Véanse los autos de Be. leña tom. 2 n. 41 pag. 162 y siguientes.

3 Art. 1 cap. 10 del reglamento de montepío militar de 1.º de enero de 1796, inserta en Colon tom. 1 pag. 364 edic. de 1817, y comunicado segun atestiguan el mismo autor, á los arzobispos y obispos de Indias, para que publicándolo en sus respectivas diócesis, se arreglasen á su

contenido los párrocos y jueces eclesiásticos.

4 Véase por ejemplo el art. 7 del dec. de 15 de marzo de 1822.

5 Colon tom. 1 pag. 388 edic. cit. Por real orden de 9 de febrero de 1808, se resolvió que los oficiales retirados con solo el uso de uniforme y divisa de su grado, empleados en rentas ú otro destino extraño de la carrera, que no gozan fuero militar, segun está declarado en decreto de 25 de septiembre de 1777, ni estan comprendidos en el montepío; pidan la li-

cirujanos de regimiento ántes no la necesitaban; pero hoy sí deberán pedirla, supuesto que estan comprendidos en el montepío<sup>2</sup>. Todos los cadetes, sargentos, cabos, soldados y tambores de cualquier cuerpo del ejército necesitan asimismo para efectuar sus matrimonios licencia por escrito firmada de su capitán, y aprobada de su coronel ó comandante<sup>3</sup>; y los sargentos de caballería han de tener ademá la aprobacion del inspector<sup>4</sup>. Si alguno de los expresados se casare sin dicho requisito, será depuesto de su empleo, y condenado á servir de soldado por seis años en algun regimiento fijo<sup>5</sup>. En caso de negar los capitanes y coroneles, á algun sargento ó cabo, soldado ó tambor la licencia para casarse, pueden acudir á su respectivo inspector, acompañando la justificacion que les con venga; los inspectores oyendo á los gefes tomarán los informes particulares que crean oportunos, y despues de un prudente exámen de las circunstancias que resulten, combinándolas con la utilidad del servicio, dispondrán que se conceda ó niegue el permiso<sup>6</sup>.\*

15. \*Los oficiales de milicias de sueldo continuo tampoco podrán casarse sin licencia del gobierno; pero á los que no lo gozan, ó tan solo lo tienen temporal, bastará el permiso del inspector. Los sargentos, tambores, pífanos, cabos y soldados deberán impetrarla del coronel por conducto de su capitán; y si alguno de estos se casare sin ella, siendo sargento ó cabo, será mortificado con quince dias de prision, se le depondrá de su plaza, empezará á servirla de soldado por diez años, y quedará el último en su compañía: si fuere tambor ó pífano, será castigado con igual prision, perderá todo el tiempo servido, y empezará el porque se hubiese empeñado; y cuando fuere soldado, despues de los quince dias de prision empezará á servir su plaza por los diez años<sup>7</sup>.\*

16. \*Los empleados civiles comprendidos en el montepío de oficinas que hayan de casarse, necesitan para tener derecho á él, de pedir licencia al gobierno por conducto de sus respectivos gefes, explicando las circunstancias de la novia; en inteligencia de que los que se casaren sin este requisito, no tendrán derecho á los beneficios del monte, como ni tampoco los que declararen á su muerte los matrimonios<sup>8</sup>.\*

gencia para sus casamientos al comandante general de la provincia de su residencia, y obtenido este permiso por razon del grado, hagan su solicitud con testimonio de él para alcanzar el correspondiente al destino en que sirven. Colon lug. cit. pag. 365.

1 El mismo lug. cit. pag. 394.

2 Art. 11 del decreto de 11 de noviembre de 1833.

3 Colon lug. cit. pag. 393.

4 Real orden de 1.º de febrero de 1773 ci-

tada por Colon en dicho lugar.

5 Real orden de 1.º de marzo de 1775.

6 Real orden de 31 de agosto de 1801 inserta en el tom. 1 de Colon pag. 311.

7 Arts. 1, 2, 4 y 6 del tit. 6 de la Declaracion de Milicias de 30 de mayo de 1767.

8 Arts. 7 cap. 5 del Reglamento para el montepío de oficinas, aprobado en cedula de 18 de febrero 1784, y 18 del decreto del gobierno de 3 de septiembre de 1832. Últimamente en decreto de 11 de enero de

17. \*Asimismo está prohibido contraer matrimonio sin que precedan las proclamas ó amonestaciones, esto es, sin que ántes se publique qué personas desean celebrarlo, para que si alguno supiere que entre ellas hay impedimento, lo denuncie y declare, como se le ordena bajo la pena de excomunion mayor. Estas proclamas que deben ser tres, han de hacerse en la propia iglesia parroquial, y por lo mismo si los contrayentes fueren feligreses de diversas, se verificarán en ambas, en tres dias festivos continuos y al tiempo de la misa mayor; aunque en opinion de muchos autores<sup>2</sup> y conforme al tercer concilio provincial mejicano<sup>3</sup>, podrán hacerse tambien fuera del templo, en otro tiempo que no sea el de la misa, y en dias de trabajo, siempre que haya numerosa concurrencia del pueblo, como en los sermones, letanias ó procesiones, pues de ese modo se consigue el fin de la disposicion conciliar, que es hacer público el matrimonio. Cuando se sospeche con probabilidad que se impediria este maliciosamente, si precediesen las tres proclamas, se podrá, verificada la primera, ó aun sin ella, proceder al matrimonio, haciéndose en seguida ántes de su consumacion todas ó las que faltaren, á no ser que el ordinario tuviere por conveniente dispensarlas, lo que reservó el concilio á su juicio y prudencia<sup>4</sup>, y lo que no podrá hacer sin grave causa<sup>5</sup>. Si los esposos dejaren pasar cuatro meses despues de proclamado el matrimonio sin verificarlo, deberán aquellas repetirse, porque en ese intervalo podrá nacer algun nuevo impedimento que ántes de él no existia<sup>6</sup>. El matrimonio que se celebrare sin que precedan será válido<sup>7</sup>; pero á los contrayentes, si no tuvieren entre sí relaciones de parentesco, solo se les impondrá una penitencia condigna<sup>8</sup>; y si las tuvieren, ademas de presumirse que se casaron con mala fe<sup>9</sup>, serán indignos de que se les conceda dispensa para poderlo verificar despues válidamente<sup>10</sup>: el sacerdote secular ó regular que autorice ó intervenga en tales ma-

1834 se concedió indulto á todos los empleados civiles y militares que se hubiesen casado sin licencia, para que sus esposas e hijas puedan gozar de la pensión del montepío.

1 Conc. later. II can. 31 cap. 3 *De cland. desp.* Conc. Trid. sess. 24 cap. 1 *De reform. matr.* Ritual romano *De sacram. matrim.* L. 1 tit. 3 part. 4. Conc. tercero provincial mejicano lib. 4 tit. 1 § 4.

2 Sanchez *De matrim.* lib. 3 disp. 6 n. 9. Gutierrez *De matrim.* cap. 56 n. 7 Reiffenstuel *Jus canon.* lib. 4 tit. 3 n. 7.

3 Lag. cit.

4 Conc. Trid. lug. cit.

5 Conc. mejic. tercero lib. 4 tit. 1 § 4 Sanchez *De matrim.* lib. 3. dispos. 8. n. 2.

Bula *Nimiam licentiam* § 13, expedida por Benedicto XIV en 16 de mayo de 1743.

6 Barbosa *De officio et potest. Episcopi.* Allégat 32, n. 55. Reiffenstuel lug. cit. n. 48. Así lo declaró y decretó la Congregacion del Concilio, como testifica Gammellart en el cit. cap. y sesion n. 3.

7 Sanchez *De matrim.* lib. 3. disp. 5. n. 3. Gutierrez *De matrim.* cap. 56. n. 2. Tambien fué así declarado por la dicha Congregacion segun refiere el mismo Gammellart, lug. cit. n. 2.

8 Cap. 3. § 2. *De cland. desp.* L. 4. tit. 3. part. 3.

9 Cit. cap. 3. § 1. L. 2. tit. 15. part. 4.

10 Conc. Trid. sess. 24. *De reform. matr.* cap. 5.

trimonios, será suspendido de oficio por tres años, y aun se les castigará mas gravemente si lo exigiere la cualidad de la culpa<sup>1</sup>: en todas las cuales penas no se incurre *ipso jure*, sino por la sentencia del juez<sup>2</sup>. Aunque al matrimonio celebrado sin proclamas se le da en un significado lato el nombre de *clandestino*<sup>3</sup>, no lo es en todo rigor, y por lo mismo no se entiende ser el declarado nulo, y castigado bajo tal nombre con diversas penas por las leyes civiles<sup>4</sup>; lo cual así se juzga todos los dias y está recibido en la práctica, como atestigua Mascardo<sup>5</sup>.

18. \*Resultando de las proclamas alguna conjetura probable contra la habilidad para el matrimonio de los sujetos que lo han intentado, deberá el párroco prohibírselos entretanto aparezca la verdad, y dar cuenta al ordinario<sup>6</sup> (a). Si así no lo hiciere, será castigado con la pena dicha de tres años de suspension ú otra mayor cuando la mereciere<sup>7</sup>. El que maliciosamente alegare contra algunos la existencia de cualquier impedimento para estorbar su matrimonio sin poderlo probar, debe ser castigado al arbitrio del juez<sup>8</sup>, y condenado á pagar á los interesados los daños y perjuicios<sup>9</sup>. La expresada prohibicion que constituye el impedimento impediante llamado por los autores *vetitum Ecclesiae* (b), tiene lugar no solo en el caso propuesto del matrimonio, sino siempre que se temiere nazca escándalo, ó hubiere para hacerla alguna justa causa<sup>10</sup>. Durante ella no puede verificarse lícitamente el matrimonio; mas si se celebrare, no por eso será inválido, aunque los contrayentes en

1 Cit. cap. 3. § 2. y la ley 4. tit. 3. p. 3. allí: *ó los casasen encubiertamente.*

2 Sanchez *De matrimonio* lib. 3. disp. 48. n. 2.

3 Reiffenstuel *Jus canon.* lib. 4. t. 3. L. 1. vers. La tercera tit. 3. part. 4. y todo el tit. *De cland. desp.*

4 Acevedo en la ley 1. tit. 1. lib. 5. R. n. 41. Matienzo en la misma *glos.* 1. n. 1.

5 *De probationibus* conc. 1039.

6 Cap. 2. *De cland. desp.* L. 1. tit. 3. p. 4. y Greg. Lopez. en ella gl. 8. Segun el cap. 27. *De sponsalibus*, si proclamado un matrimonio, se presentare alguna persona grave y fidedigna, asegurando que los que desean contraerlo son parientes en grado prohibido, y lo prueba ademas con la fama pública y con el escándalo que ha producido tal matrimonio, deberá prohibirse su celebracion.

(a) Todos los curas párrocos seculares ó regulares, sus vicarios, ú otros sacerdotes con licencia de ellos pueden casar sin la del ordinario, así en esta ciudad como en toda su diócesis á todos sus feligreses, con tal que no sean vagantes, ó extranjeros, recibiendoles previamente informacion de su libertad, segun la instruccion dictada en 10 de junio de 1756 por

el sr. arzobispo Rubio y Salinas, no resultando de ella, y de las diligencias prevenidas por el concilio de Trento, impedimento alguno canónico. Se declaran por vagantes aquellos que en ninguna parte tienen cierto domicilio y habitacion; y por extranjeros no solo los de otras naciones, sino tambien los de otro obispado que vienen á esta diócesis con objeto de contraer matrimonio. Cédula de 26 de julio de 1774, en la que está fundado el edicto del sr. arzobispo de Méjico de 10 de enero de 1775. Véase la obra intitulada: *Fasti novi orbis, &c.* ordinat. 356, la L. 20. tit. 2. lib. 10. N. y el cap. 39 del concilio provincial mejicano primero.

7 Cit. cap. 2. y L. 4. tit. 3. p. 4.

8 Cit. ley 4.

9 Greg. Lopez en la 1. cit. gl. 3.

(b) Debe entenderse *in specie*: porque como advierte Reiffenstuel, (*Jus canon.* lib. 4. tit. 16. n. 3.) tomando en general la expresion *vetitum ó interdictum Ecclesiae*, se comprenden bajo ella todos los impedimentos tanto impediéntes como diriméntes introducidos por la Iglesia.

10 Reiffenstuel lug. cit. y todo el tit. *De matrim. contrac. contra interd. Eccles.* y L. 18. tit. 2. p. 4.

pena deberán ser separados por el tiempo que el juez tuviere á bien<sup>1</sup>, y castigados con alguna penitencia<sup>2</sup>.\*

19. \*Desde la primera dominica de Adviento hasta el dia de la Epifanía, y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de Pascua estan prohibidas las solemnidades nupciales<sup>3</sup>, esto es, como se expresa el Ritual romano<sup>4</sup>: „*Nuptias benedicere, sponsam traducere, nuptialia celebrare convivium*;" pero el matrimonio bien puede celebrarse en cualquier tiempo<sup>5</sup>. Sin embargo, advierte Selvagio<sup>6</sup> que como por costumbre muy antigua el matrimonio se bendice públicamente en la iglesia al mismo tiempo que se contrae, de aquí ha dimanado que en las épocas sobredichas tampoco pueda verificarse sin licencia del ordinario; y Reiffenstuel<sup>7</sup> aconseja á los párrocos que acerca de este punto atiendan y se acomoden á la costumbre de la diócesis en que vivan. Los autores disignan este impedimento impediendo con el nombre de *tempus clausum ó feriatum*.\*

20. \*Si alguno contrajere con el asenso paterno<sup>8</sup> y demas requisitos de que hablamos en el capítulo anterior, esponsales con alguna persona, no puede despues casarse con otra<sup>9</sup>; como tampoco podrá con ninguna el que hubiere hecho voto simple de castidad, de recibir los sagrados órdenes, profesar en alguna religion ó de no casarse<sup>10</sup>; ni el que ignore la doctrina cristiana<sup>11</sup>; ni los católicos con los hereges<sup>12</sup>. Pero en todos estos casos si se celebrare el matrimonio, no habiendo otro impedimento dirimente, aunque será ilícito, no resultará invalido<sup>13</sup>.

21. \*Habiendo tratado hasta aquí de las leyes simplemente prohibitivas del matrimonio, pasemos á hablar de las irritantes ó de los impedimentos dirimentes. Estos los reducen los AA.<sup>14</sup> á cuatro clases, á saber: procedentes 1.º de la falta de consentimiento; 2.º de defecto de naturaleza; 3.º del derecho de la sangre; y 4.º de la

1 Cap. 1. eod. Sanchez *De matrim.* lib. 7. disp. 2. n. 14. y la ley cit.

2 Cap. 2. eod. y ley 18. cit.

3 Concilio Tridentino *De reform. matrim. sess.* 24. cap. 10., que abrogó en punto la antigua disciplina, á la que se acomoda la ley 18. tit. 2. part. 4. y que no era uniforme en todas las iglesias.

4 *De sacram. matrim.*

5 *Rit. rom.* lug. cit. cap. 4. *De feriis.* ley 18. cit.

6 *Instit. canon.* lib. 2. tit. 9. n. 6.

7 *Jus canon.* lib. 4. tit. 16. n. 13.

8 Véase la ley 17. tit. 2. lib. 10. N.

9 Can. 50. cap. 27. q. 2.

10 Cap. 4 y 6. *Qui clerici vel coenobites, &c.*

11 L. 2. tit. 8. part. 1. y 11. tit. 2. p. 4.

12 Benedicto XIV en la bula *Etsi minime* 42. que está en el tom. 1. de su Bulario.

13 Caps. 16. c. 28. q. 1. y 14. *De haereticis* in 6. L. 15. al princ. tit. 2. part. 4.

14 Leyes y cánones citados. Respecto del matrimonio de los católicos con los hereges, la ley 15 citada lo declara nulo; pero Santo Tomas (in 4. D. 39. q. un. art. 1. ad 5.), Sanchez (*De matrim.* lib. 7. disp. 52. n. 2.), Gregorio Lopez (gl. 2. de dicha ley), y otros muchos autores fundados en el citado cap. 14. *De haereticis* in 6. que dispone sea privado de la dote, muger que á sabiendas se case con algun herege, pero sin añadir que se separe de él, juzgan que solamente será ilícito. Cavalario (*Instit. canon.* par. 2. cap. 28. n. 25.) dice, que esta es antigua disciplina de la Iglesia, y que así se observa en la occidental.

15 Selvagio *Instit. canon.* lib. 2. tit. 9. n. 13. Sala. *Ilust. del derecho* lib. 1. tit. 4. n. 6.

santidad de la religion; comprendiéndolos para facilitar su memoria en los siguientes versos.

I. Personae, ac status error, mens simulata, furensque,  
Vis, raptusque. II. Impubertas et debile corpus.  
III. Stirps cognata vel affinis, sponsalis honestas.  
IV. Dispar cultus, et ordo sacer, professio claustris,  
Stans foedus, vel clandestinum, et crimina bina  
Impediunt semper, dirimuntque jugalia vincula.\*

22. \*1.º FALTA DE CONSENTIMIENTO. El matrimonio, como dejamos dicho en los números 4 y 5 de este título, es un contrato que se constituye y perfecciona por el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes: por lo mismo siempre que este falte ó carezca de dichas dos calidades, el matrimonio será nulo<sup>1</sup>; á diferencia de los demas contratos que se rescinden por la falta de consentimiento<sup>2</sup>, pero no se anulan como explica Gregorio Lopez<sup>3</sup>. En tal supuesto examinaremos todos los casos en que el matrimonio se anula por este motivo\*.

23. \**Personae ac status error.* Como los que yerran no consienten, segun la expresion del jurisconsulto Juliano<sup>4</sup>; cuando tal suceda será nulo el matrimonio, no solo por derecho positivo sino aun por natural<sup>5</sup>. El error consiste en juzgar una cosa por otra<sup>6</sup>, y puede recaer ó sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, ó sobre sus cualidades<sup>7</sup>. En la persona se yerra, cuando pensando uno que se casa con alguna determinada, lo efectúa con otra que se subroga en lugar de ella, en cuyo caso no vale el matrimonio<sup>8</sup>, aunque no intervenga dolo por parte de alguno de los contrayentes<sup>9</sup>; ya sea el error *antecedente*, esto es, determinante de tal modo al acto, que descubierta la verdad no se ejecutaria; ó concomitante, á saber, no tan influente en la acción que sin él dejaria de verificarse<sup>10</sup>. Para que haya error en la persona, es necesario que se tenga con anterioridad de ella alguna noticia de vista, oídas ó á lo ménos de fama<sup>11</sup>; pues en lo que absolutamente se desconoce no puede dirigirse el afecto, ni consentirse<sup>12</sup>. El matrimonio contraído con el defecto dicho, convalerá si descubierta el error permaneciere el consentimiento<sup>13</sup>. Cuando se yerra solo en la cualidad, contrayén-

1 Arg. de la ley 15. tit. 2. part. 4. y de los caps. 14. 25 y 29. *De sponsalibus.*

2 L. 56. tit. 5. part. 5.

3 En la glosa 1. de la misma ley. L. 1. C. *De resc. vend.* y su glosa.

4 L. 15. D. *De jurisdic.*

5 Sanchez *De matrim.* lib. 7. disp. 18. n. 12.

6 C. 6. 22. q. 2.

7 Graciano en la *caus.* 29. *quaest.* 1.

8 El mismo lug. cit. L. 10. tit. 2. part. 4.

9 Selvagio *Instit. canon.* lib. 2. tit. 9. n. 15.

10 Sanchez lug. cit. n. 4.

11 Ley 10. cit.

12 Sanchez lug. cit. n. 2.

13 L. 10. cit.

dose con alguna persona que carece de la que se supone, no se anula el matrimonio<sup>1</sup>, á no ser que á ella esté ligado de tal manera el consentimiento que faltando no se prestaria<sup>2</sup>, ó como se expresan otros autores, si se consiente bajo la condicion de su existencia<sup>3</sup>; ó si redunde en la persona, esto es, si por medio de la cualidad se designare esta individualmente<sup>4</sup>. El error en el estado ó condicion de la persona, tenia lugar cuando se contraia matrimonio con la que era sierva bajo el concepto de libre, en cuyo caso se anulaba el matrimonio<sup>5</sup>; pero esto hoy no podrá acontecer entre nosotros supuesta la abolicion de la esclavitud\*.

24. \**Mens simulata*. Falta asimismo el consentimiento, y el matrimonio en consecuencia es nulo, siempre que los contrayentes no consientan verdadera sino simuladamente, en los términos que se ha explicado en el número 5<sup>o</sup>. *Furensque*. Por igual razon es nulo el matrimonio que hubieren contraido los furiosos ó locos, fuera de algun lúcido intervalo; pues la enagenacion de entendimiento que ambos padecen, y que solo cesa en dicho caso, excluye la existencia del consentimiento legítimo<sup>7</sup>. Mas si se contraiere matrimonio por alguno en su sano juicio, aunque sobrevenga despues la locura ó furor, no se anulará\*.

25. *Vis*. Nada mas contrario al consentimiento que la fuerza y el miedo, dice el juriconsulto Ulpiano<sup>8</sup>. Por lo mismo es nulo el matrimonio contraido á impulso de una y otro<sup>10</sup>, siempre que se infiera injustamente, y recaiga en varon constante, esto es, que el mal con que se amenace sea tan grave, que induzca á un hombre prudente y fuerte á practicar una accion que de otro modo no ejecutaria<sup>11</sup>. Pero si la fuerza se causa justamente, como cuando es compelido á casarse el que está obligado con esponsales, en los términos explicados en el capítulo anterior<sup>12</sup>; ó si aquella fuere leve, ó no tan inminente, que solo produzca un miedo vano incapaz de amedrentar á un varon dotado de fortaleza, el matrimonio será válido<sup>13</sup>. Determinar si la fuerza ó miedo ha tenido dichas calidades corresponde al juez, el que deberá atender para resolverlo á la edad, sexo, condicion y otras circunstancias de las personas<sup>14</sup>. El matrimonio celebrado por fuerza convalecerá, si removida despues la causa de

1 Arg. del cap. 18. *De sponsalibus*. L. 10 cit.  
2 Murillo *Curs. jur. canon.* lib. 4. n. 34.  
3 Selvagio lug. cit. n. 16.  
4 Sanchez lug. cit. n. 25.  
5 L. 11. tit. 1. y 3. tit. 5. part. 4. caps. 2 y 4. *De conjug. sero*.  
6 L. 38. D. *De ritu nuptiar.*  
7 Caps. 24. *De sponsalibus* y 25, 32, q. 7. LL. 6. tit. 2. part. 4 y 16. § 2. D. *De rit. nuptiar.*

8 LL. 8. D. *De sponsal.* y 16. cit.  
9 L. 116 D. *De reg. jur.*  
10 Caps. 13, 14 y 15. *De sponsalibus*. L. 15. tit. 2. part. 4.  
11 Textos citados.  
12 Arg. del cap. 10. *De sponsalibus* y de la ley 7. tit. 1. part. 4.  
13 LL. 7. tit. 33. part. 7 y 184. *De reg. jur.*  
14 Glosa in cap. 6. *De his quae vi, metusve &c.*

temor<sup>1</sup>, consintiere en él el que lo habia padecido<sup>2</sup>, ya expresa, ya tácitamente<sup>3</sup>.\*

26. \**Raptusque*. Con el impedimento de que acabamos de hablar, tiene mucha analogía el de raptó, por el cual entendemos aquí la violenta traslacion de un lugar á otro de alguna muger virgen, corrupta ó aun ramera, con objeto de casarse con ella<sup>4</sup>. Antiguamente era solo ilícito, pero no nulo el matrimonio entre el raptor y la robada<sup>5</sup>; despues se determinó que pudiesen lícitamente casarse uno y otra, con tal que esta consintiese libremente, aunque estuviera bajo la potestad de aquel<sup>6</sup>; por último el concilio tridentino<sup>7</sup> dispuso que entre los dichos no pudiese celebrarse válidamente el matrimonio mientras la robada permaneciese en poder del raptor, á no ser que separada de él, y constituida en lugar libre y seguro conviniere en recibirlo por marido. Muchos autores<sup>8</sup> juzgan que esta disposicion deberá limitarse al caso de que habla, y no extenderse al en que un hombre sea robado por alguna muger; así porque siendo penal es odiosa y debe restringirse, como porque tal suceso seria muy raro, y de los de esta clase no hablan por lo comun las leyes<sup>9</sup>. Por lo mismo, añaden, si se verificase, será válido el matrimonio que contraigan, siempre que el robado no carezca de la libertad necesaria, aunque se halle en poder de su raptora\*.

27. \**DEFECTO DE NATURALEZA*. „Las razones porque el casamiento fué establecido, dice la ley de Partida<sup>10</sup>, mayormente son dos. La una para fazer fijos, é acrecer el linage de los omes... La otra para guardarse los omes del pecado de fornicio.” Ninguno de ambos objetos podrán conseguir los que por defecto de naturaleza sean inhábiles para el acto de la generacion; por consiguiente será nulo el matrimonio que alguna vez contrajeren. *Impubertas*. Por tal motivo no pueden casarse los impúberes, esto es, los hombres que no han cumplido catorce años y las mugeres que doce<sup>11</sup>, ó un púber y un impúber<sup>12</sup>; estando prohibido estrechamente á los párrocos y á otro cualquier sacerdote, autorizar los matrimonios de los que no acrediten tener dicha edad con la partida de bautismo, ó con otra prueba suficiente<sup>13</sup>. Cuando ántes de tenerla, de hecho se desposa-

1 Lopez en la ley 15. tit. 2. part. 4. n. 14.  
2 Cit. ley 15. al fin.  
3 Caps. 21. *De sponsalibus*, y 4. *Qui matrim. accus. possunt*, &c. Véanse en las LL. 10 y 11. tit. 1. lib. 5. R., 6 2 y 3. tit. 2. lib. 10. N., en el concilio tridentino sess. 24 *De reform. matrim.* cap. 9 y en el provincial mejicano tercero lib. 4. tit. 1. § 8. varias disposiciones para proteger la libertad en los matrimonios é impedir la coaccion de los poderosos.  
4 Sanchez *De matrim.* lib. 7. disp. 13. n. 14.

5 Caps. 4. 9, 10, 36. q. 2.  
6 Cap. 7. *De raptoribus*.  
7 Sess. 24. *De reform. matrim.* cap. 6.  
8 Barbosa en dicho lugar del Tridentino n. 5., Gonzalez en el citado cap. 7. n. fin. Sanchez *De matrim.* lib. 7. disp. 12. n. 25.  
9 L. 36. tit. 34. part. 7.  
10 L. 4. tit. 2. part. 4.  
11 Cap. 3. *De desp. imp.*  
12 Cap. 10. eod. L. 6. tit. 1. part. 4.  
13 Cap. 2. eod. Conc. mejic. terc. lib. 4. tit. 1. § 8.

ren algunos por palabras de presente, el acto no valdrá como matrimonio, aunque sí como esponsales<sup>1</sup>. Sin embargo, los que no han llegado á la pubertad bien podrán casarse, si en ellos la malicia suple la edad<sup>2</sup>, esto es, si se les advierte ya hábiles para la cohabitacion, y con el suficiente discernimiento para conocer las obligaciones que les impone el matrimonio<sup>3</sup>; lo cual toca determinar, en los casos particulares que ocurran, á los obispos diocesanos<sup>4</sup>. En los viejos decrepitos tampoco se encuentra capacidad para los actos carnales; pero la Iglesia sin embargo les concede que contraigan matrimonio, *tanquam infirmitatis remedium, et humanitatis solatium*, segun se expresa San Agustin<sup>5</sup>. De tales matrimonios, dice Cavalario<sup>6</sup>, que mas bien se toleran que se aprueban; y Pufendorff<sup>7</sup> los apellida *honorarios*, ó matrimonios solamente en el nombre.\*

28. \**Debile corpus*. Es asimismo impedimento dirimente la impotencia, esto es, *cualquier vicio natural ó accidental que impida el coito*, como la define Sanchez<sup>8</sup>. Puede ser natural ó casual, perpetua ó temporal, absoluta ó respectiva. Es *natural*, cuando proviene de algun defecto de la naturaleza, como de frialdad en el hombre: *nimirum defectu erectionis, intromissionis, et immissionis seminis in vas foemineum*; de estrechez en la muger: *quae aded arcta est, ut cum ea carnale commercium haberi nequeat*; y *casual* cuando proviene de algun mal hecho, como de castracion<sup>9</sup>. Es *perpetua* cuando no hay esperanza de que pueda cesar, como la de los eunucos; y *temporal* cuando puede curarse con remedios ordinarios sin necesidad de ocurrir á los extraordinarios y violentos que acarrearían el riesgo de perder la vida<sup>10</sup>. *Absoluta* es la que se encuentra en un individuo para con todos los del otro sexo, y *respectiva* es la que inhabilita solo para con cierta y determinada persona<sup>11</sup>. La impotencia perpetua, sea natural ó casual absoluta ó respectiva, probada por el competente reconocimiento<sup>12</sup>, dirime el matrimonio siempre que sea anterior á él, quedando libre el no impedido para casarse con otro<sup>13</sup>; pero si sobreviene despues de celebrado, ya no da lugar á la nulidad<sup>14</sup>, porque el matrimonio válidamente contraido es indisoluble como explicaremos adelante. Por derecho de las Decretales<sup>15</sup> se concedia el matrimonio á los impotentes, para que si no como cónyuges, viviesen á lo ménos como

1 Cap. 14. eod. cit. ley 6.  
2 Caps. 9 y 14. *De disp. imnub.* L. 6. cit.  
3 Murillo *Curs. jur. canon.* lib. 4. n. 46.  
4 Benédicto XIV Bula *Magnae nobis* 51. en el tomo 2. de su Bulario.  
5 *De bono conjug.* cap. 3.  
6 *Institut. jur. canon.* part. 2. cap. 28. n. 5.  
7 *De jur. nat. et gent.* lib. 6. cap. 1. § 25.  
8 *De matrim.* lib. 7. disp. 92. n. 1. L. 2. al princ. tit. 8. part. 4.

9 L. 1. tit. 8. part. 4.  
10 L. 2. id.  
11 Arg. de la ley 7. id.  
12 Caps. 4 y 14. *De probat.* Cap. 6 y 7. *De frigid. et malefic.* §c. LL. 3. y 6. id.  
13 L. 2. cit. al fin, caps. 1. hasta el 7. eod.  
14 Cap. 25. c. 32. q. 2. LL. 16. tit. 2 y 4. vers. *Pero si acciesc.* tit. 8. part. 4.  
15 Caps. 4 y 5. *De frigidis.* §c. L. 1. tit. 6 part. 4.

hermanos; pero Sixto V<sup>1</sup> derogó esas disposiciones, mandando á los Ordinarios no permitiesen semejantes matrimonios, y que separasen á los contrayentes si alguna vez de hecho llegaban á verificarlos, ya los hubiesen celebrado con conocimiento, ya con ignorancia del expresado defecto. La impotencia temporal no anula el matrimonio, pues no impide absolutamente y para siempre los fines de su institucion<sup>2</sup>. Cuando se dude si la impotencia es perpetua ó temporal, á los que por razon de ella pretendan separarse, se debe dar el plazo de tres años para que vivan juntos, recibiendoles juramento de que procurarán la cohabitacion; y si en este tiempo no la hubiesen podido conseguir, se declarará perpetua la impotencia y deberán separarse, precedida la inspeccion correspondiente, y tomado juramento á ambos de haber procurado y no conseguido la cópula; debiendo jurar á la vez con el varon siete de sus parientes ó vecinos, y con la muger otras tantas parientas ó vecinas, que creen que cada uno respectivamente dijo la verdad<sup>3</sup>. Si separados dos casados por causa de impotencia, apareciere despues que es potente el cónyuge que se suponía no serlo, se reintegra el primer matrimonio, aunque hubiese contraido otro nuevo, excepto que aquella hubiere sido respectiva<sup>4</sup>, ó el otro cónyuge haya profesado en alguna religion<sup>5</sup>. Los estériles, siendo hábiles para cohabitar aunque no lo sean para procrear, pueden contraer válidamente matrimonio<sup>6</sup>. Igualmente pueden celebrarlo los moribundos; porque aunque actualmente sean incapaces de consumarlo, no son impotentes; supuesto que tal incapacidad no proviene en ellos de vicio alguno corporal que los inhabilite para la cópula, cuyo uso tan solo tienen como suspendido<sup>7\*</sup>.

29. \***DERECHO DE LA SANGRE.** *Stirps cognata vel affinis.* Del derecho de la sangre ó sea respeto debido á la persona de los parientes, resultan los impedimentos de *parentesco* y *afinidad*. Parentesco es la relacion ó conexión que hay entre personas unidas por los vínculos de la sangre, ó consideradas como tales por las leyes civiles y eclesiásticas. Por eso el parentesco, atendiendo á su origen, es natural ó de consanguinidad, legal ó civil y espiritual. Natural ó de consanguinidad es „Atención ó aligamiento de personas departidas que descienden de una raíz. E este aligamiento nazce del engendramiento que faz el varon á la muger, quando se ayudan en uno.“ En el parentesco natural hay líneas y grados, sobre cuya computacion, así segun el derecho canónico como con arreglo al civil, se trata lata-

1 Bula „Cum frequenter“ expedida en 1758.  
2 Cap. 6. *De frigidis.* §c.  
3 L. 5. tit. 8. part. 4. caps. 5 y 8. *De frigidis.* §c.  
4 Cap. 6. eod. L. 7. id.

5 Pichler *Jus canonic.* lib. 4. tit. 16. n. 11 al fin.  
6 Sanchez *De matrim.* lib. 7. disp. 92. n. 23.  
7 El mismo, disp. 105. n. 3.  
8 L. 1. tit. 6. part. 4.  
\*

mente en otra parte<sup>1</sup>. Ahora solo nos limitaremos á enseñar hasta donde se entiende en ambas líneas, recta y oblicua, la prohibicion de casarse los parientes consanguíneos, advirtiendo que en materia de matrimonios se sigue la computacion canónica<sup>2</sup>. En la línea recta, esto es, entre ascendientes y descendientes está prohibido el matrimonio sin límites<sup>3</sup>. Tampoco tiene límites la prohibicion en la línea transversal desigual, cuando hay *respeto de parentela* ó atinencia del primer grado de la línea recta<sup>4</sup>. En la línea transversal se entiende la prohibicion hasta el cuarto inclusive<sup>5</sup>; de lo cual se exceptuan los indios, quienes por privilegio de Paulo III<sup>6</sup>, pueden casarse dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad\*.

30. \*Parentesco legal ó civil es *alleganza derecha de porfijamiento que fazen los omes entre sí*<sup>7</sup>; esto es, el que por disposicion de las leyes civiles<sup>8</sup> aprobadas por las eclesiásticas<sup>9</sup>, nace de la adopcion<sup>10</sup>; y se considera impedimento dirimente perpetuo del matrimonio entre el adoptante y el adoptado; y temporal solo mientras subsiste la adopcion entre este y los hijos de aquel<sup>11</sup>, y entre el uno y los ascendientes y descendientes del otro respectivamente<sup>12</sup>. Mas tal parentesco no existe entre varios que uno mismo haya adoptado por hijos<sup>13</sup>, ni entre el adoptante y los padres del adoptado<sup>14</sup>, y segun algunos autores<sup>15</sup> ni entre este y los hijos ilegítimos de aquel; pero Gregorio Lopez<sup>16</sup> lleva la opinion contraria, fundado en que la ley de Partida prohíbe el matrimonio entre el adoptado y los *figos carnales* (sin distincion) del adoptante\*.

31. \**Spiritual parentesco* (a), dice la ley de Partida<sup>17</sup>, es *compradgo*

1 Lib. 2. tit. 3. cap. 3.

2 L. 3. vers. *E la Iglesia*, tit. 6. part. 4.

3 LL. 4. id. y 53. D. *De rit. nuptiar.* § 1 *Instit. de nuptiis.*

4 L. 4. cit. § 5. *Instit. eod. Respeto de parentela, ó atinencia del primer grado de la línea recta*, es el parentesco que hay entre dos personas, de las cuales una está inmediatamente bajo el tronco comun, y la otra algo mas distante. Tamaño parentesco, dice Heineccio, creyeron los antiguos que habia con estas personas, que las llamaron *Thui* y *Thiae*, como si dijésemos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros como nuestros mismos padres; por lo que no es de extrañar, concluye, que las leyes hayan prohibido contraer matrimonio con ellas.

5 Cap. 8. *De consang. et afin.* LL. 12. tit. 2 y 4. al fin, tit. 6. part. 4. Concilio mejic. tercer. lib. 4. tit. 2. § 3.

6 Bula de 1.º de junio de 1537, inserta en la obra titulada: *Fasti novi orbis*, &c. n. 58. pag. 115.

7 LL. 12. tit. 2 y 7. vers. *E tal* tit. 7. part. 4.

8 La ley cit. al princ.

9 Caps. 1. c. 30. q. 3. y único *De cognat.*

legal. Lopez en la gl. 2. de dicha ley.

10 Entiendase tanto de la arrogacion como de la adopcion *in specie*, pues la ley habla generalmente y sin distincion. Asi opina Lopez en su gl. 9. Reiffenstuel *Jus canon.* lib. 4. tit. 12. n. 10. Gutierrez *De matrim.* cap. 102. n. 5. y otros varios.

11 L. 7. cit. vers. *E por este*, cap. único cit.

12 L. 53. *De ritu nuptiar.* Lopez en dicha ley gl. 7.

13 L. 7. cit. al fin.

14 L. 8. al fin tit. 7. part. 4. Ferraris *Biblioth. verb. Impedimenta matrimonii.* Art. 1. n. 71.

15 Sanchez *De matrim.* lib. 7. disp. 63. n. 30.

16 Glosa 8. de la cit. ley 7.

(a) Es opinion comun, como testifica Ferraris, (lug. cit. n. 50) que este impedimento fue introducido por derecho eclesiástico; mas contra esto debe notarse con Selvagio y Berardi, que Justiniano fue quien lo estableció primeramente en la ley 26. c. *De nuptiis*, confirmada despues en el concilio trulano, can. 53.

17 L. 1. tit. 7. part. 4.

que nasce entre los omes por los sacramentos que se dan en santa Iglesia; pero no por todos, sino tan solo por el bautismo y la confirmacion, como lo declara terminantemente otra<sup>1</sup>. Conforme al derecho antiguo<sup>2</sup> eran muchas las personas entre quienes existia este parentesco, y cuyos matrimonios eran por consiguiente nulos; mas hoy despues del concilio tridentino<sup>3</sup> solamente se contrae: 1.º por el bautizado ó confirmado con el bautizante ó confirmante y sus padrinos; á cuyos parentescos respectivamente se da el nombre de *paternidad* y *filiacion espiritual*<sup>4</sup>; 2.º por los padres del bautizado ó confirmado, con los padrinos y el bautizante ó confirmante; y al parentesco de estos se llama *compaternidad* y *conmaternidad*<sup>5</sup>. Por lo mismo solo entre las personas dichas se dirimirá el matrimonio por razon del parentesco espiritual, y no en otras algunas fuera de ellas; como lo estableció el mismo concilio y declaró despues Pio V<sup>6</sup>.\*

32. *Afinidad* es *alleganza de personas, que viene del ayuntamiento del varon é de la muger. . . . quier sean casados ó non*<sup>7</sup>. Este parentesco existe entre el varon y los parientes consanguíneos de la muger, en el mismo grado en que lo son de esta, y al contrario; pero no entre los afines ni entre los parientes de uno y los del otro, pues *la afinidad no produce afinidad*<sup>8</sup>; y aunque en ella propiamente no hay grados, pues no proviene de la generacion, por analogía, en la manera indicada, se cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. Antiguamente<sup>9</sup> habia varias especies de afinidad que despues fueron derogadas, subsistiendo tan solo la explicada; la que cuando proviene de matrimonio consumado produce impedimento dirimente en los mismos términos que se ha dicho de la consanguinidad<sup>10</sup>; pero si dimana de copula ilícita está restricta al segundo grado<sup>11</sup>, siendo válido el matrimonio en los ulteriores<sup>12</sup>. El parentesco legal produce tambien una afinidad especial, que anula el matrimonio del adoptante con la muger del adoptado, y de este con la de aquel, y que dura aun despues de disuelta la adopcion<sup>13</sup>.\*

33. *Sponsalis honestas*. La pública honestidad es cierta semejanza de la afinidad, que nace ó bien del matrimonio solamente rato y

1 L. 2. tit. 7. part. 4. cap. 3. al fin. *De cognat. spiritali* in 6.

2 Veanse los títulos *De cognatione spiritali* de las Decretales y del Sexto, los cánones referidos por Graciano en la causa 30 *cucstion* 3. y las LL. 19. tit. 2. y 1 hasta la 5 del tit. 7. part. 4.

3 *De R. M. sess. 24.* cap. 2. conc. tercer. mejic. lib. 4. tit. 2. § 4.

4 Arg. de los caps. 1, 2 y 5, c. 30 q. 1. cap. 1. *De cogn. spir.* in 6. L. 1. vers. *La segunda* tit. 7. part. 4.

5 Cap. 3. c. 30. q. 4. cit. ley vers. *La primera*.

6 En su bula *Cum illius*, inserta en el 7.º

de las Decretales, lib. 4. tit. 2. cap. 3.

7 L. 5. tit. 6. part. 4.

8 L. 5. cit. vers. *E non*. cap. 5. *De consanguin. et afin.*

9 L. 6. cit. caps. 8. *eod.* y 3 y 22. caus. 35. q. 3.

10 L. 6. y cap. 8. cit. concil. mejic. terc. lib. 4. tit. 2. § 3.

11 Conc. Trid. *sess. 24.* de R. M. cap. 4. conc. mej. terc. lug. cit.

12 Conc. Trid. y mej. cit. Bula *Ad Romanum Pontificam* de Pio V. inserta en el 7.º de las Decretales, lib. 4. tit. 2. cap. 4.

13 L. 8. tit. 7. part. 4.

todavía no consumado, ó de los esponsales; y así existe y dirime el matrimonio entre el esposo ó marido y los consanguíneos de la esposa ó muger, y entre una ú otra y los consanguíneos de aquellos<sup>1</sup>. Cuando la pública honestidad dimana del matrimonio rato, se extiende hasta el cuarto grado como la afinidad<sup>2</sup>; y aunque por derecho antiguo llegaba hasta el mismo la proveniente de los esponsales<sup>3</sup>, y la producian estos, siendo ciertos, aunque por cualquier motivo, que no fuese falta de consentimiento, resultasen inválidos<sup>4</sup>, hoy está limitada en ellos al primer grado, y abolida cuando sean nulos por cualquiera causa<sup>5</sup>; pero esto no debe extenderse al matrimonio rato como está declarado por Pio V<sup>6</sup>. Si los esponsales válidamente celebrados se disolvieren por mutuo disentiimiento, inducen siempre pública honestidad, según lo declaró la Sagrada Congregacion del Concilio en 6 de julio de 1658, y se aprobó por Alejandro VI<sup>7</sup>.

34. \*SANTIDAD DE LA RELIGION. *Dispar cultus*. La diversidad de religion de los contrayentes es tambien impedimento dirimente del matrimonio<sup>8</sup>; pero esto no se entiende por cualquiera otra religion que no sea la cristiana, sino solo cuando uno de los cónyuges sea bautizado y el otro no, ó inválidamente<sup>9</sup>. *Et ordo sacer, professio, claustrum*. Asimismo lo son las órdenes sagradas, no las menores<sup>10</sup>, y la profesion religiosa<sup>11</sup>, por el voto solemne de castidad que unas y otra tienen anexo, y por la disposicion especial eclesiástica que inhabilita para el matrimonio á los que hayan recibido las primeras<sup>12</sup>. *Stans foedus*. Tampoco pueden contraer matrimonio los que esten ya ligados con otro anterior<sup>13</sup>; y si lo hiciéren será nulo, cometerán el crimen de *poligamia*, é incurrirán en las penas establecidas para su castigo en las leyes civiles, que explicaremos en otra parte\*.

35. \**Vel clandestinum*. Aquí entendemos por matrimonio clandestino el que ha sido celebrado sin la asistencia del propio párroco, ó

1 L. 12. tit. 1. part. 4. caps. 3, 5 y 8. *De sponsalibus*, unic. eod. in 6. y 11 y 14. c. 27. q. 2. El impedimento de *pública honestidad* no fué introducido por el derecho eclesiástico, como dice Ferraris (Biblioth. verb. *Impedimenta matrimonii*, art. 2. n. 21) ser la opinion comun; pues tuvo su principio en la jurisprudencia de los romanos, que prohibia los matrimonios entre el hijo y la esposa del padre, entre éste y la esposa de aquel, y entre el esposo y la madre de la esposa, ley 12. § 1 y 2. D. *De ritu nuptiarum*. En cuanto al matrimonio rato ó no consumado, lo estableció el emperador Zenon en la ley 8. C. *De inerat. nuptiarum*, reprobando la costumbre de los egipcios entre quienes era permitido el matrimonio entre cuñado y cuñada, no habiendo sido consumado el primero.

2 Caps. 8. *De sponsalibus*, y 8. *De consanguinitate*. &c.

3 L. 12. tit. 1. part. 4.

4 Cap. único *De sponsalibus*. in 6.

5 Conc. Trid. sess. 24. de R. M. cap. 3. conc. mej. terc. lib. 4. tit. 2. § 3 al fin.

6 Ferraris lug. cit. n. 25.

7 Fagnano en el cap. 4. *De sponsalibus*. n. 29.

8 L. 15. tit. 2. part. 4. Cap. 15. caus. 28. q. 1.

9 Selvagio *Instit. canon.* lib. 1. tit. 9. n. 27. Vase el n. 20 de este capitulo.

10 LL. 39. tit. 5. part. 1. y 16. tit. 2. part. 4. Caps. 7, 8, 11 y 13. dist. 32. 9. *De aetate et qualitate ord. praef. 1 y 2. qui clerici vel coenobites*.

11 Caps. 12. c. 27. q. 1. 3 y 7. eod. y LL. 2. tit. 7. 2. tit. 8. part. 1. y 11. tit. 2. part. 4.

12 Conc. Trid. sess. 24. de S. M. can. 9.

13 1. ad Corint. cap. 7. v. 39. cap. 2. *De sponsalibus*. Conc. Trid. sess. 24. de S. M. can. 2. l. 16. tit. 17. part. 7.

de otro sacerdote con licencia de este ó del ordinario, y de dos ó tres testigos; en cuyos términos está declarado que los contrayentes carecen de habilidad para verificarlo, y que el matrimonio por consiguiente es nulo<sup>1</sup>. Dicha formalidad no debe entenderse puramente probatoria sino solemne, y tan precisa que no puede supirse por algun equivalente; siendo nulo el matrimonio á que no asista el párroco ó un delegado suyo ó del ordinario, aunque se contraiga ante una muy numerosa y respetable concurrencia<sup>2</sup>. Si los contrayentes fueren feligreses de diversas parroquias, bastará que se celebre ante cualquiera de los dos párrocos<sup>3</sup>; aunque para ese caso está determinado en los estatutos de algunas iglesias<sup>4</sup>, y se observa en la mejicana que se contraiga ante el párroco de la muger. Por párroco propio, se tiene para este efecto, no solo el verdadero párroco, sino tambien el sumo Pontífice en toda la Iglesia, sus nuncios y legados *à latere* en sus respectivas provincias, los cardenales en sus títulos, los obispos y vicarios generales en sus diócesis, y aun los arzobispos en las de los sufragáneos cuando actualmente las visiten, ó cuando aparezcan ante ellos algunos á quienes negase el sufragáneo el matrimonio; los vicarios capitulares en sede vacante, y por último, cualquiera secular ó regular con la licencia de los sobredichos<sup>5</sup>. Respecto de los testigos, para que sea válido el matrimonio solo se requiere que tengan uso de razon; y pueden serlo los impúberes, consanguíneos, domésticos, religiosos, mugeres, excomulgados, infames, infieles, hereges, y aun otros inhábiles para testificar en juicio por derecho positivo; pues el concilio exige simplemente la asistencia de dos ó tres, sin mencionar en ellos cualidad alguna<sup>6</sup>.

36. \*La presencia del párroco y testigos no basta que sea física, sino que se requiere moral, racional y humana, esto es, que entiendan que los esposos contraen matrimonio de presente<sup>7</sup>; asimismo ha de ser simultánea, no sucesiva, como la exige el concilio<sup>8</sup>. Mas no es necesario que los testigos sean rogados ó llamados de propósito para presenciar el matrimonio<sup>9</sup>; y así valdrá este aun cuando aquellos concurren convocados por engaños ó por fuerza, ó estén presentes accidentalmente, y aun cuando afecten no entender lo que pasa, cerrando los ojos y tapándose los oídos: todo lo cual así está declarado por la Sagrada Congregacion del Concilio, como tes-

1 Conc. Trid. sess. 25. de R. M. cap. 1. Conc. mej. terc. lib. 4. tit. 1. § 3.

2 Luca *Annotat. ad concil. Trid.* disc. 26. n. 9.

3 Así está declarado por la Sag. Cong. del conc., como testifica Sanchez *De matrim.* lib. 3. disp. 19. n. 4.

4 Selvagio *Instit. canon.* lib. 2. tit. 8. n. 9.

5 Barbosa sobre el cit. lug. del conc. trid.

cap. 1.

6 Sanchez *De matrim.* lib. 3. disp. 42. n. 5. Reiffenstuel *Jus canon.* lib. 4. tit. 3. n. 103.

7 Conc. Trid. lug. cit. allí: *Et eorum mutue consensus intellectus*.

8 Lug. cit. allí: *Praesente parochi et testibus*.

9 Greg. Lop. glos. 2. de la ley 1. tit. 3. part. 4.



tifica Ferraris<sup>1</sup>, respondiendo á otras declaraciones de la misma que alegan los AA. contrarios\*.

37. \*El párroco ó sacerdote que celebrare un matrimonio sin el expresado número de testigos, los testigos que intervinieren en él sin el párroco y los contrayentes, manda el concilio tridentino<sup>2</sup>, que sean castigados gravemente al arbitrio del ordinario; añadiendo, que el sacerdote secular ó regular que sin ser párroco de los contrayentes aunque lo sea de otra parroquia, ó sin tener la licencia respectiva, autorice algún matrimonio, quede *ipso jure* suspenso hasta que se le absuelva por el ordinario de aquel párroco que debia intervenir en el matrimonio. Lo mismo dispone el tercer concilio provincial mejicano<sup>3</sup>, estableciendo ademas, que nadie contraiga matrimonio sino en la forma ordenada por el Tridentino; y que si se contraviniera, fuera de las penas prescritas por derecho y de la de excomunion, sean multados los contrayentes en treinta pesos, y cada uno de los testigos en quince, aplicables á los gastos del culto de su parroquia, y el párroco ó sacerdote permanezca encarcelado por espacio de un mes. Las leyes civiles han impuesto asimismo otras penas temporales, cuya explicacion reservamos para el tratado de delitos.\*

38. \**Et crimina bina.* Los dos delitos de homicidio y adulterio, combinados entre sí ó acompañados de ciertas circunstancias agravantes, pueden en cuatro casos ser impedimentos dirimentes del matrimonio. El primero es, *solum homicidium*, cuando el varón ó la muger da muerte sin que haya adulterio, pero con consentimiento de la otra parte, al cónyuge propio ó al de esta, con ánimo de contraer matrimonio<sup>4</sup>: el segundo, *homicidium cum adulterio*, se verifica cuando habiendo algunos cometido adulterio, mata cualquiera de ellos á su cónyuge ó al del otro, sin prévia maquinacion de ambos, pero con intencion de casarse con el cómplice<sup>5</sup>: el tercero, *adulterium solum cum promissione matrimonii*, tiene lugar cuando los dos adúlteros se comprometen á casarse despues de la muerte del cónyuge cuya existencia lo impide, aunque no conspiren para matarlo<sup>6</sup>; y por último, cuarto, *adulterium cum alio matrimonio contracto*, cuando el adúltero ó adúltera viviendo su legítimo cónyuge, contrae matrimonio con aquel con quien adulteró; en cuyo caso, ni auu disuelto el primer matrimonio podrá casarse con él<sup>7</sup>, y si lo verificaren deberán ser separados; si no es que este ignorare que el otro era casado; pues

1 Biblioth verb. *Impedim. matrim.* art. 2 n. 102 y siguientes.

2 Lug. cit.

3 Lug. cit. §§ 3 y 5.

4 Caps. 1 *De convers. infidel.* y 5 c. 31 q. 1.

5 Caps. 2 y 3 *De eo qui duxit in matrim.* 4<sup>a</sup>.

L. 19 vers. La primera tit. 2 part. 4.

6 Caps. 4 c. 31 q. 1; 1, 4, 6 y 7 eod. Cit. ley 19 vers. La segunda.

7 Caps. 1, 5, 7 y 8 eod. Cit. ley 19 vers. La tercera.

entonces se deja á su eleccion permanecer con él, ó separarse y contraer otro matrimonio<sup>1</sup>.\*

39. \*Si algunos entre quienes existiese cualquiera de los impedimentos dirimentes que quedan explicados, contrajeran matrimonio, será este nulo, y no habrá cónyuges ni dote. Los hijos nacidos de él no serán legítimos ni estarán bajo la patria potestad<sup>2</sup>; á ménos que el matrimonio sea *putativo* por haberse celebrado con buena fe en los términos explicados en el número 3 de este capítulo. Tampoco habrá lugar á la repetición<sup>3</sup> de la dote y arras; las que deberán aplicarse al fisco, si hubiere habido mala fe por ambas partes, ó al cónyuge inocente si solo por una; excepto que los contrayentes sean menores de veinte y cinco años, ó se hubiere verificado el matrimonio por error; pues entonces aunque se separarán, recobrará cada uno lo que le perteneciere<sup>4</sup>.<sup>7</sup> Ademas, los contrayentes incurrirán en las penas impuestas por las leyes civiles<sup>5</sup> al delito que respectivamente hubieren cometido de incesto, raptó, violencia &c. El concilio tridentino dispone<sup>6</sup>, que los que contrajeran matrimonio á sabiendas en alguno de los grados prohibidos, sean separados y no se les conceda dispensa para celebrarlo despues válidamente; en cuya pena con mucha mas razon incurrirán, si se atrevieren á consumarlo: si lo celebraren por ignorancia, sufrirán las mismas penas, siempre que hubieren omitido las solemnidades que requiere el derecho en la celebracion de los matrimonios; pero si habiendo precedido estas, apareciere despues algun impedimento del que tuvieron ignorancia probable, se podrá con menor dificultad dispensárselos gratuitamente. Sobre el mismo punto el concilio mejicano tercero establece<sup>7</sup>, que los contrayentes á sabiendas de un tal matrimonio, ademas de incurrir en excomunion por el mismo hecho, y de las penas que designan las leyes civiles y eclesiásticas, sean multados en cien pesos; y que al sacerdote que á sabiendas lo autorice siendo beneficiado, se prive de la renta de un año, y no siéndolo se multe asimismo en la expresada cantidad. Dichas multas se aplicarán por iguales partes á los gastos de justicia, fábrica de iglesia y al acusador, ó al juez en su defecto. Estas disposiciones aunque por su letra estan restrictas al caso de que es nulo el matrimonio por motivo de parentesco, así por su espíritu como por identidad de razon, deberán ampliarse al en que lo sea por alguno los otros impedimentos dirimentes, como lo prueba Sanchez *De matrim.* lib. 3 dis. 42 número 7.\*

1 Cit. ley 19 al fin.

2 § 11 Instit. *De nuptiis.* Princ. y ley 1 tit. 15 part. 4.

3 § 11 cit.

4 LL. 50 y 51 tit. 14 part. 5.

5 Cit. § 11 al fin.

6 Sess. 24 de R. M. cap. 5.

7 Lib. 4 tit. 2 § 1.

40. \*El juez eclesiástico es el solo competente para decidir las causas matrimoniales<sup>1</sup>, de las que de ningún modo puede conocer el secular, ni aun cuando por incidencia se trate en otra temporal del valor del matrimonio; en cuyo caso sobreseerá en la causa principal, y remitirá al eclesiástico la relativa al matrimonio<sup>2</sup>; pero esto se entiende siempre que la cuestión sea de derecho, pues si fuere de mero hecho bien podrá conocer el secular<sup>3</sup>.\*

41. \*Cuando el matrimonio fuere nulo por la existencia de algún impedimento dirimente, no todos tienen derecho para pedir se declare tal; por lo mismo es necesario explicar quienes pueden hacerlo, y quienes no serán admitidos. Si el impedimento no supone un delito de parte de los cónyuges, y á ellos solos interesa la disolución, como por ejemplo, si proviniere de falta de consentimiento, únicamente los interesados podrán intentar la declaración de nulidad<sup>4</sup>. Pero si el impedimento arguye delito, como el parentesco en grado prohibido ú otro semejante, pueden acusar el matrimonio primeramente los cónyuges, no haciéndolo ellos sus parientes, y omitiéndolo aun estos, cualquiera del pueblo<sup>5</sup> á quien no le esté prohibido. Lo está á los infames, á los que notoriamente estuvieren ó pueda probarse que están en pecado mortal, á no ser que les competa hacerlo por tratarse del matrimonio de sus parientes, á los que lo hagan movidos de interés pecuniario, y á los que habiéndose proclamado el matrimonio en la iglesia, no lo acusaren hasta después de celebrado; á no ser que aleguen alguna justa excusa, como larga ausencia, enfermedad, sordera, menor edad, defecto de prueba, pendencia de otra acusación ó ignorancia anterior, y además juren que no proceden maliciosamente<sup>6</sup>. La acusación contra el matrimonio puede instaurarse en todo tiempo para evitar el pecado que resulta de la cohabitación de dos que no son casados; pero como esta razón cesa después de muertos los cónyuges, si entonces se objetare la nulidad del matrimonio contra la legitimidad de los hijos, bien podrán estos alegar estar prescripta la acción, si hubieren transcurrido los años que para ello exige el derecho<sup>7</sup>.\*

42. \*Las causas sobre nulidad de matrimonio no pueden terminarse por transacción<sup>8</sup>, ni por sentencia arbitral<sup>9</sup>; pues en ellas

- 1 Conc. trid. sess. 24 *De matrim. can.* 12. L. 56 tit. 6 part. 1, y princ. del tit. 9 part. 4.
- 2 Huth *Jus canon.* lib. 4 tit. 18 n. 1 citando á Eugel arg. de la ley 6 tit. 2 lib. 10 de la N.
- 3 Murillo *Curs. jur. canon.* lib. 4 n. 172 Véase á Elizondo *Pract. univ. forens.* tom. 7 cap. 14.
- 4 L. 1 tit. 9 part. 4. Caps. 1 y 2 caus. 35

- 5 q. 6.
- 6 L. 3 de id. id.
- 7 LL. 4 y 5 de id. id. Caps. 5 y 6 *Qui matrimonium accus.* &c.
- 8 Murillo *Cursus. jur. canon.* lib. 4 n. 171 al fin.
- 9 Cap. 11 *De transactionibus.*
- 9 Cap. 9 *De in int. restitut.* LL. 24 tit. 4 part. 3 y 8 tit. 10 part. 4.

no es lícito apartarse de la severidad canónica<sup>1</sup>. Para decidir las es necesaria prueba plena<sup>2</sup>, y faltando esta ó habiendo alguna duda de derecho, deberá pronunciar el juez á favor y nunca en contra del matrimonio, en posesión del cual están los cónyuges, y cuya causa siempre se juzga favorable<sup>3</sup>. Los testigos para que hagan fe en estas causas, han de ser de buena fama y exentos de sospecha y de pecado mortal<sup>4</sup>; sin embargo, si se tratare de anular algún matrimonio á pretexto de que entre los cónyuges hay parentesco en grado prohibido, bien podrán testificar sobre este punto los parientes, y deberán recibirse con preferencia á otros, como que nadie mejor que ellos tiene conocimiento de la parentela<sup>5</sup>. Del mismo modo para probar alguno que ha contraído matrimonio con otra persona que lo niega, podrá presentar por testigos á sus parientes y á los de ella, siempre que ambos litigantes sean iguales en calidad y riqueza, pues habiendo diferencia se reputa sospechoso el testimonio de aquellos<sup>6</sup>. Si uno y otro cónyuge confiesa algún defecto ó delito que produzca la nulidad de su matrimonio, cuando ellos trataren de disolverlo no deberán ser creídos<sup>7</sup>; pero si estando por su valor, y procediendo el juez de oficio ó por acusación de un tercero, hicieren bajo juramento interrogados por aquel tal confesión, y con ella concuerda además la fama pública, podrá dárseles crédito<sup>8</sup>. En todas las causas de esta clase se considera persona necesaria para su valor el *Defensor de matrimonios* (a), el que deberá ser oído en todas las instancias, y citado para todos los actos del juicio, teniendo además obligación de apelar de la sentencia de primera instancia cuando fuere contraria al matrimonio. Este no podrá tenerse por nulo hasta que no lo hayan declarado tal dos sentencias conformes de que no apelen ni el defensor ni las partes<sup>9</sup>; advirtiéndose que aquellas nunca pasan en autoridad de cosa juzgada, sino que pueden retractarse siempre que conste de la verdad<sup>10</sup>. Por último, las causas

- 1 Cit. cap. 11.
- 2 L. 18 al fin tit. 9 part. 4.
- 3 Murillo lug. cit.
- 4 LL. 15 y 19 de id.
- 5 L. 15 cit. cap. 3 *Qui matrim. accus.* &c.
- 6 L. 16 de id.
- 7 L. 2 vers. *E como quier* tit. 2 part. 3 cap. 5 *De eo qui cogn. consang.* &c.
- 8 Cap. 4 c. 35 q. 6. Greg. Lop. en la glos. 7 de la cit. ley 2.

(a) Benedicto XIV en su bula *Dei miseratione* expedida en el año de 1741, y mandada observar por acuerdo del concejo de Indias de 5 de octubre de 1764, dispuso que en todas las curias eclesiásticas se eligiese una persona del clero, si era posible, adornada de la competente ciencia y virtud, con el nombre de *Defensor de matrimonios*, y amovible á arbitrio del

ordinario. Dicho individuo deberá presentarse en todos los juicios en que se trate de valor ó nulidad del matrimonio, ser citado para la recepción de testigos y demás actos judiciales, y defender el valor de aquel *voce et scriptis*, promoviendo cuantas diligencias juzgue necesarias para ello. Aunque se le exhorta á desempeñar este encargo gratuitamente por amor de Dios, utilidad del prójimo y reverencia de la Iglesia, no le está sin embargo, prohibido cobrar derechos, los que tasará el juez y satisfará la parte que sostenga el matrimonio, si fuere solvente; no siendo se le pagarán del fondo de multas del tribunal.—E.

- 9 Bula cit.
- 10 Cap. 7 *De sententia et re judicata.* L. 13 tit. 22 part. 3 y la bula cit.

matrimoniales deben sustanciarse sumariamente<sup>1</sup>, y en ellas no será válido el pacto que hagan los litigantes de no apelar de la sentencia que declare nulo el matrimonio<sup>2\*</sup>.

43. \**Divorcio en latin*, dice la ley de Partida, *tanto quiere decir en romance como departamento. E es cosa que departe, la muger del marido, é el marido de la muger, por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente.* Puede tomarse lata ó estrictamente: en la primera acepcion significa la separacion de los cónyuges por haberse contraido el matrimonio con algun impedimento dirimente, y en consecuencia declarado nulo, como sucede en la definicion dada; ó la disolucion del matrimonio válido aun en cuanto al vínculo, por alguna de las causas que explicaremos adelante<sup>3</sup>; pero propia y estrictamente se llama divorcio la separacion perpetua ó temporal de los casados tan solo en cuanto al lecho y habitacion, subsistiendo el vínculo del matrimonio<sup>4\*</sup>.

44. \*El matrimonio siendo solamente legítimo, como lo es el que contraen dos infieles con arreglo á las leyes de su pais, puede disolverse aun en cuanto al vínculo por la conversion de alguno de ellos á la fe católica, si el otro se resiste á cohabitar con él, ó si consiente en ello, mas sin abstenerse de blasfemar de Dios y de nuestra religion, ó si lo induce á pecado mortal; pudiendo en consecuencia el cónyuge bautizado pasar á segundas nupcias<sup>5</sup>. Si algun infiel convertido que hubiere dejado en otro pais á su cónyuge infiel con quien cohabitaba en el tiempo de la infidelidad, deseara contraer nuevo matrimonio, deberá acudir al obispo, para que este con conocimiento de causa le conceda, segun le pareciere, la facultad de verificarlo<sup>6\*</sup>.

45. \*El matrimonio rato y no consumado se disuelve asimismo en cuanto al vínculo por la profesion religiosa de alguno de los cónyuges, siendo lícito al que quedare en el siglo enlazarse con otra persona<sup>7</sup>: por lo que se concede á los casados el término de dos meses despues de contraido el matrimonio, en los cuales no tienen obligacion de consumarlo, para que entre tanto deliberen si les conviene hacerlo ó entrar en religion<sup>8</sup>; advirtiéndole que aun pasado aquel tiempo, mientras no lo consumen podrán verificarlo<sup>9</sup>. Mas esto no se extiende á las órdenes sagradas, las cuales aunque dirimen el matrimonio, no son bastantes para disolver el consumado,

1 Clementina 2 *De judiciis*, allí; „*super matrimonis*.”

2 Bula *Nimiam licentiam* expedida por Benedicto XIV en 18 de mayo de 1743.

3 Murillo *Curs. jur. can.* lib. 4. n. 173.

4 L. 2. tit. 10. part. 4. vers. *E la razon*.

5 L. 3. tit. 10. part. 4. caps. 7 y 8. *De divorciis* conc. mej. tero. lib. 4. tit. 1 § 13.

6 Conc. mej. lug. cit.

7 Caps. 2 y 7. *De convers. conjug.* conc. trid. sess. 24. *De matrim.* can. 6. LL. 4. al fin, y 8. al princ. tit. 1, tit. 2, y 5 tit. 10, part. 4.

8 Cit. esp. 7.

9 Cap. 2. eod.

por no atribuírseles tal virtud ni en el derecho divino ni en el positivo, como se expresa Juan XXII<sup>1</sup>; y con mucha mas razon tampoco deberá entenderse en el voto simple de castidad<sup>2</sup>. Puede tambien disolverse el vínculo del matrimonio no consumado por dispensa del sumo Pontífice, quedando ambos cónyuges en libertad para pasar á otro matrimonio<sup>3\*</sup>.

46. \*El matrimonio válidamente contraido entre los fieles y consumado, solo es disoluble en cuanto al vínculo por la muerte de alguno de los cónyuges<sup>4</sup>, en cuyo caso el supérstite queda expedito para contraer otro enlace, probando suficientemente con arreglo á derecho aquel acontecimiento<sup>5</sup>. Esta prueba podrá verificarse con certificaciones de los respectivos magistrados eclesiástico, político ó militar, ó de algun notario público ú otra persona que haga fe, ó del párroco que es cuasi notario público, ó con las deposiciones de dos testigos que hayan presenciado la muerte ó el funeral, ó visto el sepulcro de la persona de que se trata, no siendo suficiente el dicho de uno solo, á no ser que se auxilie con algunas otras conjeturas y adminículos, v. g. si el marido era viejo ó enfermo, si estuvo en algun combate peligroso, ó habitaba algun lugar apestado, ó habia emprendido alguna navegacion arriesgada. Tampoco es bastante la fama, si no la acompañan otras conjeturas; y aun entónces debe probarse por dos testigos que depongan haberlo así oido de varones graves y fidedignos, no de muchachos ó mugeres, y traer al mismo tiempo origen de alguna causa racional, como por ejemplo, si habiéndose embarcado el cónyuge no se tuviere noticia del buque, ó siendo militar no se le encontrare despues de la batalla<sup>6</sup>. Finalmente, como en esta materia no puede darse una regla general, se deja al arbitrio del juez calificar en cada caso segun las circunstancias, si hay ó no certeza moral del fallecimiento del individuo que se asegura haber finado<sup>7</sup>. Antiguamente no era lícito á las viudas<sup>8</sup> casarse hasta que pasara un año de la muerte de sus maridos; pero hoy pueden libremente hacerlo en cualquier tiempo, sin incurrir en pena alguna, ni ellas ni los con quien casaren<sup>9\*</sup>.

47. \*Habiendo hablado de la disolucion del matrimonio en cuanto al vínculo, se sigue que tratemos de la separacion en cuanto al lecho y habitacion, ó del divorcio propiamente dicho. Este puede ser perpetuo ó temporal, para cierto ó para incierto tiempo; y tiene

1 Extrav. *Antiquae* De voto.

2 Cap. 14. *De convers. conjugat.*

3 Greg. Lopez in gl. 1. de la ley 5 tit. 10. part. 4. Vease á Ferraris *Biblioth. verb. Divortium* n. 9.

4 LL. 1 y 3, tit. 1, 19. tit. 2, 4. tit. 10. y 1. tit. 12. part. 4. conc. trid. sess. 24. *De matrim. caus.* 5 y 7.

5 Cap. 19. *De sponsalibus* conc. mejic. tero. lib. 4. tit. 1. § 11.

6 Murillo *Cursus jur. can.* lib. 4. n. 193.

7 Lopez en la ley 8. tit. 9. part. 4. gl. 2. al fin.

8 LL. 3. tit. 12. part. 4. y 5. tit. 3. part. 6.

9 L. 3. tit. 1. lib. 5. R., ó 4. tit. 2. lib. 10. N.

lugar por varias justas y legítimas causas que referirémos<sup>1</sup>. La primera es el mutuo consentimiento de los cónyuges para entrar ambos en religion, ó hacerlo solo la muger recibiendo el varon las sagradas órdenes, ó cualquiera de los dos, permaneciendo el otro en el siglo, con tal que este haga voto perpetuo de castidad, y sea tal su edad y condicion, que impida toda sospecha de incontinencia<sup>2</sup>. La segunda es la fornicacion espiritual ó la caída de alguno de ellos en la heregia ó paganismo<sup>3</sup>, en cuyo caso volviendo despues el cónyuge herege á nuestra religion, el inocente estará obligado precisamente á unirse con él, si antes se habia separado con autoridad propia<sup>4</sup>; pero si lo hubiere hecho con la de la Iglesia, podrá optar entre volver á su lado ó entrar en religion<sup>5</sup>. La tercera, la vida criminal del marido que incite y aun compela á la muger á perpetrar delitos, ó auxiliarle en su comision, sean de la especie que fueren, y principalmente en los carnales<sup>6</sup>. La cuarta, la ebriedad y furor continuos; pues como dice Elizondo<sup>7</sup>: „La primera es la raiz de todos los vicios; porque á la verdad el ebrio es propenso á las „civias, al adulterio, á la corrupcion de costumbres, á las contiendas „incesantes en las familias, á los homicidios y otros males que llo- „ran perpetuamente las mugeres y los hijos, viendo que la ebriedad „fué origen de la ruina de sus casas<sup>8</sup>.” Debe tambien en quinto lugar, autorizarse la separacion entre los cónyuges, por la enemistad y odio implacable de estos ó sus familias, para no dar ocasion á que uno ú otro incesantemente discurra sobre los medios de quitar la vida á cualquiera de ellos hasta conseguirlo; entendiéndose derivar el odio de la prision dilatada que haya sufrido el uno á instancia del otro ó de sus parientes, del pleito empeñado y ruidoso entre ambos sobre toda ó la mayor parte de sus bienes, de las disensiones y amenazas frecuentes, del castigo cruel repugnante al amor conyugal, y finalmente, de las criminalidades objetadas á la muger por su marido, si la acusacion no fuese probada, ni este se separase de la querrela como errónea<sup>9</sup>.

48. \*Los malos tratamientos del marido á la muger ó de esta á aquel son la séptima causa para la separacion de los cónyuges<sup>10</sup>; no debiendo impedir la caucion que preste el marido de enmendarse<sup>11</sup>, cuando aquellos pasen á la clase de graves y atroces, ó aun siendo leves si son cuotidianos y sin justa causa, de modo que lle-

1 Conc. trid. sess. 24. *De matrim.* can. 8.  
2 Caps. 4, 5, 8 y 13 *De convers. conjug.* L. 2. vers. *E destas tit.* 10. part. 4.  
3 L. 2. cit. vers. *Esso mismo.* Cap. 2. *De divortiiis.*  
4 Cap. 6. eod.  
5 Caps. 7. eod. y 21. *De convers. conjugat.* y en él la glosa.

6 Caps. 2. *De divortiiis* y 5. c. 28. q. 1.  
7 *Pract. univ. forense* t. 7. cap. 13. n. 24.  
8 Cosci *De separat. thori* cap. 17.  
9 Elizondo *Pract. univ. forense*, tom. 7. cap. 13. n. 23.  
10 Caps. 8 y 13. *De restitut. spoliator.*  
11 Wanspen *in jus ecclesiast.* p. 2. sect. 1. tit. 15. c. 2.

guen á conmovier la ira, provocar el odio, y dar márgen al pecado; bastando un solo acto atrocísimo para no deber esperarse al segundo: y aunque no es posible constituir regla cierta acerca de cuales se deban llamar atroces, pondrémos por via de ejemplo, siguiendo á Elizondo<sup>1</sup>, el trato inhumano en la casa, las palabras contumeliosas, las persecuciones, la maquinacion contra la vida al auxilio de un veneno, los actos dirigidos á herir ó matar, la pertinacia en el concubinato, el desprecio diario, y la denegacion de médico ó medicinas en la enfermedad y del alimento en todos tiempos; aunque cuando la muger pida el divorcio por esta última causa, dice Pothier<sup>2</sup> que el juez no debe declararlo luego, sino mandar primero que el marido le suministre dichos objetos, y que solo en caso de desobediencia pronuncie la separacion\*.

49. \*La octava causa de divorcio son las enfermedades contagiosas que no permiten la cohabitacion sin riesgo inminente de la vida, como la lepra, el morbo gálico incurable y otras semejantes<sup>3</sup>; pero no aquellas que no tienen este peligro, como la esterilidad, debilidad de miembros, daño en la vista &c., las que deben llevar en paciencia los cónyuges por la sociedad indisoluble á que se unieron<sup>4</sup>. Pero si alguno con ciencia de que tal persona padecía dichas enfermedades, contrajese con ella espontáneamente, no podrá despues solicitar el divorcio por ese motivo, pues se entiende que renunció su derecho<sup>5</sup>\*

50. \*La nona y última causa de divorcio es el adulterio culpable de un cónyuge, por el cual, conforme al derecho divino<sup>6</sup> y humano<sup>7</sup>, puede el otro separarse de él en cuanto al lecho y habitacion, permaneciendo el vínculo del matrimonio<sup>8</sup>; advirtiéndose que igual derecho prestan la sodomia y bestialidad<sup>9</sup>, mas no los ósculos, tactos y abrazos con otra persona<sup>10</sup>. Sin embargo hay varios casos en que el adulterio no da motivo al divorcio, y son los siguientes: 1.º cuando el cónyuge inocente se reconcilia con el culpado<sup>11</sup>; 2.º cuando ambos cometen adulterio<sup>12</sup>; 3.º cuando este solamente es material y no formal, esto es, se verifica sin voluntad; como si la muger hubiere sido forzada, ó tomado con justo motivo de equívoco á algun hombre por su marido no siéndolo, á ménos que despues de saber quien ha sido en realidad, consienta en él<sup>13</sup>; y 4.º cuando el va-

1 Lug. cit. n. 22.  
2 *Traité du contrat de mariage*, n. 511.  
3 Cap. 1. *De conjug. lepros.*  
4 L. 7. tit. 2. part. 4.  
5 Sanchez *De matrim.* lib. 9. disp. 24. n. 17.  
6 San Mateo cap. 19. vers. 3. y sig.  
7 Caps. 4, 5 y 8. *De divortiiis.* LL. 3. tit. 2 y 2, tit. 10. part. 4.  
8 Conc. Trid. sess. 24. *De matrim.* can. 7.

9 Arg. cap. 5. caus. 28. q. 1.  
10 Sanchez *De matrim.* lib. 10. disp. 4. ns. 9, 10 y 11.  
11 Arg. de la causa 32. q. 1. LL. 6. vers. *Otrosi* tit. 9. part. 4 y 8. tit. 17. part. 7.  
12 Caps. 4, 6 y 7 *De divortiiis.* L. 6. cit. al princ.  
13 Arg. de los caps. de la caus. 32. q. 5. cap. 6. caus. 34. q. 1 y 2. L. 7. tit. 9. part. 4.

ron dió causa al adulterio de su muger, prostituyéndola, aconsejándola, consintiendo en él, ó no prohibiéndolo cuando pudo hacerlo<sup>1</sup>; advirtiéndole que no puede decirse que aquel prostituyó á esta, para el efecto de privarlo del derecho de pedir el divorcio, si la hubiere expelido de su casa y negádola los alimentos, aunque con estos hechos lo haya causado indirectamente<sup>2\*</sup>.

51. \*De todas las causas que motivan el divorcio, cuando solo se pretenda este deberá conocer el juez eclesiástico<sup>3</sup>; pero si se intentare además la acción criminal que de varias de ellas resulta, toca el conocimiento al secular<sup>4</sup>; el que asimismo conocerá con exclusion de aquel, de los incidentes sobre alimentos y litis expensas, que debe prestar en estos casos el marido á la muger<sup>5</sup>, y de la restitucion de la dote<sup>6</sup>, que como explicaremos adelante, tambien habrá de verificarse\*.

52. \*En las causas sobre divorcio debe preceder la conciliacion consideradas como puramente civiles<sup>7</sup>, y luego que fueren movidas se depositará á la muger en alguna casa honesta. Si principiadas, no las prosiguiesen las partes, el fiscal eclesiástico tiene facultad de pedir que habiten juntos. Declarado el divorcio, la muger será asimismo depositada en alguna casa honesta, donde pueda vivir sin sospecha de incontinencia. Al fiscal que fuere negligente en estos puntos, se impondrá una multa de treinta pesos, y aun se suspenderá de oficio si así pareciere al obispo por la cualidad de la causa<sup>8\*</sup>.

53. \*La separación motivada por el adulterio, por lo regular suele ser perpetua, mas la fundada en las otras causas es por su naturaleza temporal, mientras dura el daño ó incomodidad que se teme resulte de la cohabitacion<sup>9</sup>. Asimismo, la separacion unas veces es debida y necesaria sin interposicion de mora alguna, otras permitida hacerse por autoridad propia, y otras prohibida sin el juicio de la Iglesia: la primera tiene lugar cuando se hubiere contraido el matrimonio con algun impedimento dirimente<sup>10</sup>; la segunda cuando alguno de los cónyuges fuese adúltero notorio, ó por su confesion ó sentencia<sup>11</sup>, ó si el esposo ó la esposa incurriesen con pertinacia en la herejía<sup>12</sup>, ó si cualquiera de ellos solicitase al otro á delinquir<sup>13</sup>, ó si por último la sevicia del uno hácia el otro fuese en tal grado, que cualquier tardanza pondria en peligro su vida<sup>14</sup>; la tercera se ve-

1 Caps. 6. *De eo qui cognov. consang. &c.* 27 y 43. de R. J. in 6. L. 6. cit. vers. *E otrosi.*  
2 Cap. 4. *De divortii* y en él la glosa.  
3 LL. 7 y 8. tit. 10. part. 4.  
4 Elizondo *Pract. univ. forense*, tomo 7. cap. 13. n. 15.  
5 Sanchez *De matrim.* lib. 10. disp. 8. n. 28.  
6 L. 20. tit. 1. lib. 2. N.

7 Art. 4 del dec. de 18 de mayo de 1821.  
8 Conc. terc. mej. lib. 4. tit. 1. § 15.  
9 Selvagio *Instit. canon.* lib. 2. tit. 10. n. 5.  
10 Elizondo lug. cit. n. 26.  
11 Cap. 4. *De divortii*.  
12 Caps. 6 y 7. eod.  
13 Sanchez *De matrim.* lib. 20. disp. 17 n. 10.  
14 El mismo lib. 10. disp. 18. n. 3.

rifica siempre que, fuera de los casos dichos, la causa reciba en sí duda alguna, y necesite comprobarse legalmente para ser creida<sup>1</sup>. Si en alguno de estos casos sujetos á contienda procediesen el marido ó la muger á su separacion, se causa un despojo del matrimonio; el que debe inmediatamente restituirse, sin que se admitan otras excepciones que aquellas que despreciadas darian lugar á culpa mortal, si se prueban *incontinenti*. y las que traigan consigo un daño irreparable, como el mal tratamiento grave y atroz, comprobado de la propia suerte, y á cuyo remedio no baste la caucion de no ofender prestada por un consorte al otro respectivamente<sup>2\*</sup>.

54. \*Verificado el despojo del matrimonio, no solo los jueces eclesiásticos pueden proceder á su reintegro por los medios canónicos, sino tambien los seculares obrando económica y gubernativamente solo por razon del escándalo que causa el divorcio voluntario; y sin perjuicio del derecho de las partes sobre la legitimidad ó ilegitimidad de la separacion, el que deberán deducir en el tribunal eclesiástico á quien privativamente corresponde, no tomando en este caso el secular otro conocimiento que el puro y simple del hecho del despojo para la consiguiente restitucion<sup>3\*</sup>.

55. 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; y en los dos primeros años de estos cuatro estan asimismo exentos de todos los pechos y tributos, aunque sean concejiles; y esta exencion será perpetua si llegaren á tener seis hijos. El marido, aunque sea menor de veinte y cinco años, con tal que tenga diez y ocho cumplidos, puede administrar por sí mismo sus bienes y los de su muger, si esta fuere menor de edad, sin necesidad de venia<sup>4</sup>; \*gozando siempre del beneficio de restitucion *in integrum* cuando haya sido dañado en su administracion, y no pudiendo enagenar sus bienes raices sin decreto del juez, ni intervenir en juicio sin curador<sup>5\*</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 contrato ni cuasicontrato alguno, ni apartarse de los ya celebrados<sup>6</sup>; bien que podrá el marido ratificar lo que sin su licencia hiciera la muger, y entónces será válido<sup>7</sup>. Asimismo

1 Elizondo lug. cit. n. 28.  
2 Cap. 13. *De rest. spoliat.*  
3 Elizondo lug. cit. n. 29.  
4 L. 14. tit. 1. lib. 5. R., ó 7. tit. 2. lib. 10. N. Orden de las cortes de España de 28 de abril de 1821. Estas exenciones se concedieron para fomentar los matrimonios; pero cree Eseriche (*Diccionario de Legisl. art. Casados*) que no se hallan en observancia, al menos en todas partes.  
5 Sala *Ilustracion al derecho* lib. 1. tit. 4. n. 25.  
6 LL. 1 y 2. tit. 3. lib. 5. R., ó 11. tit. 1 y 10. tit. 20. lib. 10. N.  
7 L. 4. tit. 3. lib. 5. R., ó 14. tit. 1. lib. 10. N.  
TOM. 1.

nar. de Legisl. art. Casados) que no se hallan en observancia, al menos en todas partes.  
5 Sala *Ilustracion al derecho* lib. 1. tit. 4. n. 25.  
6 LL. 1 y 2. tit. 3. lib. 5. R., ó 11. tit. 1 y 10. tit. 20. lib. 10. N.  
7 L. 4. tit. 3. lib. 5. R., ó 14. tit. 1. lib. 10. N.

puede el marido dar licencia general á su muger para celebrar contratos, y para todo lo demas que no pueda ejecutar sin su licencia, y valdrá cuanto hiciere con ella<sup>1</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 el mismo, si aquel, aun cuando fuese compelido, no quisiere hacerlo<sup>2</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>3</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.

LICENCIA DE PADRE A 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 Rivas, 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, le ha pedido la licencia y consentimiento que previene la pragmática de 28 de abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias 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 él, ántes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades: 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 así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco; siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano, residentes en esta villa.

*Nota.* Como si se introduce entre los casados la discordia, suelen vivir en continua guerra y buscar arbitrios para separarse, al-

<sup>1</sup> L. 3. id. ó 12. id.  
<sup>2</sup> L. 4. id. ó 13. id.

<sup>3</sup> L. 6. id. ó 15. id.

gunos escribanos, rebotando perfidia ó 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 divortis; Cum is 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, y del Concilio provincial mejicano tercero, lib. 4 tit. § 14 que expresamente lo prohíbe. Por consiguiente, si tuvieren arrojado para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores á una correccion severa, y á la suspension de oficio y multa de cuarenta pesos, aplicables por iguales partes á la fábrica de iglesia, los pobres y el acusador, como previene dicho concilio; 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: aunque 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 reciprocamente el derecho que tienen para obligarse á la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble, como por este.

CAPITULO IV.

*De las escrituras matrimoniales.*

- |   |  |   |  |
|---|--|---|--|
| 1 | Diversas clases de estas escrituras.<br><i>Primera promesa de dote y capital.</i>              | poso otorga á favor de su 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 es-  |   |  |

*Modelos de escrituras correspondientes á este capítulo.*

- 1.ª De capitulaciones matrimoniales. | 2.ª 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 ma-

puede el marido dar licencia general á su muger para celebrar contratos, y para todo lo demas que no pueda ejecutar sin su licencia, y valdrá cuanto hiciere con ella<sup>1</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 el mismo, si aquel, aun cuando fuese compelido, no quisiere hacerlo<sup>2</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>3</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.

LICENCIA DE PADRE A 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 Rivas, 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, le ha pedido la licencia y consentimiento que previene la pragmática de 28 de abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias 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 él, ántes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades: 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 así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco; siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano, residentes en esta villa.

*Nota.* Como si se introduce entre los casados la discordia, suelen vivir en continua guerra y buscar arbitrios para separarse, al-

1 L. 3. id. ó 12. id.  
2 L. 4. id. ó 13. id.

3 L. 6. id. ó 15. id.

gunos escribanos, rebotando perfidia ó 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 divortis; Cum is 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, y del Concilio provincial mejicano tercero, lib. 4 tit. § 14 que expresamente lo prohíbe. Por consiguiente, si tuvieren arrojado para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores á una correccion severa, y á la suspension de oficio y multa de cuarenta pesos, aplicables por iguales partes á la fábrica de iglesia, los pobres y el acusador, como previene dicho concilio; 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: aunque 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 reciprocamente el derecho que tienen para obligarse á la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble, como por este.

CAPITULO IV.

*De las escrituras matrimoniales.*

- |   |  |   |  |
|---|--|---|--|
| 1 | Diversas clases de estas escrituras.<br><i>Primera promesa de dote y capital.</i>              | 4 | poso otorga á favor de su 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 es-  |   |  |

*Modelos de escrituras correspondientes á este capítulo.*

- 1.ª De capitulaciones matrimoniales. | 2.ª 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 ma-

rimonio 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 évitarse gastos, y no hacer para cada cosa una escritura, otorgan esta, en la cual suelen intervenir los padres, tíos ó curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donación *propter nuptias* que el esposo ó sus padres hacen á la esposa, de cuya extensión trata la ley 87. tit. 18. Part. 3, como también en qué especies han de llevar los contrayentes su dote y capital; qué ha de dar el novio á la novia cada año por razón ó con título 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 adquiriera también, no reputándose jamás 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 condición los posee sin intervención ni dependencia del novio ó marido. Así se estila pactar entre las 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. También suelen imponerse alguna pena convencional contra el que se retractare de lo estipulado; y después que se casan ó el día antes otorgan las respectivas escrituras de dote y capital, con referencia é inserción 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 48. 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 razón que la de promesa de dote y capital.

2. Otra se llama: *Consentimiento de ambos contrayentes en casarse*, cuya extensión 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, según la disposición 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 consenti-

miento 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, según y como se previene en la pragmática-sanción de 28 de abril de 1803, (ley 18. tit. 2 lib. 10 Nov. Rec.) según se ha dicho.

3. Otra es la carta de pago y recibo que el esposo, estando próximo al día del matrimonio ó después de contraído, 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, según diré en el párrafo siguiente; de la misma manera debe hacerlo la novia en igual caso y circunstancias, pues lo que importen es ménos dote, y de omitirlo se perjudica al novio. De esta escritura trata la ley 86 tit. 18 Part. 3, y como regular y común en la práctica, la extenderé para instrucción 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 citación judicial, para que cuando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó á él, qué 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 después, sus hijos tendrán que justificar por otro medio lo que llevó al matrimonio para no serlo. Puede hacerse antes ó después de casarse. Si se hace antes, no es menester que la muger jure no haber sido conminada por el esposo, porque no está bajo de su dominio, y no puede violentarla. Si lo otorga después, 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 después, porque si lo hace antes, y está en su casa ó en las de sus padres ó de otro, no puede saber ni declarar si el marido futuro tiene ó no aquellos bienes, y si después de casada, como que ya los ha visto. Si precedió capitulación al matrimonio, y en ella ó en

\* Al fin del capítulo 5 de este título se hallará el modelo de la carta de pago

y recibo de aquella, por corresponder más bien allí que á este lugar.



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 entónces, en cuyo tiempo estaba libre de su dominio, y no la podia violentar, y así no es del caso el juramento. No há 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 compeliada á responder de lo que no recibe: por lo que se obligará únicamente á tenerlos 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 le satisfagan con la preferencia correspondiente las arras que la haya ofrecido, teniendo cabimiento en la décima. Concurrirá tambien el marido a 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 gravámen, á cuánto 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 las corresponde 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 tocaria su mitad. Si es viudo con hijos, debe hacer descripcion ántes de volverse á casar, de los bienes que existan en su poder pertenecientes á estos, obligándosele á restituírselos, para que no sean perjudicados en su legítima materna.

*Escrituras correspondientes á este capítulo.*

DIRECCIÓN GENERAL DE  
CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, D. Pedro y Doña Juana de tal, su muger, D. Francisco, su hijo, D. Diego y Doña Elena, consortes, y Doña María, su hija, de estado doncella, todos naturales y vecinos de esta villa, y mayores

de veinte y cinco 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 espontánea voluntad—Otorgan que pactan y capitulan lo siguiente:

Que los mencionados D. Francisco y Doña María 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 legítimo y verdadero matrimonio, no resultando impedimento canónico ú otro accidental, porque deba diferirse y velarse á su tiempo, para lo cual los expresados D. Diego y Doña Elena prometen al citado D. 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 espousales 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 defieren en su juramento, y se relevan de otra prueba: y mediante la licencia que los nominados D. Pedro y D. 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 íntegra responsabilidad y satisfaccion.

Que los prenotados D. Pedro y Doña Juana darán al citado D. Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies, en cuenta de sus legítimas, y los enunciados D. Diego y Doña Elena á su hija Doña María, 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, víspera 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 pudiese 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 D. 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 ofrece por aumento de dote, ó en arras y donacion *propter nuptias*, segun mas útil 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, así 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 obligado 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 perjudicado en él, y obre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos D. Diego y su hija, á otorgar tambien á favor del enunciado D. Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleva 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 ántes 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 D. Diego no concurrese 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 D. Pedro, D. 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.

*Aquí 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: (*Aquí se pondrá la cláusula que extenderé en el cap. 29, §. 16. tit. 4. del lib. 2: y luego dirá:*) Así 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 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 específica 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 Velejano, ni otra civil, canónica ni real, y ántes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles que citaré en dicho capítulo; 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; aunque en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes que no hay ó no versan en el asunto, y solo será bueno hacer la renunciacion cuando se constituye fiadora; pero entón-

ces 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 ántes 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.

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

Importan los bienes expresados tantos mil pesos, salvo error de pluma ó 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 profine 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. (*Aquí se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion, como en la primera escritura dotal que está al fin del capítulo 6 de este título; 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 pa-

ra que á todo la apremien como por sentencia, &c. (*Aquí 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 ántes 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. (*Aquí tendrá presente el escribano lo que expliqué al fin del párrafo 4.º de este capítulo, y lo pondrá segun 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 55 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 de 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 poseia 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 si no hubiera usado de esta precaucion, seria perjudicada gravemente su muger. Pero prevengo que no basta poner el juramento 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 obligacion que constituya, como 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 prime-

ro, 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 ántes 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 ántes de casarse para su estabilidad, expresando que si el novio muere ántes, 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 ántes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones; pues ni aun para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el escribano é interesados el hacer así cada instrumento, ó separadamente.

## CAPITULO V.

## De la dote.

- 1 Diversos nombres que se da á los bienes de los casados.
- 2 Definicion de la dote.
- 3 De cuántas clases son los bienes dotales.
- 4 Casos en que se trasfiere al marido así 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 qué tiempos puede constituirse y aumentarse la dote, y de cuántos 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 ¿Qué clase de bienes puede llevar en dote la muger?
- 9 ¿Qué deberá hacer la muger cuando el marido disipe ó desfalque su dote?
- 10 ¿Qué 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, ¿cómo 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 pro indiviso 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 dádola cierto dote, casare otra, y la ofreciere tambien dote de sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada está 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 cuáles causas gana el marido la dote que su muger llevó al matrimonio.
- 31 A quién pertenecen los frutos de la dote durante el matrimonio.
- 32 De la dote confesada, y de los efectos que produce dicha confesion.
- 33 La confesion del marido no perjudica á sus herederos forzosos ni acreedores, si la hizo en fraude de ellos.
- 34\* La confesion de la dote hecha ántes del matrimonio, solo podrá tener lugar hasta la décima parte de los bienes del marido.\*

ro, 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 ántes 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 ántes de casarse para su estabilidad, expresando que si el novio muere ántes, 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 ántes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones; pues ni aun para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el escribano é interesados el hacer así cada instrumento, ó separadamente.

## CAPITULO V.

## De la dote.

- 1 Diversos nombres que se da á los bienes de los casados.
- 2 Definicion de la dote.
- 3 De cuántas clases son los bienes dotales.
- 4 Casos en que se trasfiere al marido así 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 qué tiempos puede constituirse y aumentarse la dote, y de cuántos 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 ¿Qué clase de bienes puede llevar en dote la muger?
- 9 ¿Qué deberá hacer la muger cuando el marido disipe ó desfalque su dote?
- 10 ¿Qué 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, ¿cómo 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 pro indiviso 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 dádola cierto dote, casare otra, y la ofreciere tambien dote de sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada está 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 cuáles causas gana el marido la dote que su muger llevó al matrimonio.
- 31 A quién pertenecen los frutos de la dote durante el matrimonio.
- 32 De la dote confesada, y de los efectos que produce dicha confesion.
- 33 La confesion del marido no perjudica á sus herederos forzosos ni acreedores, si la hizo en fraude de ellos.
- 34\* La confesion de la dote hecha ántes del matrimonio, solo podrá tener lugar hasta la décima parte de los bienes del marido.\*

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 *dotaies*, 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. En estos bienes tiene el marido el dominio y el usufruto; y unos se apellidan *proprios*, que son los que cada cónyuge lleva al matrimonio, ó hereda ó adquiere durante él por ultima voluntad ó por contrato lucrativo, á los que 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<sup>1</sup> para sostener con ellos las cargas del matrimonio<sup>2</sup>, si al tiempo de casarse no se hubiere pactado expresamente otra cosa entre los dos en cuanto á los parafernales, como pueden hacerlo. \*Otros se llaman *antifernales* ó *contradotales*, en el derecho romano donacion *propter nuptias*, y en las leyes de Partida *arras*, y son los que el marido señala á la muger por compensacion de su dote, á la que debian igualar<sup>3</sup>. Pero Gomez<sup>4</sup> y Sala<sup>5</sup> observan, que ni estan en uso estas donaciones *propter nuptias*, cuyo nombre se aplica en muy distinto sentido en la Recopilacion, y que se distinguen mucho de lo que ahora se llama *arras*<sup>6</sup>; omitimos por lo mismo explicarlas.\* 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<sup>7</sup>.

1 L. 5. tit. 3. lib. 5. de la R. ó 14. tit. 1. lib. 10. de la N.

2 LL. 4 y 5. tit. 9. lib. 5. de la R., ó 2 y 5. tit. 4. lib. 10. N.

3 L. 1. tit. 11. p. 4. y Parlatorio Different. 125. n. 2.

4 En la ley 10 de Toro. ns. 11 y 12.

5 Ilustrac. al derecho, lib. 1. t. 5. n. 15.

6 Gregorio Lopez en la gl. 4 de dicha ley vers. *Difert tamen*, asigna tres diferen-

cias entre la donacion *propter nuptias* y las arras que hoy se usan. Parlatorio en la *Different.* 125. n. 4. sin embargo de que conviene con el, quiere que se les conserve aquel nombre, dando por razon, que siempre se constituyen con motivo del matrimonio. Vease tambien lo que dice el citado Lopez en la gl. 6 de la ley 7. tit. 11. part. 4.—E.

7 L. 1. al princ. tit. 11. part. 4.

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 ántes de casarse, ó los que la da algun extraño. Llámanse *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 respeto y atencion de su padre<sup>1</sup>. \*La dote tambien puede ser apreciada ó estimada: y se llama así cuando á la cosa que se da se le fija el precio; ó inestimada, cuando se señala simplemente la cosa en que se constituye, aunque á veces suele expresarse el precio, y la dote sin embargo no ser estimada; de modo que solo se reputa tal, cuando la designacion del precio se hace en términos, que indica una verdadera venta de los bienes dotales entre la muger y el marido, que queda deudor solamente del valor ó estimacion de la cosa<sup>2</sup>.

4. Aunque la dote es patrimonio propio de la muger, se trasfiere irrevocablemente al marido así 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 cuando aunque sean de otra clase, se le dan valuados con estimacion que causa venta. En ambos casos puede 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<sup>3</sup>.

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 usufruto, 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<sup>4</sup>.

6. La dote puede constituirse y aumentarse así ántes 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 han de observar las cuotas en igualdad, á ménos que en el lugar de la celebracion del matri-

1 L. 2. id. id.

2 L. 16. tit. y part. cit.

3 Esto se entiende verificándose el matrimonio; porque si nó 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. LL. 7, 18 y 21. tit. 11. part. 4.

4 LL. 7 cit. *In rebus* 30. Cod. *De jur. dot.* Intit. in princip. *Quibus alienare licet vel non.*

monio haya costumbre contraria<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>, al modo que en las donaciones, porque lo son en realidad. Si alguno dota á la muger con quien crée 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<sup>3</sup>.

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 ántes de casarse algunos bienes fructíferos de la novia, y se está aprovechando de ellos sin darla de vestir ni otra cosa; en cuyo caso el importe de sus frutos es aumento, y no réditos de la dote. Pero si le diere los alimentos, los frutos de esta no deben ser computados en ella, ni demandados al esposo<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>; bien que en todos casos se le admite la demanda, especialmente si este tiene otros acreedores, para que no pierda su dote ni queda 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<sup>7</sup>, 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.

1 LL. 1 y 7. tit. 11. part. 4.

2 LL. 11 y 30. al fin tit. 11. part. 4.

3 L. 35. tit. 14. part. 5.

4 LL. 7 y 12. ff. *De jur. dot.* y 7 y 28. tit. 11. part. 4.

5 Ley 14. tit. 11. part. 4.

6 LL. *Si constante*. 34. ff. *solut. matrim.* l. tit. 9. part. 3 y 29. tit. 11. part. 4.

7 L. 7. tit. 11. part. 4. cap. *Licet mulieres*. y cap. *Cum contingat de jurejurand.* in 6. l. 1. ff. *De fund. dot.*

11. Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por su marido, ó concurra al contrato, debe satisfacérsela el valor de ellos disuelto el matrimonio. Pero si celebra el contrato por sí sola con licencia de su marido (a) 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 demandocomun lo otorga<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>. Si la muger hubiere consentido la enagenacion con juramento, y entónces 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<sup>3</sup>.

13. La obligacion de dotar (b) es propia y peculiar del padre, quien puede ser apremiado á dotar á la hija que está en su poder, aunque ella tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que otrezca si se verifica el matrimonio<sup>4</sup>; bien que si la hija se casa contra la voluntad del padre ántes de los veinte y tres años con sujeto 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<sup>5</sup>.

14. El padre natural está obligado á dar los alimentos á sus hi-

(a) Sala (Ilust. al der. l. 1. t. 5. n. 11.) dice que por costumbre está establecido, que si la muger enagena con licencia de su marido los bienes de la dote inestimada, se rescindirán las enagenaciones en todo lo que excedan la mitad de la dote para que no quede indotada; á menos que intervenga juramento, en cuyo caso se sostendrá íntegramente la enagenacion. —E.

1 Gutier. *De juram. confirmat.* part. 1. cap. 1.

2 Olea *De cess. jur.* tit. 5. q. 12. n. 11.

3 Alciat in cap. *Cum contingat*. ns. 2 y 8. Gutier. in *Authent sacram. puber.* ns. 93 y 94. Covarrub. *De sponsal.* part. 2. cap. 2. § 6. n. 4. et in cap. *Quamvis pactum*. part. 6. § 4. n. 7.

FOM. I.

(b) De aquí dimana otra division de la dote en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que da aquel, que por cualquier título tiene obligacion de darla en cumplimiento de su deber. Voluntaria es por el contrario, la que da alguno sin tener obligacion de ello. L. 8. tit. 11. part. 4. —E.

4 L. 8. tit. 11. part. 4.

5 LL. 3. § 3 y 18. t. 2. l. 10. N. *Quia a liberis*. § *Si vel parens, de liber. agnosc.* arg. cap. *Cum haberet, de eo qui duxit*. Ferraris *Bibliothec. verb. Dos.* ns. 6 y 7. Este autor en el n. 8. establece por regla general, que el padre no tiene obligacion de dotar á la hija en todos los casos en que puede desheredarla; pues como la

jos naturales<sup>1</sup>; y por consiguiente lo está también á dotar á su hija natural, porque la dote sucede en lugar de alimentos<sup>2</sup>. Lo mismo se entiende respecto del abuelo y bisabuelo en el caso en que por derecho está obligado á dotar á la nieta ó biznieta<sup>3</sup>, que es cuando ella no tiene otros bienes propios<sup>4</sup>.

15. La madre siendo católica (a), no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes, ya sean dotales, ya parafernales. Así 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 ménos que así 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 así pueden imputarlas los que las dieron no solo en dote sino para su manutencion; porque teniendo aquellas bienes suyos de que poder vivir, no están obligadas á criarlas ni á dotarlas<sup>5</sup>. Pero si las ofrecieron en dote mas de lo que importan sus bienes, es visto haberlas prometido de los suyos el exceso<sup>6</sup>; á ménos que con error é 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<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>.

16. Ofreciendo el padrastro y la madre, ó el padre y la madrastra juntos, dote ó donacion al entenado ó hijastro de alguno de ellos,

dote se substituye á la legitima y se computa en ella, la razon que baste para privar á la hija de esta, debe ser tambien suficiente para negarle aquella.—E.

1 L. 5. tit. 19. part. 4. cap. Cum haberet, de eo qui duxit.

2 DD. in dict. ley 1. ff. soluto matrim.

3 Salicet en la ley n. Cod. De dotis promiss.

4 L. 8. tit. 11. part. 4. Gomez en la ley 50 de Toro, Gutier. lib. 2. Pract. q. 10. La ley citada impone al abuelo y bisabuelo la obligacion de dotar á su nieta ó bisnieta pobre, siempre que la tengan en su potestad; y como hoy jamas podrá concurrir esa circunstancia, se cuestiona si habra tambien cesado dicha obligacion. Palacios Rubeos (in cap. Per nostras) está por la afirmativa, pero Gregorio Lopez (gl. 4. al fin de dicha ley), y Sala (Illustrac. al der. lib. 1. tit. 5. n. 7) llevan la negativa, citando este último á Covarrubias, y diciendo que el haberse hecho mencion de esa circunstancia en la ley de Partida, fué porque entonces siempre concurría á la obligacion, cuya causa es mas natural que civil.—E.

(a) Se dice católica, porque si fuere judia, 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 impedirla que se case. L. 9. tit. 11. part. 4. Algunos autores añaden otro caso en que la madre debe dotar á la hija, y es cuando aquella es rica y el padre pobre, ó se ignora quien lo sea. Esta opinion es conforme á la equidad y á la utilidad pública; pero no hay ley en que poder apoyarla. Asimismo, siguiendo el método de Murillo (Curs. jur. can. lib. 4 n. 189) debe hacerse mencion aqui de otro que tiene obligacion de dotar, á saber, el estuprador cuando no contraiga matrimonio con la estuprada.—E.

5 L. 6. tit. 19. part. 4. y ley Siguis a liberis. §. Sed si filius. ff. de liberis agnoscend.

6 L. Cum post mortem. § 1. et ibi gloss. DD. ff. De administrat. tutor. Gom. en la 53. de Toro. n. 24.

7 Acev. en la ley 8. tit. 9. lib. 5. R. n. 20.

8 Gom. en dicha ley 53 y n. 24. vers. Si vero mater Buez. De non meliorand. filios. cap. 11. n. 155.

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 así como el padrastro no tiene obligacion de alimentar ni tener en su poder á los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos; así tambien por la propia razon, no es visto darles ni ofrecerles la dote ó donacion sino en los términos expuestos, á ménos que claramente ó por vehementes conjeturas conste que su intencion fué no repetirla, y ántes sí dársela de sus propios bienes<sup>1</sup>.

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.ª porque nunca se presume donacion<sup>2</sup>; y siempre que puede haber interpretacion á favor del donante y contra la donacion, debe así entenderse<sup>3</sup>: 2.ª porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana, se presume que la dota de los de ella como su administrador, y entónces cesa la presuncion de donacion<sup>4</sup>: 3.ª porque si expendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo hace de los bienes de este que de los suyos<sup>5</sup>, 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 doscientos 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 un 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<sup>6</sup>; pues para dotar, y que la dote se considere suficiente, se ha de atender á los haberes del donante, 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 tie-

1 Castell. en dicha ley 53. liter. G. per text. in leg. Si paterno. ff. De negot. gest. n. 6. Sigüenz. 2. De claus. lib. 2. cap. 11. n. 219

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

3 Ley Elegantes. 24. § Qui reprobos, ff. De pignorat. act.

4 Ley Nosenius. 24. ff. De negot. gest.

5 Ley ult. ff. De haeredit. petit.

6 LL. 1 y 5 tit. 2. l. 5. R., ó 6 y 7. t. 3. l. 10. N.



ne por suficiente, y excediendo, por inoficiosa<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>. 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 así, se quedará esta con la mitad de la dote en cuenta de su legítima 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 promete simplemente dote á su hija legítima, se presume prometérsela de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Por consiguiente se presume en ambos casos que la dota de sus propios bienes, y en lo que estos no alcanzan, de los de la hija; á ménos que él sea pobre, en cuyo caso es claro que promete la dote de los bienes de ella<sup>6</sup>. Mas para evitar dudas es muy conveniente, y aconsejan los autores, que el padre declare cuánto le ofrece de sus bienes cuando estos no alcanzan para completar la dote, y cuánto 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 así en la escritura dotal, en cuyos casos se observará el pacto<sup>7</sup>: 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 bie-

1 LL. *Quaero*. 60. *Sive generalis*. 64. y *Cum post*. 69. §. *Gener.* ff. *De iure dot.*  
2 Matienzo, en la ley 1. tit. 1. lib. 5. de la Rec. glos. 1. ns. 3, 4 y 5. Baez. *De non meliorand. filiab.* cap. 21 y 31. Gutier. lib. 2. *Practic.* q. 14.  
3 L. 8. t. 9. lib. 5. R. 6 4. t. 3. l. 10. N.  
4 L. fin. Cod. *De dotis promiss.* y ley *Profe-*

*cticia* §. penult. y ult. *De iur. dot.*  
5 Lo contrario se entiende cuando no es legítima la hija. L. 8. tit. 11. part. 4. y la gl. 2. ley final. Cod. *De dotis promiss.*  
6 L. fin. et ibi DD. Cod. *De dotis promiss.*  
7 Hieron. Gabriel. consil. 156. n. 26. Lecin. Junior ibi ns. 177 y 178, y otros varios.

nes propios del padre y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma; porque se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas<sup>2</sup>, 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 legítima que la puede corresponder por parte de su padre, valdrá, pero tendrá ménos que percibir por muerte de este, y la ménos dotada mas<sup>3</sup>; pues no está obligado á dar en dote todo lo que la ley permite, sino á guardar los límites 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* (a) al hijo de ambos durante su matrimonio, se les deberá tambien satisfacer de los gananciales, sin embargo de que la madre no concorra ni preste su consentimiento; pues por la ley<sup>4</sup> está autorizado para ello; y así puede ejecutarlo por sí solo, siendo los hijos de entrambos, y cabiendo en las ganancias, segun dice la misma ley citada en su segunda parte. Esto se entiende aun cuando en dotar se consuman todos los gananciales que entónces haya, si no exceden en la legítima que al hijo ó hija puede tocar, y no en otra forma, ni en mas, sin que la madre tenga accion para reclamarlo ni impedirlo. Lo primero, porque la obligacion 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 razon en contrato<sup>5</sup>, 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 obligacion 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 donacion, 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 entónces se entiende haber

1 Socin Senior y Ruin. in leg. 1. ff. *solut. ma trim* n. 144. et ibi Rip. n. 93.  
2 Ley final. Cod. *communis utriusque jud.* y ley *Ut liberis*. Cod. *De collat.* Menoch praesunt 15. n. 2.  
3 Baez *De non meliorand. filiab.* cap. 1. n. 25. y cap. 11. ns. 161 y 162  
(a) Donacion *propter nuptias* en las leyes recopiladas, se llama la que hacen los pa-

dres á los hijos por razon del matrimonio que van á contraer, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas. Escriche *Diccionario de Legislacion*.—E.  
4 L. 8. t. 9. l. 5. R. 6 4. t. 3. lib. 10. N.  
5 Baeza *De non meliorand. filiab.* cap. 11. n. 126 hasta 129.

dado y ofrecido únicamente de lo suyo, y querido relevar á la madre de la contribucion con su mitad de gananciales: así que se le cargará su total, y no á esta, á ménos 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 ó hacen donacion *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 donacion en cuanto á su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignacion ó entrega fuesen de cosa propia de alguno de los dos; porque la ley citada habla indistintamente, y no debe atenderse á la materialidad de la cosa entregada. Por lo que el dueño de esta sacará su importe como capital suyo ántes que se dividan los gananciales<sup>1</sup>; á ménos 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 donacion al donatario ó dotada; pues entónces 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 mas segura opinion 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 estan concedidos para satisfacer las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo.

25. Pero si la hija es mayor de veinte y tres años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pudiendo y habiendo tenido proporcion no la casó segun su esfera y costumbre del pais, entónces así como en cumpliéndolos puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote<sup>2</sup>, porque por derecho está obligado á dársela y no la madre<sup>3</sup>; así tambien 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<sup>4</sup> \*.

1 Ayora. part. 2. q. 40. n. 42. y 43. *De partit.*

2 L. *Si filiam.* y *Authent. Sed si.* Cod. *De inoffic. testament.* et ibi DD. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 7. part. 6. gl. 5 y 8.

3 LL. 8 y 9. tit. 11. part. 4. Ley final. Cod

*De dotis promiss.* ley *Qui liberos.* cit.

4 Morquech. *De divis. bonor.* lib. 2. cap. 17. ns. 3 al 7.

\* Sobre esta materia de casamientos puede verse el contenido de la real Pragmá.

26. Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la muger 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 ántes de esta, quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte<sup>1</sup>, pues á ello la obliga la ley 53 de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

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<sup>2</sup>. Pero esto se entiende excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció; pues entónces se conceptúa haberse obligado á suplir de sus propios bienes aquello á que no alcanzasen los de su marido<sup>3</sup>.

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 ellos. 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 deba pagar de lo que importen<sup>4</sup>. Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en cuanto á ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y así debe obrar la propia disposicion legal<sup>5</sup>. 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 legítima 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 cualquiera cantidad que sea, aun cuando no exceda ni llegue á la mi-

tica de 28 de abril de 1803, que es la ley 18 tit. 2. lib. 10. N. R.

1 Acev. en la ley 8. n. 15. tit. 9. lib. 5. R. Morquech. ibi. n. 8.

2 LL. 61 de Toro y *Si vir uxori.* § fin. ff. *ad senatusconsult.* Baez *De non meliorand. filiab.* cap. 11. ns. 41 y 42. Socin. consil. 5. n. 14. lib. 4. y Morquech. ibi. ns. 10 y 11.

3 Baeza dicho n. 41 al fin. Morquecho dicho n. 11.

4 Castell. en la ley 53 de Toro ns. 2 y 43. Ayor. part. 2. q. 40. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 10. part. 5. glos. 1. Matienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. n. 9. y en la 8. glos. fin. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 19. n. 3. al fin. Acev. en la ley 8. ns. 13 y 19. tit. 9. lib. 5. Baez ibi ns. 97 al 125.

5 L. *A Titio.* ff. *De verbor. obligation* y ley *Illud ff. ad leg. aquil.* Morquech. ibi. n. 13.

tad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal en favor de la dote<sup>1</sup>. La acción de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitución, á ménos que al tiempo de constituirla se renuncie, porque la ley no define término para ello. Por lo cual si la muger hubiere llevado en dote bienes raíces 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 ménos 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 disminución, la cual pudo provenir del tiempo, ó de no haber tenido realmente los bienes dotales mas estimación cuando los llevó, aunque hubiese sido mayor su valuación, como regularmente sucede en todas las dotes, en que se tasa por veinte lo que solo podría venderse por diez: fuera de que no transfiriéndose al marido el dominio natural de los bienes raíces, no debe tenerse en cuenta su valuación, á ménos que haya aumento 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 donación que en razón 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 donación 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<sup>2</sup>. Pero en los dos primeros casos está en contrario la práctica y costumbre; pues nada heredan, aunque el muerto no deje sucesión, á ménos que conste expresamente de su última voluntad: y así solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la décima de los bienes del marido, ó las joyas ó vestidos si no exceden de la octava parte de su dote; por lo que no se hacen en el día 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<sup>3</sup>, con tal que concurren tres circunstancias: 1.<sup>a</sup> que el matrimonio se haya celebrado según el orden establecido: 2.<sup>a</sup> que dicho marido tenga la posesión de la dote: 3.<sup>a</sup> que sufra las cargas matrimoniales<sup>4</sup>. Adviértase que de

1 L. 16. tit. 11. part. 4. Greg. Lop. en ella.  
2 LL. 23. tit. 11. part. 4. y 15. tit. 17. part. 7.  
3 L. Pro oneribus. Cod. De jur. dot. L. Do.

4 L. 25. tit. 11. part. 4.  
*vis fructus. ff. eod. tit.*

los bosques dotales, cuyo usufruto y utilidad consiste en cortar no solo las ramas, sino los mismos árboles, puede hacer la corta, en caso que de su tronco ó raíces nazcan otros, mas no de los árboles frutales, á ménos que se sequen ó pudran<sup>1</sup>, y entónces deberá reponer otros. Respecto de las esclavas que se dan en dote, si se diere alguna apreciada, y el marido prometiere dar el precio de ella en caso de que el matrimonio se disolviera por muerte ó sentencia judicial, entónces será de su cuenta el daño ó provecho que acaeciere á la esclava; pero no entregándosele esta apreciada, pertenece á su muger el peligro<sup>2</sup>. Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donación que alguno les hace; pero sí lo que ganan con su industria<sup>3</sup>.

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 confesión produce los efectos siguientes. No constando su recibo sino por mera confesión hecha por el marido en testamento ó en otra última voluntad despues de contraído el matrimonio, y de tener en su casa á su muger, no es ni debe estimarse por dote; porque esta confesión, ya sea de cantidad cierta ó de otros bienes, no prueba, ántes 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<sup>4</sup>; y así aunque sea jurada, no perjudica á los acreedores del confitente en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos legítimos de este en sus legítimas<sup>5</sup>; 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 acervo del caudal inventariado, excepto que los interesados mayores se convengan en que se deduzca de este, en cuyo caso se expresará así, para que no se atribuya á impericia ó malicia del partidor. Pero siendo extraños los herederos, se bajará del cúmulo de bienes, y no del quinto ni tercio, á ménos que el testador lo mande: porque á excepcion de los referidos, todos los demas se gradúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho á heredarle por testamento con-

1 L. 27 al princ. tit. 11. p. 4. Rebuf. in leg. Sylva coedua ff. De verb. significat. vers. Utilit. Gutierrez De tutel. part. 3. cap. 27. núm. 11.

2 L. 20. tit. 11. part. 4.  
3 L. 25. tit. 11. part. 4.

4 L. 19. tit. 9. part. 6. Roman. consil. 445. num. 9. Paul. de Castr. consil. 363. lib. 1. col. 3. Bursat. consil. 32. num. 4. 32 y sig. lib. 1.

5 Morquecho De division. bonor. lib. 1. cap. 9. num. 12 y 13.

tra 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<sup>1</sup>. Lo cual se limita y entiende: 1.º excepto que haya renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago: 2.º que si no la renunció se haya pasado el tiempo de oponerla, que son dos años<sup>2</sup>: 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 entónces prueba contra él, á lo ménos se presume hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos<sup>3</sup>, 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, prefine<sup>4</sup>: 5.º que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido<sup>5</sup>: 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 conjeturas, por las que se prueba el dolo<sup>6</sup>.

34. \*Tampoco tendrá lugar ni subsistencia la confesion que el marido hiciere ántes del matrimonio, de haber recibido la dote, sino solo hasta en la décima parte de sus bienes libres, que tuviere al tiempo de contraerle, ó que adquiriere despues y que puede dar en arras, conforme á la ley<sup>7</sup>, aunque la tal confesion sea con renuncia de las leyes de la entrega; pues si semejante confesion tuviera firmeza, se daría lugar á defraudar la ley, donando el marido á la muger todo cuanto gustase<sup>8</sup>.

1 Menoch. praesumpt. 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. Sent. §. Donat. num. 3. Menoch. praesumpt. cit. num. 39 y 40. Socin in leg. 1. num. 97. ff. solut. matrim. Salicet. in leg. Donat. quas. Cod. de donat. inter. virum et uxor.  
5 Covarr. lib. 1. Var. cap. 7. num. 6. Me-

noch. praesumpt. 12. cit. num. 53. Gom. en la ley 50 de Toro. num. 52 vers. Quod tamen limita.  
6 Mascardo De probat. lib. 1. conc. 362. Morquech. De division. lib. 1. y cap. 9. dicho n. 2.  
7 L. 2. t. 2. lib. 5. R. ó 1. t. 3. lib. 10. N. y 1. 3. t. 2. l. 2. Fuero real.  
8 Colom Instruc. jurid. de Escribanos, Abogados, &c. lib. 2. cap. 3. n. 32.

## CAPITULO VI.

## Del privilegio de la dote.

- |   |  |
|---|--|
| <p>1 Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote.</p> <p>2 No será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes.</p> <p>3 Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó halaja determinada.</p> | <p>4 El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes del marido, se trasfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repetición y cobranza, pero no á los extraños.</p> <p>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.</p> |
|---|--|

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<sup>1</sup>; y porque no esten indotadas, pues conviene á la república que se casen para el aumento de la poblacion<sup>2</sup>. 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 dotalés 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 no basta probar que la muger los tenia ántes 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 entónces 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 dotalés, aunque sea esta anterior; porque su fin es que el matrimonio, se efectúe y sirvan de ayuda los bienes

1 L. Assiduis. 12. Cod. qui potior. in pignor. hab. Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5.  
2 LL. 1. ff. solut. matrim. y 2. ff. de jure dot.

tra 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<sup>1</sup>. Lo cual se limita y entiende: 1.º excepto que haya renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago: 2.º que si no la renunció se haya pasado el tiempo de oponerla, que son dos años<sup>2</sup>: 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 entónces prueba contra él, á lo ménos se presume hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos<sup>3</sup>, 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, prefine<sup>4</sup>: 5.º que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido<sup>5</sup>: 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 conjeturas, por las que se prueba el dolo<sup>6</sup>.

34. \*Tampoco tendrá lugar ni subsistencia la confesion que el marido hiciere ántes del matrimonio, de haber recibido la dote, sino solo hasta en la décima parte de sus bienes libres, que tuviere al tiempo de contraerle, ó que adquiriere despues y que puede dar en arras, conforme á la ley<sup>7</sup>, aunque la tal confesion sea con renuncia de las leyes de la entrega; pues si semejante confesion tuviera firmeza, se daría lugar á defraudar la ley, donando el marido á la muger todo cuanto gustase<sup>8</sup>.

1 Menoch. praesumpt. 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. Sent. §. Donat. num. 3. Menoch. praesumpt. cit. num. 39 y 40. Socin in leg. 1. num. 97. ff. solut. matrim. Salicet. in leg. Donat. quas. Cod. de donat. inter. virum et uxor.

5 Covarr. lib. 1. Var. cap. 7. num. 6. Me-

noch. praesumpt. 12. cit. num. 53. Gom. en la ley 50 de Toro. num. 52 vers. Quod tamen limita.

6 Mascardo De probat. lib. 1. conc. 362. Morquech. De division. lib. 1. y cap. 9. dicho n. 2.

7 L. 2. t. 2. lib. 5. R. ó 1. t. 3. lib. 10. N. y 1. 3. t. 2. l. 2. Fuero real.

8 Colom Instruc. jurid. de Escribanos, Abogados, &c. lib. 2. cap. 3. n. 32.

## CAPITULO VI.

## Del privilegio de la dote.

- |   |  |
|---|--|
| <p>1 Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote.</p> <p>2 No será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes.</p> <p>3 Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó halaja determinada.</p> | <p>4 El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes del marido, se trasfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repetición y cobranza, pero no á los extraños.</p> <p>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.</p> |
|---|--|

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<sup>1</sup>; y porque no esten indotadas, pues conviene á la república que se casen para el aumento de la poblacion<sup>2</sup>. 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 dotalés 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 no basta probar que la muger los tenia ántes 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 entónces 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 dotalés, aunque sea esta anterior; porque su fin es que el matrimonio, se efectúe y sirvan de ayuda los bienes

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

2 LL. 1. ff. solut. matrim. y 2. ff. de jure dot.

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 ántes 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<sup>1</sup>; aunque algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio. Y así 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 ántes 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, refecion, 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<sup>2</sup>: porque cuando el acreedor segundo llega á adquirir la hipoteca especial, 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<sup>3</sup>, y así no se darán á esta en pago de su dote; pero si no son conocidos, será satisfecha ántes que la segunda: porque como no pueden separarse de los del marido por no distinguirse ni cono-

1 LL. 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. n. 40. Gutierr. De juram. confirm. part. 1. cap. 46. n. 10. versic. Hypotheca autem. Covarr. lib. 1. Var. cap. 7. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion. n. 30 y 31.*

2 LL. *Cui generaliter. 2. Potior. 11. al prin.*

capio. 6. *Si colonus. ff. Si decreto. 2. Si generaliter. 6. Cod. qui potiores in pignor. habeant.*

3 LL. 33. tit. 13. part. 5. *In rebus 30. Cod. De jure dot. y Uxor. marito. ff. de donat. inter vir. et uxor. Gom. en la ley 50 de Toro n. 42. y sig. Covarr. lib. 1. Varior. cap. 7.*

cerse, 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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>; 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 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 ménos que sean posteriores<sup>3</sup>. Si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, lo debe cobrar ántes que la muger ni otro alguno cobren sus créditos, por ser preferido el suyo á todos los que el marido contrajo en su vida<sup>4</sup>; de lo cual y de otros acreedores trataré mas latamente en el juicio de concurso, á donde 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 tiene hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general ó especial expresa, se trasfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repeticion y cobranza, mas no á los extraños; pues el que pasa únicamen-

1 Regla *Qui potior. de reg. jur. in 6. y ley 27. tit. 13. part. 5.*  
2 LL. 27 y 30. tit. 13. part. 5. y *Licet. 7. Cod. qui potior. in pignor. hab.* Carleval. *De judic. tit. 3. disp. 28. alg. Labyr. cred. part. 1. cap. 43. n. 31. Cur. Philip. Comerc. terr. cap. 12. verb. Prelacion.*

n. 16.  
3 LL. 26. al fin. 27, 28 y 29. tit. 13. part. 5. *Cur. Philip. Comerc. terr. cap. 12. verb. Prelacion. n. 25. y cap. 3. verb. Hypotheca ns. 33 y 34.*  
4 L. 30. al fin. tit. 13. part. 5. *Gom. en la ley 30 de Toro. n. 2.*

te 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 <sup>1</sup>, al modo que los herederos del pupilo tampoco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor <sup>2</sup>.

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 á 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 jurada; 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 <sup>3</sup>; por lo que es muy útil á la muger, que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fe de entrega ántes 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 <sup>4</sup>.

1 L. *Dabimus ff. de privileg. dot. Cur. Phil. Com. terr. cap. 12. verb. Prelacion. n. 34.* Gomez en la ley 30 de Toro. n. 2. Gregor. Lopez en la ley 33. tit. 13. part. 5. glos. 6 y 7.  
2 Guttierr. *De tutel. part. 12. cap. 16.* Gonzalez lib. 5. *Decretal. n. 23. cap. 9. n. 3.* y 4.

3 Covarr. lib. 1. *Variar. cap. 7.* Carleval *De judic. tit. 3. disp. 34.* Gomez en la ley 59 de Toro. n. 37. y sig. Guttierr. *De juram. confirmat. part. 1. cap. 3 y 15.* Cur. Phil. lib. 7. cap. 12. verb. *Prelacion. n. 38.*  
4 *Ley Proculus. ff. de jure dot. Cur. Phil. cap. cit. n. 32.*

CAPITULO VII.

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 habiendosela 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 quién pertenece el incremento ó deterioro de los bienes dotales, cuando estos se entregaron al marido con estimacion que no causa ventá?
- 7 ¿A quién 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 ¿Cómo deberá hacerse la restitucion de los bienes dotales no estimados, si el marido los hubiese vendido para pagar la deuda contraída durante el matrimonio ó ántes 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 Quién 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, usufruto, pension ó rentas impuestas en fondo vitalicio.
- 20 Para la exaccion de la dote se há 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 como y cuando debe.
- 25 Efectos de esta pena cuando se la imponen los esposos de futuro.
- 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 *integrum*.

Escrituras correspondientes al tratado de la dote.

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

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 muerte <sup>1</sup>: sin que por efectuar la entrega deba decirse que son defraudados

<sup>1</sup> L. *Post mortem. et ibi glos. et DD. Cod. de fideicom. L. Patrem. ff. quae in fraud. credit.*

te 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 <sup>1</sup>, al modo que los herederos del pupilo tampoco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor <sup>2</sup>.

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 á 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 jurada; 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 <sup>3</sup>; por lo que es muy útil á la muger, que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fe de entrega ántes 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 <sup>4</sup>.

1 L. *Dabimus ff. de privileg. dot. Cur. Phil. Com. terr. cap. 12. verb. Prelacion. n. 34.* Gomez en la ley 30 de Toro. n. 2. Gregor. Lopez en la ley 33. tit. 13. part. 5. glos. 6 y 7.  
2 Gutierrez. *De tutel. part. 12. cap. 16.* Gonzalez lib. 5. *Decretal. n. 23. cap. 9. n. 3. y 4.*

3 Covarr. lib. 1. *Variar. cap. 7.* Carleval *De judic. tit. 3. disp. 34.* Gomez en la ley 59 de Toro. n. 37. y sig. Gutierrez. *De juram. confirmat. part. 1. cap. 3 y 15.* Cur. Phil. lib. 7. cap. 12. verb. *Prelacion. n. 38.*  
4 *Ley Proculus. ff. de jure dot. Cur. Philipp. cap. cit. n. 32.*

CAPITULO VII.

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 quién pertenece el incremento ó deterioro de los bienes dotales, cuando estos se entregaron al marido con estimacion que no causa ventá?
- 7 ¿A quién 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 ¿Cómo deberá hacerse la restitucion de los bienes dotales no estimados, si el marido los hubiese vendido para pagar la deuda contraída durante el matrimonio ó ántes 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 Quién 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, usufruto, pension ó rentas impuestas en fondo vitalicio.
- 20 Para la exaccion de la dote se há 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 como y cuando debe.
- 25 Efectos de esta pena cuando se la imponen los esposos de futuro.
- 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.ª Carta de pago y recibo de dote.
- 2.ª Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.
- 3.ª Carta de dote confesada.
- 4.ª Modo de extender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial.

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 muerte <sup>1</sup>: sin que por efectuar la entrega deba decirse que son defraudados

<sup>1</sup> L. *Post mortem. et ibi glos. et DD. Cod. de fideicom. L. Patrem. ff. quae in fraud. credit.*



sus hijos en los frutos dotales que percibiría su padre, á no haber hecho la restitucion; pues ningun derecho le obliga á conservar la dote en su poder, ni adquirir frutos por custodiarla, 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 fué 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 fué algun extraño, y al tiempo de darla puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se le habia de volver y restituir, ú otra semejante, debe observarse <sup>1</sup>; porque el donante puede imponer en la donacion las condiciones posibles y honestas que quiera al tiempo de hacerla.

3. Acerca del tiempo y 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. \*Si son muebles han de restituirse despues de un año de la separacion de los esposos, y si son raices inmediatamente <sup>2</sup>; aunque si por ser apreciados debiere restituirse la estimacion, se concederá siempre el año sobredicho, porque esta es mueble <sup>3</sup>. \* Cuando son muebles que se consumen con el uso, ó se dan valuados al marido con estimacion que causa venta, como entónces se le trasfiere 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 así 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 <sup>4</sup>, si no quiere y si hay dinero.

4. Esto se entiende así, 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, así y no de otro modo quedará obligado <sup>5</sup>. Por lo cual aun-

1 LL. 26, 30 y 31. tit. 11. part. 4. ult. Cod. solut. matrim.

2 L. 31. t. 11. p. 4.

3 Colom. Instruc. jurid. de escribanos, aboga.

dos, &c. lib. 2. cap. 4. n. 20.

4 LL. 18, 19 y 20. tit. 11. part. 4.

5 L. 2. tit. 16. lib. R., ó l. t. l. l. 10. N.

que 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 <sup>1</sup>. 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 éste <sup>2</sup>. 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 <sup>3</sup>; 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 con volverlas, y no debe ser apremiado á dar su precio <sup>4</sup>. De todo lo cual se deduce, que segun se obligue el marido á la restitucion de la dote, así habrá de cumplir lo estipulado.

5. Si el marido no hubiese dejado dinero, no están obligados sus herederos á pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia; y así deberá su viuda recibir en estos su importe á justa tasacion <sup>5</sup>. Consistiendo la dote en muebles, no se les puede compeler á malvenderlos por darla dinero que no llevó al matrimonio, porque ningun perjuicio se le irroga, ni se pone de peor condicion que cuando se casó; pues si aun el mismo deudor no puede ser compelido, ántes 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 así quedará al arbitrio y prudencia del juez, como lo advierte Gregorio Lopez en la glosa 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.

1 L. 18 al fin. tit. 11. part. 4. ley Plerumque §. fin. ff. De jure dot. L. Quod si fundus ff. De fundo dotali.

2 Gomez en la ley 53 de Toro. n. 44. Gutierr. De juram. confirm. part. 1. cap. 4. n. 9.

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

TOM. 1.

4 L. Si inter virum et uzor. 21. Cod. De jure dot.

5 L. 3. tit. 14. part. 5. en las palabras: Pero si acaeciese Authentic. Hoc nisi debitor. et ibi DD. Cod. De solutionib. Roland. De inventar. part. 4. quæst. 24.

6. Si los bienes dotales hubiesen sido apreciados, no con aquella estimacion que causa venta, sino para saber su valor, por si 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<sup>1</sup>. Pero siendo de otras especies ó ganados, pertenece á la muger el incremento ó decremento que experimenten, porque no se transfirió al marido su dominio; y así no habiendo gananciales, no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen ó no 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 custodia y procurador de su muger, sino administrador de sus bienes dotales, y por su administracion estan obligados tácitamente los suyos propios<sup>2</sup>; bien que si hay gananciales, se deducirán de ellos, no como dote, sino como fondo entrado ó puesto en la sociedad que debe separarse ántes que se dividan las utilidades: lo cual como justo y racional, se practica por costumbre en los reinos de Castilla<sup>3</sup>, así 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 entónces mas baratos ó mas caros<sup>4</sup>; y así 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

1 L. 21. tit. 11. part. 4.

2 L. *Siquis ex argentariis*, §. *Prohibet*. ff. *de edendo*. ley fin. §. ult. ff. *De custodia reor*. Gregor. Lop. en la 17. tit. 11. part. 4. glos. 2. Góm. en la 50 de Toro. n. 43.

3 Montalv. en la ley 1. tit. *De las ganancias*.

lib. 3. del Fuero Real. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4. glos. 3 al fin.

4 L. *Res in dotem datae* ff. *De jure dot.* Ley 21. tit. 11. part. 4. Góm. ibi cit. *Limita tamen*. Ayor. *De partition*. part. 1. cap. 7. ns. 9 y 10.

ellos á su arbitrio, fué con el gravámen 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 así queda obligado, y los pactos nupciales deben observarse no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres<sup>1</sup>.

9. No consistiendo en número, peso ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio, sino en otras clases ó en ganados no productivos, v. g. mulas &c., toca á la muger su pérdida y deterioro; y así 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<sup>2</sup>. Pero habiendo gananciales se deducirá de estos lo que valian, no como dote, sino como fondo puesto por la muger en sociedad<sup>3</sup>, regulándose prudentemente su valor segun costumbre de los reinos de Castilla.

10. Si los ganados son productivos, v. g. cabras, ovejas, vacas, yeguas, &c., ha de remplazar de los hijos ó crias que procreen, otras tantas cabezas como de sus madres perecieron<sup>4</sup>. Lo cual se entiende, ya haya llevado pocos ó muchos; pues la ley<sup>5</sup> no hace distincion alguna: por cuya razon ya hubiese llevado rebaño ó manada, o ménos todavía, ha de hacer el marido la restitucion y remplazo 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<sup>6</sup>, 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 tenian 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<sup>7</sup>; 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 tenian cuan-

1 LL. 10, 11, 13 y 30. al fin. tit. 11. part. 4.

2 LL. 18 y 21. tit. 11. part. 4. y ley *Plerumque* ff. *De jure dotium*.

3 Ley penult. tit. 10. part. 5. Ley *Si merces*. §. *Vis major*. ff. *locati*. Ley *Cum duobus*. §. *Quidam*. *Sagarium*. ff. *pro socio*. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. part. 4. glos. 3. 4 y 8. Góm. en la 50 de Toro. n. 69. Guier. lib. 2. *Practicar*. quaes. 95. n. 16.

4 Dicha ley *Plerumque* y leyes *Cum dotem* y *Quoties*. Cod. *De jure dot.* y ley 21. cit. verb. *Pero si acciesse*. Ayor. dicho cap. 7. n. 10.

5 L. 21. tit. 11. part. 4.

6 Ayor. part. 3. q. 36. n. 104. cetera del fin.

7 L. *Qui restituere*. ff. *De reivindicacion*. ley *In re furtiva*, y ley *Si servum*. §. *Bona* ff. *De condition. furtis*.

do los trajo, porque hasta que murieron estaban por suyos, por no haberse trasferido al marido su dominio irrevocable <sup>1</sup>.

12. Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados para pagar la deuda contraída durante el matrimonio, ó la suya primitiva que tenia ántes 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 <sup>2</sup>. 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 cuanto tiene en ellos y en lo demas de la dote inestimada dominio revocable <sup>3</sup>. Y aun cuando no los hubiese llevado en dote, sino que fuesen parafernales ó los hubiese heredado, como es su legitimo administrador <sup>4</sup>, no se le puede argüir de poseedor de mala fe, por lo que deberá restituir su precio, y no los ganados ó cosas inestimadas <sup>5</sup>.

13. Y para que no pueda dudarse cuándo 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 <sup>6</sup>: 2.º cuando se obligó á satisfacerlos, pues á quanto se obliga el hombre á tanto queda obligado <sup>7</sup>: 3.º cuando fueren muebles que se vendieron ó se gastaron en servicio de su casa, excusándose con ellos de comprar otros precisos para ella <sup>8</sup>: 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 cónyuges, de la misma suerte si hubiere pérdida, habrá de deducirse de ellos, previniéndose que la estimacion ha de hacerse segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion <sup>9</sup>.

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 co-

1 L. Divortio. § Ob donationes. ff. solus ma-  
trim.

2 Ayor. part. 3. q. 39. n. 106. al principio  
y 107. vers. Pero si el ganado.

3 L. Doce ancillam. Cod. De reivindic.

4 L. fin. Cod. De pact. convent.

5 L. Divortio. y § Ob donation. ley It-m ve-  
niunt. § Simili modo. ff. De petit. hae-  
redit. Ayor. n. 107. vers. Sed in casu  
praemiso.

6 L. 18. al fin. tit. 11. part. 4. ley In his  
rebus. ff. solut. matrim.

7 L. Pomponius. ff. De pact. dotalibus, y le-  
yes 18. tit. 11. part. 4. y 1. tit. 1. lib.  
10. N. R.

8 Gomez en la ley 50 de Toro ns. 43 y 44  
al fin. Palac. Rub. in cap. Ter vestras.  
§ ult. n. 11. Ayor. Part. 1 cap. 7. n. 6.

9 Gomez, ibi Ayor. dicho n. 107.

brar 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 <sup>1</sup>.

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 caso todos, excepto los legitimos ascendientes, se graduan por extraños), estará obligado el marido á satisfacerla íntegramente si por su culpa ó negligencia no lo exigió de él <sup>2</sup>.

16. Siendo la deuda voluntaria, es preciso hacer la siguiente subdivision: ó es cierta y determinada, v. g. ofrece una cierta alhaja mueble ó raiz, 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 su pérdida, sino de la muger <sup>3</sup>.

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 estan 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 <sup>4</sup>.

18. Yo venerando el dictámen 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 sopor- tar las cargas matrimoniales, y así los hace suyos enteramente con-

1 L. 15. tit. 11. part. 4.

2 L. 15. tit. 11. part. 4. y ley Si extraneus  
33. ff. De jur. dot.

3 Dicha ley 15. tit. 11. part. 4.

4 Greg. Lop. en la ley 15. tit. 11. part. 4.  
gl. 2. y otros que cita. Garcia De ex-  
pens. cap. 13 ns. 37 y sig.

curriendo las tres circunstancias que requiere la ley<sup>1</sup>, y se han especificado en el párrafo 31 capítulo 4, en que se trató de los frutos dotales: 2.º porque la dote debe ser líquida y efectiva; por lo cual habiendo lesión ó perjuicio en el aprecio ó tasación 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 restituya 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 repetir las, por corresponder además de los frutos que produjo<sup>2</sup>; es así que estas son necesarias, y que por ella se mejora la dote, pues se hace efectivo para la muger lo que ántes no era; luego por la misma razón 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 qué razón, haciendo gastos en su cobranza, v. gr. en pleitos (como regularmente acontece), ha de ser de su cuenta, y no disminuir la dote? Y qué 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 ménos llevan al matrimonio, como se dirá en el tratado de particiones, qué razón 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 ántes de casarse disminuirían su patrimonio, como que habian salido de él, y esto ménos llevaría en dote? Qué ley manda lo contrario ó que los compense con los frutos? A la verdad me causa admiración el modo de opinar de los célebres juriconsultos que lo contrario defienden. Por cuyas razones no me adhiero á su dictámen, 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 demás que en su exacción 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 compensación de gastos con los frutos do-

<sup>1</sup> L. 25. tit. 11. part. 4.

<sup>2</sup> L. fin. tit. 11. part. 4 y ley 2. ff. De im.

*pensie in rebus dotali. fact.*

tales; lo que tendrá presente el escribano para prevenirselo, y con su anuencia poner esta cláusula en el contrato de recepción ó capitulación dotal.

19. Muchas veces llevan en dote las mugeres legado anuo, usufruto, pensión ó renta impuesta en fondo vitalicio ó empleo, y la 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 celebración 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 desarreglada, y tengo por justificado y equitativo el que si la dote consiste en pensión, 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 ménos, segun pacten, si muere ántes que se cumplan; y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los réditos anuales á cinco por ciento, respecto querer que sea capital lo que es fruto en realidad, constituyendo la obligacion solamente del residuo. Si es usufruto de casa ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razón 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 deduccion que de los gastos de cobranza y réditos expresados. Si es empleo que el marido debe servir, se considera 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 pensión anua, sin que por casarse se le disminuya; si falleciere testada ó intestada ántes 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, ántes bien se han de graduar y estimar en estos casos como desde ahora se graduan 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 primitivo 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 no-

vio tan perjudicado, ni debe darle cuidado el que después 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 los que este cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar. Lo mismo podrá pactar entónces 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 Concejo en cierto pleito que seguí como apoderado de una señora sobre tercería dotal por el oficio de Don José Pérez, 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 quaest. 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 ántes 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<sup>1</sup>.

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: ántes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si viniere á mejor fortuna<sup>2</sup>; 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<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>. Si algun tercero la demanda ó deduce en juicio, y se la quita, no habiendo sido apreciada, 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 ha lugar la eviccion; pero si medió dolo ó la dote se dió apreciada, ó empezó por promesa y obligacion de darla, y no por entrega, ó

1 LL. 24 y penult. tit. 11. part. 4 y únic. § Cum astem. 7 Cod. De rei uzor. act.  
2 LL. ult. tit. 11. part. 4. Patronus 17. Non tantum. 20. cum seq. ff. De re judic. Gomez en la ley 50. de Toro.

3 LL. Quia tale. 13. Rei judicatae. 15. Quia parentis. 16. Etiam filios. 18. ff. solut. mat. y ult. al fin. tit. 11. part. 4.  
4 L. 23. tit. 13. part. 5.

bien el que la dió se hubiere obligado á su eviccion y saneamiento, debe estar sujeto á esta obligacion y cumplirla<sup>1</sup>.

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 ménos 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 milita para con sus hijos estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe<sup>2</sup>.

24. El marido puede imponerse pena para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitucion 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<sup>3</sup>, 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. 8. <sup>o</sup> 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, transacion, compromiso, 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 puede ser compelido á celebrar el contrato*, á todo queda obligado<sup>4</sup>; por lo que me parece útil y muy á propósito, que cuando ocurra instrumento con pena convencional, en que los escribanos suelen

1 L. 22. tit. 11. part. 4. y ley 1. Cod. De jur. dot. Gomez lib. 2. Var. cap. 2. n. 37.  
2 L. 1. al fin. Cod. De annul. except. y ley In rebus. 30. Cod. De jure dot. Auth. Nisi tricenal. Cod. De bon. matern. y ley 8. tit. 29. part. 3. Greg. Lopez en ella, y Covarrub. lib. 1. Variar. cap. 7.

num. fin.  
3 LL. 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real y 247 del Estilo.  
4 L. 1. tit. 11. part. 4.  
5 LL. 34. tit. 11. part. 5. y 2. t. 16. l. 5 R., ó l. tit. 1. lib. 10. N.

poner esta cláusula: *Y quieren que se erijan incontinenti al que se apartare total ó parcialmente de lo pactado en esta escritura, tantos pesos, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados, sin mas sentencia, declaracion 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 obviará 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 restitucion *in integrum*, á ménos 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 ménos que ceda en detrimento de tercero, ó sea contra ley y buenas costumbres, y supla los efectos de la cláusula: *rato manente pacto*<sup>1</sup>.

*Escrituras correspondientes al tratado de la dote.*

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

1.ª 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 veinte y cinco 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 tambien de ella,

<sup>1</sup> LL. 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. Gutier. De juram. confirm. part. 1. cap.*

60. n. 1. y Canon. *quest. tract. De matrim. cap. 17. Salg. Labyr. Cred. part. 3. cap. 1. ns. 120, 143 y 146.*

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 pesos, 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 bienes 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. II. 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 útil la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil pesos, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presen-*

te posée, y por si no 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 pesos 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 prescritos por derecho, y á ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien 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 tambien no solo á disipar, gravar, hipotecar, ni sujetar á sus deudas, crímenes ni excesos el importe de esta dote y arras, sino ántes bien á tenerlo pronto para la restitucion, 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 leyes, fueros y privilegios de su favor; y así lo otorga y firma, á quien doy fé 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 transfiere 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, si no 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 en 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 en-

trega 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 raíces, ó alhajas preciosas ú 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 ú omision padezca 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 mediante no transferirles 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 legítima 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 mí el escribano y testigos, D. 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 escri-

tura, 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 obligación contraída, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete—Otorga que recibe ahora en contado de D. 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.

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

Importan los referidos bienes tantos mil pesos, de que el otorgante se da por entregado, por haberlos recibido real y efectivamente en este acto de los expresados D. Diego y Doña Elena á mi presencia, y de los testigos infrascriptos, 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 indemaes de su responsabilidad, por rota, nula y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extinguida la obligación que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto: y en su consecuencia declara que &c. (*Aquí se pondrá la declaración de no haber lesión ni engaño en la tasación 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 día 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 pesos, 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 declaración alguna; pero si llevare mas bienes por habérselos regalado sus parientes ó extraños, como suele suceder, se han de expresar con to-

da 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 legítimas 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 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 entónces 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 los recibió, y no cuando ántes 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 (*Aquí 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 aquí la naturaleza y filiacion de esta*), la cual trajo á su poder por dote y caudal suyo propio diferentes bienes, que entónces se valuaron, y ascendió su valor á tantos pesos, 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.

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

Importan á una suma los bienes expresados tantos mil pesos, 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 entónces dirá:*) Y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos pesos 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 entónces 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.

Quando 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 entónces hubo para que su marido no otorgase á su favor carta de pago 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 entónces se valuaron 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 diferenciará de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el juez que se le tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé el 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 VIII.

#### De los bienes parafernales.

- |   |  |   |   |
|---|--|---|---|
| 1 | ¿Qué son bienes parafernales y á quién corresponde el dominio y los frutos de ellos.   | 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 casa consintiéndolo la muger. |
| 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 restitution, cuando la muger se los entregó al marido. | 4 | De la enagenacion de los bienes parafernales.   |

I. **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. Llámase *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 última palabra tomada del la-

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 entónces dirá:*) Y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos pesos 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 entónces 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.

Quando 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 entónces hubo para que su marido no otorgase á su favor carta de pago 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 entónces se valuaron 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 diferenciará de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el juez que se le tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé el 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 VIII.

#### De los bienes parafernales.

- |   |  |   |   |
|---|--|---|---|
| 1 | ¿Qué son bienes parafernales y á quién corresponde el dominio y los frutos de ellos.   | 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 casa consintiéndolo la muger. |
| 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. | 4 | De la enagenacion de los bienes parafernales.   |

I. **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. Llámase *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 última palabra tomada del la-

tin se ha adoptado en castellano<sup>1</sup>. 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 restitucion 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 usufruto 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<sup>2</sup>. Lo mismo procederá cuando se duda si se los entregó ó no, porque entonces se presume haber retenido su dominio<sup>3</sup>; pues el marido en tanto queda obligado y es responsable, en cuanto recibe, y no mas; y como la muger puede retener el dominio de todos sus bienes fuera de los dotales, y hacer de ellos lo que quiera; en constando que los retuvo y no los entregó al marido, ni ella tiene accion á pedírselos, ni por consiguiente sus herederos, ni él obligacion de abonarla su importe si no existen. Así 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, si no 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 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

1 L. 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 *lev Hac lege. Cod. De pact.*

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

3 L. 17. tit. 11. part. 4. *E si las non dicitur al marido.*

heredero de abonarla ó pagarla su valor ó estimacion<sup>1</sup>; á ménos que se haya hecho mas rico por este uso, pues entónces en cuanto se utilizó estará obligado<sup>2</sup>, 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 restitucion de su valor, porque no se presume habérselos donado<sup>3</sup>. 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 con el tratado de particiones, donde se verá cómo debe hacerse la deduccion del importe de los referidos bienes, segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion; y así se omite aquí este punto por no anticipar la doctrina que corresponde á otro lugar.

1 Dicha ley *De his. Angel in leg. Ubi adhuc. Cod. De jur. dot. Gomez en la 50 de Toro, n. 44. vers. Et ex superioribus.*

2 L. *De his. cit. Gomez ibi vers. Secunda*

*conclus.*

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

## CAPITULO IX.

### De las arras.

- |   |   |            |  |
|---|---|------------|--|
| 1 | ¿Cuántas especies hay de arras?   | 9, 10 y 11 | Tratan de lo mismo.  |
| 2 | Si el novio no tiene obligacion de dotar ó dar arras á la novia.  | 12         | No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien viuda.  |
| 3 | La muger hace suyas las arras, y por su muerte tocan á sus herederos.   | 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.         |
| 4 | En qué tiempo pueden ofrecerse y aumentarse las arras.  | 14         | Pueden ofrecerse arras del usufruto de los bienes vinculados.  |
| 5 | En qué casos podrá el marido enagenar las arras.  | 15         | En qué tiempo se han de ofrecer estas arras para que la muger tenga derecho á pedir las.   |
| 6 | Pueden prometerse las arras no solo de los bienes presentes, sino de los futuros.                                 | 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 to |
| 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 qué cantidad, debe atenderse á lo capitulado en las escrituras nupciales. |            |  |

tin se ha adoptado en castellano<sup>1</sup>. 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 restitucion 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 usufruto 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<sup>2</sup>. Lo mismo procederá cuando se duda si se los entregó ó no, porque entonces se presume haber retenido su dominio<sup>3</sup>; pues el marido en tanto queda obligado y es responsable, en cuanto recibe, y no mas; y como la muger puede retener el dominio de todos sus bienes fuera de los dotales, y hacer de ellos lo que quiera; en constando que los retuvo y no los entregó al marido, ni ella tiene accion á pedírselos, ni por consiguiente sus herederos, ni él obligacion de abonarla su importe si no existen. Así 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, si no 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 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

1 L. 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 *lev Hac lege. Cod. De pact.*

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

3 L. 17. tit. 11. part. 4. *E si las non dicitur al marido.*

heredero de abonarla ó pagarla su valor ó estimacion<sup>1</sup>; á ménos que se haya hecho mas rico por este uso, pues entónces en cuanto se utilizó estará obligado<sup>2</sup>, 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 restitucion de su valor, porque no se presume habérselos donado<sup>3</sup>. 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 con el tratado de particiones, donde se verá cómo debe hacerse la deduccion del importe de los referidos bienes, segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion; y así se omite aquí este punto por no anticipar la doctrina que corresponde á otro lugar.

1 Dicha ley *De his. Angel in leg. Ubi adhuc. Cod. De jur. dot. Gomez en la 50 de Toro, n. 44. vers. Et ex superioribus.*

2 L. *De his. cit. Gomez ibi vers. Secunda*

*conclus.*

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

## CAPITULO IX.

### De las arras.

- |   |   |            |  |
|---|---|------------|--|
| 1 | ¿Cuántas especies hay de arras?   | 9, 10 y 11 | Tratan de lo mismo.  |
| 2 | Si el novio no tiene obligacion de dotar ó dar arras á la novia.  | 12         | No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien viuda.  |
| 3 | La muger hace suyas las arras, y por su muerte tocan á sus herederos.   | 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.         |
| 4 | En qué tiempo pueden ofrecerse y aumentarse las arras.  | 14         | Pueden ofrecerse arras del usufruto de los bienes vinculados.  |
| 5 | En qué casos podrá el marido enagenar las arras.  | 15         | En qué tiempo se han de ofrecer estas arras para que la muger tenga derecho á pedir las.   |
| 6 | Pueden prometerse las arras no solo de los bienes presentes, sino de los futuros.                                 | 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 to |
| 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 qué cantidad, debe atenderse á lo capitulado en las escrituras nupciales. |            |  |

- 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 fácta en los bienes del marido.
- 21 Si no 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.

1. Hay tres especies de arras: 1.ª 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*<sup>1</sup>, ó dotacion, que antiguamente se llamaba *ante nuptias*, porque se hacia ántes 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.ª 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* (entre nosotros *donas*): en ella puede el donante imponer condiciones á su arbitrio, y aunque no se exprese que es con el fin de casarse, se entiende así<sup>2</sup>. 3.ª lo que los esposos de futuro se prometen ó entregan ántes de contraer matrimonio en señal ó prenda para hacer constar los esponsales 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<sup>3</sup>, 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 qué bienes puede ser hecha, véase el tratado de las donaciones.

<sup>1</sup> Véase el n. 1. del cap. 5 de este titulo.  
<sup>2</sup> LL. 2 y 3. tit. 11. part. 4. Parlad. diff. rent, 125.

- 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 ¿Qué gana la esposa de presente ó futuro disuelto el enlace, si el esposo la hubiere besado?
- 24 Continuacion del mismo asunto.
- 25 La esposa de presente ó futuro que entra religiosa, adquiere la mitad de todo lo que el esposo la hubiera 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 capitulo.*

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 así que este es un acto meramente voluntario, pues no hay ley que lo mande; ántes 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, ó que tuviere en adelante, deducidas las deudas; y no queriendo ofrecerla arras, tampoco puede darla en joyas ó preseas ni en vestidos (que la ley de Partida llama *donadíos*), ni en otra cosa, mas que la octava parte del importe de la dote que recibiere. Dicha ley del Fuero está confirmada por las otras dos de la 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 Concejo de la Cámara dispensar en esto, anulando las facultades que en su contravencion se dieren, 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.<sup>3</sup> 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 de 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>4</sup>. Lo cual se entiende siempre que la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas, preseas ó vestidos; pues no siendo así 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 los arras, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos y extraños, si no dispone expresamente de ellas<sup>5</sup>, ó no intervino pacto contrario al tiempo de su oferta, el cual puede poner entónces el promitente, y no despues á su arbitrio, ó bien hacerla simplemente, como que es donacion puramente graciosa y voluntaria procedente de su liberalidad.

<sup>1</sup> L. 2. tit. 2. lib. 2. F. R.

<sup>2</sup> LL. 1 y 2. tit. 2. lib. 5. R., ó 1 y 6. t. 3. lib. 10. N.

<sup>3</sup> L. 5. tit. 2. l. 5. R., ó 7. tit. 3. l. 10. N.

<sup>4</sup> L. 4. t. 2. lib. 5. R., ó 3. t. 3. lib. 10. N.

<sup>5</sup> LL. 1, 2 y 3. t. 2. l. 5. R., ó 2. t. 3. l. 10. N. tit. *De las arras*, lib. 3. del Fuero Real.

4. Puede el marido ó esposo ofrecer arras á su esposa ó muger ántes de contraer matrimonio, y aumentarlos 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 miéntras estos vivan; á ménos 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 adquiriera, y valdrá la promesa en la décima parte líquida de ellos, como dispone la ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real; pues entónces se atiende al tiempo en que se piden, y no al en que se prometieron<sup>2</sup>; y así se practica, porque á todos está permitido obligar sus bienes futuros como los presentes al cumplimiento del contrato que celebran.

7. Así como el novio mayor de veinte y cinco años y capaz puede dar ó ofrecer arras á la novia, así tambien el menor de ellos hasta en la cantidad referida, sin que sobre ello deba ser restituído, porque hace lo que cualquiera 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 de que sea mayor de ellos: 2.º cuando la donacion consiste en dinero, ó en cosas que guardándolas no pueden conservarse; pues consistiendo en bienes raices, no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable la licencia ó decreto judicial<sup>5</sup>; bien que si esta no interviene, y pasan años despues de cumplidos los veinte y cinco sin reclamarla, se confirma y queda eficaz, al modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por título oneroso<sup>6</sup>.

8. Si el novio ofrece á su futura esposa cantidad cierta en arras,

1 L. 1. tit. 11. part. 4. y Lopez en ella, n. 4.

2 Gomez en la ley 50 de Toro, n. 13. Matienzo en la ley 2. tit. 2. lib. 5. R. gl. 1. n. 5. Baez. cap. 31. n. 10. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 8.

3 Arg. leg. *Non videtur*. Cod. *De in integrum restitutione*. L. 1. Cod. *si adversus donationem*.

4 L. *Si curatorem habens*. Cod. *De in integrum restitut.* y leyes 2. y 28. Cod. *De*

*jure dotium*.

5 Arg. de la ley 14. tit. 11. part. 4. y Lopez en la gl. 4. de la ley 1. del mismo tit. y part. vers. *Infertur etiam*.

6 L. fin. Cod. *si major factus alienationem factam*. Gom. en la 50 de Toro n. 14. Matienzo en dicha ley 2. gl. 1. n. 3. Covar. *Pract.* cap. 28. n. 10.

confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que entónces 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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. Lo propio milita si al tiempo de su oferta, expresa: *que en el caso de que su esposa muera ántes que él, ha de entenderse nula la oferta, y no podersele exigir su importe, aunque deje herederos forzosos*. O siendo viudo, y teniendo hijos del anterior matrimonio, dice: *que si su esposa falleciere ántes que él, se entienda nula la oferta, y no pueda pedírsele 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 pobre 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 ménos 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<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

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

2 L. unic. § *Illud*. Cod. *De rei uxoriae actione*. et ibi Barbos. Fontanel. *De pact. nuptial.* part. 12. gl. 84. n. 5. Gutier. *De divi-*

*sion*. lib. 8. cap. 5. n. 1. al 3.

3 L. *Semper in stipulationibus ff. De regul. jur.* Ayor. dicho n. 18. vers. *Sed quid erit*.

4 Clementin. 1. *De praebend.* Alex. in leg. *Quae dotis*. 34. n. 12. y Jason. n. 41. ff.

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 deduccion y abono al que sea mas útil á la muger ó á sus herederos <sup>1</sup>, porque tiene accion á elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo á la promesa y obligacion del promitente, cuya voluntad fué beneficiarla, para lo cual han de hacer constar qué bienes tenia en ambos tiempos; al modo que cuando la muger posée las arras que le dió su marido, incumbe á los de este probar que exceden de la décima para anular el exceso <sup>2</sup>. Y si su oferta se limitó á la décima de los que entónces tenia y eran suyos, no se debe 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 uno las prometidas por su respectivo padre <sup>3</sup>. 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 entónces 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 <sup>4</sup>. 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 <sup>5</sup>;*

*solut matrim Covar. in Rubr. De testam. part. 2 n. 38. vers. Tertia conclusio Car. lev. De judic. tit. 1. disp. 5. n. 34.*  
1 Castill. en la ley 5<sup>a</sup> de Toro, n. 9. vers. *Secundo casu*. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 18.  
2 Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. *De las arras* lib. 3. del Fuero Real. fol. 6 vers. *Circa hanc partem*. al fin. Covar. lib. 2. *Var. cap. 6. n. 7.* Matienzo en dicha ley 2.

gl. 2 n. 7 y 9.  
3 L. 1. tit. *De las arras*. lib. 3. del Fuero Real.  
4 Palac. Rub. *in repet.* fol. 7. col. 3. vers. *Advertendum*. Rodrig. Suar. en dicha ley 1. fol. 25. vers. *Praemitte*. Gom. en la 50 de Toro, n. 13. cerca del fin. Ayor. *De partit.* part. 1. cap. 7. n. 31.  
5 Escobar. comput. 1. ns. 18. y 19. Ténga-

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 <sup>1</sup>, y no simple, la cual está prohibida por derecho entre marido y muger <sup>2</sup>; 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 <sup>3</sup>; 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 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 así 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 revocarla, como donacion de padre 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 superior permiso, ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufruto 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 vitali-

se presente que en el título preliminar se ha demostrado tener valor las leyes del Fuero real, aunque no se pruebe su uso.—E.  
1 L. *Quod autem*. 7. § *Si vir*. ff. *De donation. inter vir. et uxor.*  
2 L. 4. tit. 11. part. 4. LL. 1, 2 y 3. eod. tit. Ayor. part. 1. cap. 7. ns. 30 y 31.  
TOM. I.

Gomez en la 50 de Toro, n. 66. y lib. 2. *Var.* cap. 4. n. 23. et ibi Aillon.  
3 Garcia *De donation. remunerator.* n. 42. Covar. lib. 4. *Decretal* part. 2. cap. 3. § 3. Cevall. *in specul. pract.* q. 273 y 50. Acey. en la ley 2. tit. 2. lib. 5 R., n. 11. Parlad. *different.* 125. n. 10.  
27

cio ó muerto, á razon de diez mil el millar, porque es una vida; con arreglo á lo últimamente dispuesto acerca de estos censos<sup>1</sup> (\*): v. g. producen los bienes ocho mil reales anuos 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<sup>2</sup>. Lo mismo podrá practicar con 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 ántes 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 limites 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<sup>3</sup>.

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, si no precedió el pacto; y aun cuando haya precedido, si no 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<sup>4</sup>.

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

1 Nota 2. tit. 15. lib. 10. N. R.

\* La nota 2 que cita el autor dice á razon de veinte mil el millar, y en la ley 6. del mismo titulo, 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. n. 26. Molin. *De primogen.* lib. 1. cap. 19. n. 41. Gutier. lib.

2. *Pract.* q. 17. al fin. Solórzano *De Jure Indiar.* tit. 2. lib. 2. cap. 2. n. 51. Escobar *De ratiociniis. computat.* 2. ns. 5 y 6 y otros que citan.

3 Hoy, supuesta la ley de 7 de agosto de 1823 de que hablaremos en el lib. 2. es muy remoto que pueda tener lugar el caso de este número.—E.

4 L. 2. tit. 2. l. 5. R., ó l. 1. t. 3. l. 10. N.

casado muere ántes 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 la falta de bienes suficientes 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 la 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, entónces 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 poseia 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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>; y lo segundo, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haria, á no intervenir, y no es justo sea defraudada. Por lo que, y por ser deuda contra el caudal del marido contraida con buena fe en tiempo hábil por contrato oneroso que obliga á disponer de la persona, dicen los autores<sup>3</sup>, que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan

1 Ayor. part. 1. dicho cap. 7. ns. 22 al 25.

2 L. *Bonorum appellatio.* 49. ff. *De verbor. signification.*

3 Gom. en la ley 50 de Toro, n. 13. vers. *Et quo infertur.* Rodrig. Suar. en la ley

1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real Baez. *De non meliorand. filiar.* cap. 28. n. 4. y cap. 31. n. fin. Matienzo en la ley 2. tit. 2. lib. 5. R. gl. 2. n. 4.



disminuido por la razon expuesta, ó por otra; pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exaccion y peticion: 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 aborarán.

19. Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó, ó 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<sup>1</sup>; y así le corresponderá excepcion de retencion de ellos hasta en la cantidad en que fué engañado, por el dolo cometido<sup>2</sup>. Lo cual entiendo cuando la oferta se hizo por atencion y contemplacion á la dote solamente; mas no cuando fué por la de la virginidad ó buenas prendas de la novia y honor del matrimonio, como regularmente se hace: y así 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 prelación 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<sup>3</sup>. Esto se entiende á ménos que se den por aumento de dote; pues entónces se estimarán por tal<sup>4</sup> y gozarán del mismo privilegio y prelación, aunque algunos fundados en una ley<sup>5</sup>, 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 hu-

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

2 L. 3. Cod. *De donat. ant. nupt.*

3 LL. *Ubi adhuc*. 29. Cod. *De jur. dot. y Assidius*. 12. § *Flacc. aut.* 2. Cod. *Qui potior in pignore hab.* Gom. en la ley 50

de Toro, n. 41 y 78.

4 Auth. *De aequalit. dot. collat.* 2. tit. 9. no. vel. 97. cap. 2. *Curia Philip. Comerc. terr.* lib. 2. cap. 12. n. 32.

5 L. 29. vers. *Fueras ende t.* 13. p. 5. sobre la cual puede verse á Lopez en su gl. 2. y á Rodriguez *De concursu credit.* part. 1. art. 1. n. 158.—E.

biere exceso, es nula la donacion en cuanto á este, aunque se vigore con juramento, porque cede en perjuicio de tercero<sup>1</sup>.

22. Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso las 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 él mismo? Aunque parece que no, porque en esta eleccion se defrauda á los hijos y herederos de su marido, puede elegirlos, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho á nadie injuria ni defrauda<sup>2</sup>. Pero en este caso afirma Ayora<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>. 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 así 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 ántes de consumarlo, la dió su marido, si la besó despues de desposados, ya sea ó no precioso, preceda ó no el beso á la donacion, y esta se haga á la novia en su casa ántes ó al tiempo de la boda ó velacion; pero si la besó ántes del desposorio, nada ganará porque el beso y cópula anteriores estan prohibidos; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo<sup>5</sup>; lo cual se entiende, con tal que no exceda de la octava parte de su dote, y no en otros términos<sup>6</sup>. Y si el marido no la besó, nada gana ni debe llevar, ántes bien todo debe volver á los herederos de este; ni tampoco cuando por su culpa no se celebró el matrimonio<sup>7</sup>. Por lo que respecta á cuáles se llaman vestidos preciosos, cuáles superfluos y cuáles cotidianos, se debe dejar al pru-

1 Gutier. *De juram. confirm.* part. 1. cap. 14. ns. 7. y sig. Matienzo ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 6.

2 L. 13. tit. 33. part. 7. ley *Nullus videtur*, y ley *Factum cuique sunt. § Non videtur ff. De regul. jur.* ley 3 § 1. ff. *De libero homine exhibend.*

3 Ayor. part. 1. cap. 7. dicho n. 35.

4 L. *Sed mihi videtur*. 3. § *Si reddita ff commutati.* et ibi DD.

5 LL. 3. tit. 11. part. 4. y 4 t. 2. l. 5. R., ó 3 tit. 3. lib. 10. N. Gom. en la 50 de

Toro, ns. 5 y 6. vers. *Sed his non obstantibus*. Gutier. allegat. 11. ns. 5 y 7. Matienzo en la ley 4. tit. 2. lib. 5. R. gl. 3. y 6 n. fin. Ayora part. 1. cap. 7. n. 38.

6 L. 1. al fin tit. 2. lib. 5. R., ó 6. tit. 3. lib. 10. N. et ibi Matienzo gl. 6. Acév. en la 4. cit. Castell. en la 52. de Toro, verb. *Sea precioso*, et ibi Gom. Arias, n. 16.

7 Dichas leyes 3 de Part. y 3 N. R. y ley *Cum veterum*. Cod. *De donation. ante nuptias*.

dente arbitrio del juez, atendida la calidad, esfera, y caudal de las personas<sup>1</sup>, y la costumbre del pueblo.

24. Milita y procede lo explicado en el párrafo precedente, no solo cuando la esposa es doncella, sino tambien siendo viuda: lo primero, porque versando la propia razon, es aplicable á este caso la misma disposicion legal. Lo segundo, porque la ley 3 citada habla general y absolutamente en cuanto dice: *Cualquiera esposa ora sea de presente, ora de futuro...* y no distingue de viuda ni doncella<sup>2</sup>. Lo tercero, porque ninguna prohíbe al esposo que dé á la esposa las joyas ó preseas y vestidos; y lo que no está prohibido se entiende permitido; ántes 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. II. 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. Así 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 así como el pacto de ganar la dote en caso de muerte, tiene lugar en el de entrar en religion<sup>4</sup>; así 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 veinte y cinco años y sin descendientes, ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes, aunque al tiempo de la oferta no se exprese, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse, queda obligado<sup>7</sup>, al modo que los bienes del novio lo estan á las arras ó donacion *propter nuptias* que

1 Palac. Rub. in Rubr. § 11. De donation. inter vir. et uxor. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 11. part. 4. gl. ultim. al fin. Matienzo en dicha ley 4. gl. 5. n. fin.

2 L. De pretio. ff. De publician in rem action. et ibi gl. Socin. regul. 292. Ayor. part. 1. dicha, cap. 7. n. 33.

3 L. Deo nobis. Cod. De episcop. et cleric. Authent. De sanctis episcopis. § Sponsalibus, collat. 9. et ibi glos. et DD. glos. in cap. Decreta legalia, cas. 37. q. 2.

4 L. 23. tit. 11. part. 4. y Greg. Lopez en

ella n. 16. Jason in leg. Si discesserit, ff. qui satis dare cogantur. col. 2. n. 11. Gom. en la 50 de Toro, n. 8. Covar. in 2. De sponsalib. cap. 7. § 4. n. 12. Palac. Rub. in Rub. de donation inter vir. et uxor. § 3. n. 5. y en la 52 de Toro, Matienzo en la 4. tit. 1. l. 5. R. gl. 2. n. 1.

5 L. De rebus. 13. Cod. De donat. ante nupt.

6 L. Assidius. 12. Cod. qui potiores in pign. habent. Gom. en la 50. de Toro, n. 8. vers. Sexto quaeritur.

7 L. 2. t. 16. lib. 5. R., ó 1. tit. 1. lib. 10. N.

hace á la novia<sup>1</sup>; en cuyo caso se extenderá la cláusula en los términos que expresa la nota primera puesta á continuacion de la escritura de capital: bien entendido que aunque la oferta ó donacion que la novia soltera ó viuda sin hijos haga al novio, exceda de la décima ú octava parte de sus bienes, valdrá, por cuanto es hecha por contrato oneroso, con tal que no sea muy excesiva, mediante á que el derecho reprueba semejantes donaciones, como se dirá en el tratado de estas. Y aunque algunos afirman que las leyes que hablan con el novio deben entenderse con la novia, no me parece muy acertada esta opinion: porque ademas de no hablar directa ni indirectamente con ella, milita diversa razon, pues como dice la ley<sup>2</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 fué 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>3</sup>; y si ambos con noticia de impedimento se dieran mutuamente algo, lo pierden y toca al fisco<sup>4</sup>. Ultimamente si la esposa diere algo al esposo de futuro y falleciere ántes 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>5</sup>.

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

#### Escritura de arras.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez, natural y vecino de ella, de estado soltero, é hijo legítimo de &c. dijo: que está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud y

1 L. 23. tit. 3. part. 5.  
2 L. 3. tit. 11. part. 4.  
3 L. 50. tit. 14. part. 5.

4 L. 51. tit. 14. part. 5.  
5 Matienzo en la 1 y 4. tit. 2. lib. . R.

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 pesos, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y si no 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 útil, si se efectuase el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que esta se disuelva por alguna de las causas prescritas por derecho, se obliga y á sus herederos, á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega, bajo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, á la cual se obliga, y á la satisfaccion de las costas, intereses y daños que se originen en su exaccion á su futura esposa ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, la releva 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 ó 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 capítulo, 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 ántes, ningun heredero suyo ha de tener derecho á ellas, ni de poder demandárselas jamas, ni sus hijos, aunque los deje y lleguen á tomar estado, pues solo la novia ha de poder exigir las de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal y privativo suyo; y para con sus herederos legítimos y extraños en testamento y abintestato entenderse nula y como no hecha, si fallece ántes 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 entónces.

## CAPITULO X.

## De los bienes gananciales.

- 1 ¿Qué 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 usufruto de las fincas que uno de los cónyuges llevó en propiedad al matrimonio.
- 9 No se reputa ganancial el derecho de usufruto que tenga alguno de los cónyuges.
- 10 Tampoco es ganancial el usufruto 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 despues de la muerte del otro.
- 13 Son igualmente gananciales los oficios de 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 cuasi castrense.
- 17 El precio de la finca que recobra el marido en virtud de contrato de *retroventa* 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 contraido 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 prorata.
- 33 Casos en que se pierde el derecho á los gananciales.
- 34 Cuando uno adquiere para sí por donacion ó testamento.

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 pesos, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y si no 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 útil, si se efectuase el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que esta se disuelva por alguna de las causas prescritas por derecho, se obliga y á sus herederos, á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega, bajo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, á la cual se obliga, y á la satisfaccion de las costas, intereses y daños que se originen en su exaccion á su futura esposa ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, la releva 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 ó 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 capítulo, 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 ántes, ningun heredero suyo ha de tener derecho á ellas, ni de poder demandárselas jamas, ni sus hijos, aunque los deje y lleguen á tomar estado, pues solo la novia ha de poder exigir las de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal y privativo suyo; y para con sus herederos legítimos y extraños en testamento y abintestato entenderse nula y como no hecha, si fallece ántes 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 entónces.

## CAPITULO X.

## De los bienes gananciales.

- 1 ¿Qué 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 usufruto de las fincas que uno de los cónyuges llevó en propiedad al matrimonio.
- 9 No se reputa ganancial el derecho de usufruto que tenga alguno de los cónyuges.
- 10 Tampoco es ganancial el usufruto 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 despues de la muerte del otro.
- 13 Son igualmente gananciales los oficios de 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 cuasi castrense.
- 17 El precio de la finca que recobra el marido en virtud de contrato de *retroventa* 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 contraido 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 prorata.
- 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 licenciosa 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 ménos que sea menor de veinte y cinco años.  
 40 Cuando el marido ha hecho mejoras en fortalezas ó heredamientos de mayorazgos.

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 adquirieran para sí por cualquier título. Así cuando no se acredita cuales ó cuantos llevó cada uno, todos se reputan gananciales<sup>1</sup>. Tales bienes son propios de entrambos cónyuges, ora provengan de donacion que el soberano ú otro les haga en comun, ora de compra ó contrato, aunque se celebre en cabeza de uno solo<sup>2</sup>. 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 ménos que hayan sido contraidas ántes de su casamiento, en cuyo caso deberá satisfacer el que las contrajo<sup>3</sup>.

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 ménos que tuviese arte ú oficio con que los adquiriese honestamente, en cuyo caso se la oia en juicio, y se le adjudicaban los que parecia justo<sup>4</sup>.

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 así todo cuanto ganan uno ú otro ó ambos, se debe comunicar y

1 L. 1. tit. 9 lib. 5. R., ó 1. tit. 4. lib. 10. N.

2 LL. 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 207 y 223 del Estilo.

3 LL. 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real y

- 41 Cuando en la finca de un cónyuge el usufruto 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.

203 del Estilo.

4 L. 2. tit. 14. part. 3. Matienzo en la ley 1. tit. 2. lib. 5. R.

dividir por mitad<sup>1</sup>, á pesar de que algunos creen que para esto es preciso la simultánea cohabitacion.

4. Lo mismo procede, ya lo ganen ambos ó el uno solo durante el matrimonio, pues aunque el uno nada trabaje, no dejará 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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup>, 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 compra otro ú otros, y en la escritura se expresa así ó se prueba por testigos ó por otro medio legal, ó lo confiesa el otro cónyuge (bien que esta mera confesion es prueba débil, 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 ménos que este; y así se han de estimar y aplicar como si estuvieran existentes y sin vender, y no por otra valor<sup>6</sup>: 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

1 Palac. Rub. in Rub. De donat. inter vir. et ux. § 64. n. 15. Gom. de Leon in sua

Centur. cap. 1. n. 11. Acsev. en la ley 2. n. 14. verb. De consuno, y en la 6. al fin. tit. 9. lib. 5. R., Mat. en dicha ley 2. gl. 1. ns. 42 y 43. Gom. Arias en la 12. de Toro, n. 15. Morquech. De divo. lib. 2. cap. 11. n. 3. Garcia ibi n. 53 al 58. Vease á Sala Hist. al der. 1. tit. 4. n. 17.

2 Alex. consil. 37. col. 2. Morquech. De di-

vis. lib. 2. cap. 2. n. 29. y cap. 11. dicho ns. 15 y 16.

3 Gom. en la ley 53 de Toro, n. 72. vers. Tertius est.

4 Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 2.

5 Matienzo en dicha ley 2. gl. 2. ns. 1 y 2. Gutier. lib. 2. Pract. o. 117. n. 3.

6 Morquech. dicho lib. 2. y cap. 1. n. 6. Mat. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. R. gl. 2. n. 4. vers. Limita y n. 5.

permutado, ya sea mayor ó menor, y no por el que á la sazón tenga, y le haya dado el tiempo solo<sup>1</sup>: 3.º si el marido con dinero dotal y consentimiento de su muger compra alguna finca raiz; pues en este caso se hará propia de ella, y ganará su señoría como comprada con su mismo dinero; pero si no interviene su consentimiento, y el marido la compra en su propio nombre, será dotal en subsidio solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido<sup>2</sup>.

8. Se comunican igualmente entre marido y muger la comodidad y frutos del usufruto 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 usufrutuaba, ó por otra causa ó motivo<sup>3</sup>, pues se conceptúa haberla llevado en propiedad y usufruto.

9. Pero el derecho de usufruto 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 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 pesos, 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 usufruto ó de percibir los frutos ó disfrutar la comodidad, es una cosa que no es comunicable, los mismos frutos ó comodidad del usufruto, que son cosa muy diversa de aquel, se comunican<sup>4</sup>.

10. Lo propio milita cuando adquiere el marido despues de casado el usufruto 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 usufrutarlas le toca; pero la comodidad y sus frutos corresponden á su padre como tal, mientras existe en su poder, con obligacion de alimentarlo y darle educacion. En este caso aunque la muger segunda no tiene parte en el derecho de usufruto por ser del padre, interin no sale el hijo de su dominio; pero sí en los fru-

1 L. 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Reul. Rodrigo. Suar. en ella vers. *Secundo limita.* Mat. ubi sup. n. 4. Acev. en dicha ley 2. n. 16.

2 L. 49. tit. 5. part. 5. et ibi gl. 8.

3 Palac. Rub. in *Repe. rub. de donat. inter vir. et uxor.* § 62. n. 13. Gutier. lib. 2. *Pract. q.* 116. n. 4. Ayor. *De part.*

part. 6. cap. 8. n. 20. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 10. y lib. 4. cap. 5. n. 14.

4 Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. part. 4. gl. 5. Gom. en la ley 50 de Toro, n. 78. y en la 70. n. 28. cerca del fin, y lib. 2. *Var. cap.* 15. n. 19.

tos 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<sup>1</sup>, porque si la muger muere ántes 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 ese motivo en hacerse la particion y entrega; pues sin embargo que Ayora<sup>2</sup> 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 cónyuges no pusieron trabajo en su produccion, lo que es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos, no debe seguirse su dictámen. Lo primero, porque el legatario en el instante que fallece el testador, adquiere el dominio en el legado, como específico<sup>3</sup>, y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos<sup>4</sup>, 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 cuasicastrenses que no se les comunican<sup>5</sup>, 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 entónces; luego es lo mismo que si desde este tiempo hubiera empezado 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 ántes de concluirse dejando hijos, se vuelve á casar el que sobrevive, y el pleito se termina durante el

1 Palac. Rub. en dicho § 60. vers. *Unde lucra habita*, n. 11. al § 13 y 65 al fin Ayor. dicho cap. 8. ns. 20 al 22. part. 1.

2 Part. 3. q. 29.

3 L. 34. tit. 9. part. 6.

4 L. 37. dicho tit. 9. part. 6.

5 Véanse los §§ 15 y 16.

matrimonio segundo, percibirán íntegros 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<sup>1</sup>.

13. La estimacion ó valor de los oficios de escribano, procurador y otros enagenados vendibles y renunciables, 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 trasmisibles á los herederos se colacionan al modo que otros bienes, y se les aplican en las particiones<sup>2</sup>. Es de advertir, que aunque los consortes hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entónces 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<sup>3</sup>; 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<sup>4</sup>, quedando al prudente arbitrio del juez, en caso de duda, la regulacion del valor de estos méritos, atendidas las pruebas y conjeturas que haya<sup>5</sup>.

15. Asimismo se comunica á entrambos cónyuges lo que el marido adquiere en la guerra, que se llama *peculio castrense*, ó el soberano le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella. Lo cual se entiende cuando sirvió sin sueldo, y se mantuvo é 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 soberano le hizo, ó cosa que adquirió en la guerra<sup>6</sup>. Previendo que lo donado por el soberano se entiende en cuanto equivalga á los servicios hechos

1 Garcia *De aequaestu conjugali*. n. 190. al 195. Guerreir. *De divis.* lib. 6. cap. 15 n. 30.

2 Gom. en la ley 29 de Toro, n. 21. Matienzo en la 5 tit. 9. lib. 5. gl. 4. n. 6.

3 Bertrand. consil. 138. n. 21. part. 2. vol. 2. Menoch. consil. 79. n. 20. et *De arbit.* cas. 34 lib. 2.

4 Covar. in cap. *Cum officiis*. n. fin. *De tes-*

*tam.* Greg. Lop. en la ley 3 tit. 10. part. 5. gl. 7.

5 Alciat. *De praesunt.* reg. 1. praes. 16. n. 3. y respons. 584. n. 5. Menoch. dicho cas. 139. al fin.

6 LL. 2 y 5. tit. 4. lib. 10. N. R. Matienzo en la ley 3. cit. gl. 4, 5 y 6, y en la 5. gl. 2 y 3.

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.<sup>1</sup> 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 *cuasicastrenses*, y lo que producen son frutos, los cuales, de cualquier calidad que sean, les corresponden por mitad<sup>2</sup>; pero su propiedad, que son los mismos oficios, ó la facultad de ejercerlos, si se concede al marido, toca privativamente á este, y así nada llevará su muger<sup>3</sup>.

17. El precio de la finca que ántes 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 así 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<sup>4</sup>.

18. Si los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ó 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? 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 sponsalicia*, y co-

1 Acev. en las leyes 3 y 4. tit. 9. lib. 5. R. Morquech. dicho n. 45 al fin.

2 Véase lo dicho en el párrafo 1 de este cap.

3 LL. 4 y 5. tit. 9. lib. 5. R., ó 3 y 5. tit. 4. lib. 10. N. R. Gom. en la ley 50 de Toro, n. 72. vers. *Quartus est.* Rod. Suar. en la 2 de

dicho tit. y lib. del Fuero.

4 Lopez en la l. 18. t. 11. p. 4. n. 5. vers. *Et per haec potest.*

5 Ayer. *De partit.* part. 1. cap. 8. n. 18. Garcia *De aquaestu conjugali*. desde el n. 107. Palac. Rub. in *Repet. rubr.* §§ 34 y 44.

mo 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 le debe aplicar con arreglo á la ley; 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<sup>1</sup>, y no á lo demas, pues en él no se atiende á si consumó ó no el matrimonio, y fué 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 al 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<sup>2</sup>, y así en este caso de ley, y no en los demas que motivan la discordia de los autores, es indisputable<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. El quinto, si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. gr. *Legó á María tal cosa por estar casada con mi primo Juan: ó á María, muger de mi hijo; ó por el parentesco que tengo con su marido Pedro*, se contempla donacion hecha por el cónyuge como sponsalicia; por lo que si la muger fué besada, ganará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, segun queda sentado<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>. 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 con-

1 Gom. en la ley 50 de Toro, n. 67. Palae. Rub. in repet. rubr. § 43.

2 L. 3. tit. 9. l. 5. R., o 2. tit. 4. lib. 10. N.

3 Gom. ibi Garcia n. 115. Guerreir. ibi n. 88.

4 Gutier. lib. 2. Pract. q. 120. n. 14.

5 Garcia ibi n. 114. Guerreir. ibi n. 90.

6 Guerreir. ibi n. 91. Roland. consil. 10 n. 8. vol. I.

7 Fontanel. De pact. nuptial. claus. 11. glos. unis. ex n. 3. Guerreir. ibi n. 92 y 93.

yugal; pero debe probar la costumbre si de ella se duda<sup>1</sup>. 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 fué su voluntad pasase.

19. A la muger casada se comunica y trasfiere 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 trasfiere irrevocable y efectivamente, de suerte que por su fallecimiento se constituye dueña absoluta en posesion y propiedad de la mitad que dejó<sup>2</sup>, al modo que en los socios convencionales lo dispone la ley<sup>3</sup>. 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 són: 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 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 manda 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 así 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 así los puede administrar, trocar, y aunque no sean castrenses ni cuasi castrenses, vender y enagenar á su arbitrio, cesante el doloso ánimo de defraudar á su muger, como se prueba de la ley<sup>4</sup>. 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

1 Duard. De societ. lib. 2. cap. 3. quest.

4. n. 25. n. 34. Fontan. ibi n. 28. Garcia ibi n. 122.

2 Gom. en la 50 de Toro, n. 76. en la 60 n.

1. y en la 77. n. 2. y lib. 2. Var. cap. 5.

n. 3. Gregor. Lop. en la 55. tit. 5. Part.

3. N.

5. glos. 2. vers. *Et facit hoc* Covarr. lib.

3. *Variar.* cap. 19.

3 L. 47. al fin. tit. 28. Part. 3. en las palabras: *Otro si decimos, que toda ganancia,*

4 L. 5. tit. 9. lib. 5. R., ó 5. tit. 4. lib. 10. N.



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 juriconsultos, es que la donacion será válida, siempre que sea á sus consanguíneos, ó tan moderada que no irroge 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 miéntras dura aquel, sino tambien los que adquieren durante el putativo ó tenido por legítimo, con tal que de buena fe crean que lo era<sup>1</sup>; pero no vale en este caso la donacion simple, ni la sucesion recíproca abintestato<sup>2</sup>.

22. No está obligada la muger por la fianza que su marido haga<sup>3</sup>. 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 marido 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 común 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<sup>4</sup>; esto se entiende cuando provienen de negocio de la misma sociedad, mas no cuando es por el suyo privativo: y así el un socio no debe atribuir al consocio el daño que por su culpa le causó<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>, 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, ántes bien debe ser de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre entró en el negocio, porque fué eventual, y

1 Gom. ley 50. de Toro, n. 69. vers. *Quod extendit*, cap. 2. *De donat. inter vir. et uxor.*  
2 Gom. *ibid.* n. 77.  
3 L. 7. tit. 3. lib. 5. R., ó 2. tit. 11, lib. 10. N.  
4 L. 7. tit. 10. Part. 5.  
5 Rodrig. Suar en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del

Fuero Real. Palac. Rub. in *Repet.* §. 65. n. 63. Matienz. en la ley 3. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 1 y 2. *Garcia de aquaesti conjugali.* n. 149.  
6 L. 7. tit. 10. Part. 5.

no tuvo culpa, ni lo hizo con intencion de perjudicar á su muger: y así como perdió pudo ganar, y quien está á lo uno debe sufrir lo otro, y mayormente habiendo sido recíproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava<sup>1</sup>.

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 adquisicion de los intereses<sup>2</sup>, al modo que en el contrato de arriendo, si el arrendatario concluido el tiempo pactado, subsiste en el terreno, pues se entiende continuar en él por el mismo precio<sup>3</sup>. 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 ganancias 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 division 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 prorata de su haber, y no á medias: la razon es, porque si bien la sociedad conyugal y convencional conviene 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<sup>4</sup>; y la conyugal es principalmente por el de la procreacion, amor y union, y no por el de las ganancias<sup>5</sup>, y siempre se debe atender al fin principal con que se hace; y así esta sociedad acerca de los gananciales es incidental, y no propiamente sociedad, porque no se constituye principalmente por razon de ellos, sino del matrimonio<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>; pero la conyugal ó legal en cuanto á los gananciales, se hace únicamente por costumbre aprobada por la ley<sup>8</sup>, y no introdu-

1 Ayor. part. 1. cap. 8. n. 12. y sig. Mor. quech. lib. 2. cap. 13. n. 12. al 14.  
2 Palac. Rub. *De donat. inter vir. et uxor.* §. 62. n. 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, n. 52.

3 L. 20. tit. 8. part. 5.  
4 L. 1. tit. 10. part. 5.  
5 L. 3. tit. 2. part. 4.  
6 Alex. consil. 40. vol. 2. al fin.  
7 L. *Nihil tam naturale* ff. *De regul. jur.*  
8 L. 2. t. 9. l. 5. R., ó 1. tit. 4. lib. 10. N. et ibi Matienzo gl. 3.  
\*

cida en todas partes. Y aunque la muger pueda renunciar los gananciales, como dejo sentado, mas no la sociedad conyugal en quanto á la habitacion, por el vínculo indisoluble que de la consumacion del matrimonio resulta<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>: 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 dejo sentado. Lo cuarto, en que el capital de la muger no debe perécer ni disminuirse, sino ántes 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>, segun dejo advertido. Y sexto en que por la sociedad conyugal no se comunican las herencias, legados y donaciones, que por testamento, abintestato, ó por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios<sup>5</sup>: 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 ménos que este lo permita expresamente<sup>6</sup>; y así es mera sociedad en quanto 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<sup>7</sup>.

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 apénas tenia capital ni gananciales, llevaba la mitad de frutos de los bienes que por uno y otro respecto 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 natu-

1 Genev. cap. 2 al fin. Matth. caps. 5 y 19.  
2 L. 7. tit. 10. part. 5. Menoch. *De arbitr.* cas. 125. lib. 2.  
3 Dicha ley 7. tit. 10. part. 5. Morquech. lib. 2. cap. 3. n. 6. y sig. y cap. 15. n. 12.  
4 L. 5. tit. 9. lib. 5. R. o 5. tit. 4. lib. 10. N.  
5 LL. 2, 3 y 5. tit. y lib. dichos.

6 LL. 6 y 7. tit. 10. part. 5.  
7 Burg. de Paz Junior. q. 11. n. 54. Gotier. lib. 2. q. 18. n. 7. Matienzo en la ley 2. gl. 3. n. 19. tit. 9. en la 3. gl. 1. n. 3. y en la 4. gl. 1. n. 1. dicho tit. y lib. 5. R.

raleza de la sociedad; pues para que esta se entienda tácitamente renovada deben intervenir los mismos modos y cualidades que en la primera<sup>1</sup>.

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 nó basta el de uno de ellos solo, por lo que la sociedad se contrae con el de todos los socios<sup>2</sup>; ni de la mera comunión en la habitacion, comida y posesion 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 fué inducida por causa del matrimonio, cesando este, debe cesar tambien aquella, y no extenderse á otras especies en ella no contenidas, porque siendo contraida por tiempo, se debe acabar luego que este espira, por entenderse prohibido y no producir despues efecto alguno<sup>3</sup>.

28. A mas de que para renovarse y contraerse sociedad tácita entre los hermanos, ó entre el nieto y su tio, 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 razon. El segundo, que todas las ganancias ó utilidades que resulten y de cualquiera parte provengan, se les comuniquen con igualdad. Y el tercero, que jamas 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 contraida ni tácitamente renovada la sociedad; y la razon es, porque estos actos no pueden ser hechos fuera de las leyes<sup>4</sup>. Y lo mismo se debe entender entre el padre, madre y sus hijos por la propia razon, por lo que se requieren actos promiscuos; y el marido ó la muger cuando muerto el uno, administra el que queda los bienes de los dos, es visto hacerlo mas 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 proindivision entre su viuda y herederos legitimos, al modo que cuando él vivia, ó muerta la muger entre los hijos casados ó emancipados y su padre, en cuatro casos: el primero, si se convienen en hacer así la division,

1 L. 20. tit. 8. part. 5. Bursat. consil. 321. n. 60. vol. 3.  
2 L. 1. tit. 10. part. 5.  
3 Anchar. consil. 118. col. 2. Decio censil. 61. n. 14.

4 Anchar. consil. 303. Angel. consil. 112. Castell. *De usufructu*. cap. 3. n. 123. Matienzo en la ley 2. gl. 1. n. 26. tit. 9. lib. 5. R.

6 se pactó en los contratos nupciales. El segundo, en los pueblos en que haya esta costumbre sin interrupcion, 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 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 esten proindiviso resulten, y estar tambien 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 tambien para la adquisicion 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 muger por la propia razon, ó para sus herederos, ya sean legítimos ó extraños, si murió ántes que su marido, y todos subsistieron en poder de este proindiviso. Lo cual se entiende tambien no obstante que se hiciese inventario, y se le constituyese depositario de ellos: porque este depósito lleva embebida la tácita calidad de administracion, y los bienes redituables no necesitan custodiarse, pues nadie los ha de llevar, y sí 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 muger; bien que será digno de alguna remuneracion por el trabajo de administrarlos. Pero de lo que produzcan los privativos del marido, nada percibirán los herederos de su muger; porque con la muerte de esta espiró la sociedad, y ningun dominio tiene en ellos, que es el que presta título para la adquisicion 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 razon: que todas las utilidades que resulten, se comuniquen indistintamente con igualdad, ya provengan de los bie-

1 Matienzo en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. y gl. 1. n. 16.

nes 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 adquiriera, aumente, gaste y emplée 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 gananciales 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<sup>1</sup>, 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 ántes, y así 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<sup>2</sup>; y la sociedad ha de ser para daños y provechos, porque de lo contrario será leonina<sup>3</sup>. 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 así no debe conceptuarse que hay tal sociedad, por ser repugnante que subsista en cuanto al lucro y no en cuanto á las pérdidas<sup>4</sup>. 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 legítimo administrador de los bienes de sus hijos, no contrae sociedad con estos<sup>5</sup>.

33. La regla general que hace comunes los gananciales no tiene lugar en varios casos. El primero, cuando la novia subsiste en su

1 Matienzo en dicho n. 26. Guerrier. *De div. vis.* lib. 6. cap. 16. n. 37 y 44 al 48 y otros muchos que cita.

2 Pinel. in leg. ult. *Cod. De bonis maternis.*

3 L. 4. tit. 10. part. 5.

4 Matienzo en la ley 2. tit. 9. lib. 5 R. n. 16.

5 Castell. *De usufruct.* cap. 3. n. 18.

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 juriconsultos 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 habersele trasferido 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<sup>1</sup>. El segundo, cuando se divorcian por culpa de uno de ellos, pues el que la tuviere, nada llevará<sup>2</sup>. El tercero, cuando cometen delito de lesa magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos; lo que hoy no podrá ya tener lugar, supuesto que está prohibida la confiscacion de bienes<sup>3</sup>. Pero si la muger es adúltera, ó se vuelve mora, judía ó 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<sup>4</sup>; y lo mismo la sucederá si contra la voluntad de su marido se va á la casa de hombre sospechoso<sup>5</sup>, porque se presume adúltera. Si el marido apostatase, incurre en la misma pena de perdimiento de los bienes gananciales. Adviértase que se reputan gananciales todos los aumentados, hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque este sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el agresor<sup>6</sup>; y 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 adquiriera por cualquier título durante el proceso, de modo que unicamente pertenecerán á la muger los que agencie desde el pronunciamiento del fallo en adelante. Fúndase esta doctrina en muchas y poderosas razones; pero las principales son, que la ley 77 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

1 Montalvo en dicha ley 1. del Fuero, gl. 1. Palac. Rub. en la 16 de Toro, n. 12. Covar. *De spons.* part. 2. cap. 7. § 1. n. 6. Cast. en la ley 17. de Toro, verb. *Durante el matrimonio*. Matienzo en la 2. tit. 9. lib. 5. R. gl. 1. n. 41.  
2 Gom. á la ley 50 de Toro, n. 72. vers. *Ex quibus notabiliter*. Matienzo en la citada ley 2. gl. 1. ns. 53 y sig. Ssla para apoyar esta doctrina hace argumen-

to de la ley 12 t. 10. p. 5.—E.  
3 Art. 147. de la C. nst. fed.  
4 LL. 6. tit. 25. part. 7. y fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero, 23. tit. 11. part. 4. 15. tit. 17. part. 7 y 11. t. 9. lib. 5. R. á 11. tit. 4. lib. 10. N.  
5 LL. fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero y 15 tit. 17. part. 7.  
6 L. 10. t. 9. lib. 5. R., ó 10. t. 4. l. 10. N.

34. El cuarto, cuando uno de los dos adquiere por donacion que el soberano 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<sup>1</sup>; 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 entónces 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. Entónces no solo pierde los gananciales, sino que debe restituirlos á los herederos de su marido, aunque sean extraños<sup>2</sup>. El séptimo, cuando la muger los renuncia antes, al tiempo ó despues de haberse casado. En este caso valdrá el pacto ó renunciacion así de los presentes como de los futuros, pero no debe pagar deudas.<sup>3</sup>

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 renunciacion cede á favor de él, y no la está prohibida; pero debe jurar la escritura para no poder reclamarla<sup>4</sup>; y así 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.<sup>5</sup>

37. Y aunque se objete que la donacion entre marido y muger está prohibida para que no se despojen por el mutuo amor que se deben tener, que solo con la muerte del donante se confirma, y que por lo mismo es nula la renunciacion, no obsta; porque esto se entiende cuando por ella se constituye mas pobre el donante en cuanto disminuyé 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 cau-

1 LL. 1 y 3. tit. 9. lib. 5. R., 6 2 y 4. tit. 4. lib. 10. N. Gom. en la 50 de Toro, vers. *Secundus* y *Tertius* est. ....  
2 LL. 5 y 11. del tit. y lib. cit.  
3 L. 9. id. id. Morquech. *De divisione bonor.* lib. 2. cap. 15. n. 8. y cap. 16. ns. 1 y 2. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. *De las ganancias*. lib. 3. del Fuero Gom. y Cast. en la 60 de Toro.

4 Palac. Tub. *in Rub. de donatione inter vir. et uxor.* § 47. ns. 13, 19 y 20. y § 63. n. 2. fol. 40. Avendan. *ibi glos.* in cap. 2. *De donat. inter vir. et uxor.* Burg. de Paz q. 9. n. 11. Gom. y Castill. en la ley 60 de Toro.  
5 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. n. 23. vers. *Ex quo singulariter infero.*

dal, sino desistimiento de adquisicion, ó renunciacion del lucro que podria y tenia esperanza de adquirir, lo cual es muy diverso<sup>1</sup>.

38. Tampoco obsta el alegar que esta adquisicion no es hecha por última voluntad, sino por contrato, en el cual no ha lugar el derecho de acrecer; porque cuando la conjuncion proviene de la concesion del legislador, vale tambien y ha 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<sup>2</sup>. 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 (a). \*Advirtiéndose que la renuncia de gananciales adquiridos ya, no será válida cuando haya herederos forzosos, en cuyo perjuicio ceda<sup>3</sup>.\*

39. Y si siendo viudo y mayor de veinte cinco años los renuncia, con superior razon valdrá, y no estará obligado á pagar deudas, como dejo sentado. Pero si es menor, necesitará licencia judicial, precedido maduro exámen 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<sup>4</sup>. Y lo propio milita ántes 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 exceda del importe de aquellos. No faltan sin embargo autores que opinan que en el referido caso puede renunciarlos<sup>5</sup>.

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

1 LL. 4, 5 y 6. tit. 11. part. 4.

2 Gom. lib. y cap. dichos, n. 1 al 5.

(a) Véase á Sala *Ilust. al derecho* lib. 1. tit. 4. n. 22.

3 Ayora *De Partitionibus* part. 4. ejempl. 4. vers. *Cuanto á la primera cuestion. San.*

chez *De matrim.* lib. 6. disp. 5. n. 10.

4 LL. 60 de Toro 5 y 8. tit. 19. Part. 6. Gom. en la 60 de Toro, vers. *Nec etiam obstat.* y lib. 2. *Var. cap. 14.* ns. 13, 14, 15 y 27.

5 Gut. lib. 4. *Pract.* q. 68.

está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad<sup>1</sup>.

41. El nono, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas, de que un tercero tiene el usufruto, y por muerte del usufruario recae este en el dueño de aquella, porque como proviene de la misma causa por que se adquirió la propiedad, y se consolida con ella, no se contempla cosa distinta, y así no tiene estimacion el usufruto adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, ántes bien se gradúa para este efecto como si la hubiera llevado en propiedad y usufruto 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<sup>2</sup>.

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, cuasi castrenses, adventicios ni profecticios, se comunican por igualdad á entrambos todos los frutos que producen<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>. 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 grangée su esposo, aunque la separacion se haya realizado á instancias de ella, y mucho ménos 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<sup>5</sup>.

1 L. 5. tit. 7. lib. 5. R., ó 5. tit. 17. lib.

10. N. Gom. en la 46 de Toro. Mat. en la 6. citada gl. 3. Véase el n. 16. cap. 2. tit. 3. lib. 2.

2 LL. 4 y 5. tit. 9. lib. 5. R., ó 3. y 5. tit.

4. lib. 10. N. Gom. en la 50 de Toro.

3 n. 78 y lib. 2. *Var. cap. 15* n. 21. Cat.

*De usufr.* cap. 76. Covar. *De matrim.* part.

2. cap. 7. § 1. n. 11.

3 LL. 4 y 5. tit. 9. lib. 5. R., ó 3 y 5. tit. 4. lib. 10. N.

4 Cast. en la ley 16 de Toro, vers. *Quaero insuper.* Matienzo ley 2. tit. 9. lib. 5. R. gl. 1. n. 45.

5 Recuérdese lo dicho en el n. 33. vers. *Et segundo.*

## TITULO III.

## DE LAS PROHIJACIONES, LEGITIMACIONES Y EMANCIPACIONES.

## CAPITULO PRIMERO.

## De las prohijaciones.

- |  |  |
|--|--|
| 1. ¿Qué cosa es prohijar? De la arrogacion y la adopcion.  | 5. Efectos de la arrogacion.   |
| 2. Todo hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohijar, teniendo las circunstancias que requiere la ley. | 6. Efectos de la adopcion.   |
| 3. La muger solo puede prohijar en un caso.  | 7*. Adopcion que hoy se usa en los ex-pósitos.*                                |
| 4. De las personas que no pueden prohijarse.   | 8*. Obligaciones que les impone esta adopcion, y quiénes son capaces de ella.* |

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 prohijacion ó adopcion. Prohijar es, recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro.<sup>1</sup> La prohijacion puede hacerse de dos maneras, que son, *por otorgamiento del soberano ó por el del juez*. La que se hace por autoridad superior se llama *arrogacion*, que quiere decir, prohijacion de hombre que no tiene padre, y si lo tiene no está en su poder.<sup>2</sup> La que se hace con autoridad judicial se llama *adopcion especifica*, que es la mismo que prohijacion de hombre que tiene padre carnal, y está en su poder. Para la primera se requiere un consentimiento expreso de parte del arrogado; mas para la segunda basta que el hijo natural ó legitimo, que por su padre es dado en adopcion á otro, calle y no contradiga este acto.<sup>3</sup> De la prohijacion como ya se dijo arriba, nace impedimento dirimente canónico y civil para contraer matrimonio.<sup>4</sup>

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

1 Proem. y ley 1. tit. 16 part. 4.  
2 LL. 7. tit. 7 y 1. tit. 16. part. 4. *Adrogatio* se dice *à rogatione ad populum lata*; pues conforme á la antigua legislacion romana, este acto se celebraba en los comicios curiados, y se interrogaba solemnemente al pueblo sobre si lo aprobaba ó no; como se colige de la ley 2 al fin. C. *De adoptione*, y refiere Heineccio en el mismo titulo de sus *Antigüedades romanas*. Despues se traspasó esta facultad á los reyes, lo cual asimismo dispusieron las leyes de Partida. En la república

creen los redactores de la última edicion de la *Inst. al der. de Sala*, que la *arrogacion* deberá autorizarse en los Estados, Distrito y Territorios por las autoridades que ejerzan el supremo poder ejecutivo, en virtud del cual, dicen, prestaban los reyes ese otorgamiento que no envuelve sin duda acto alguno legislativo ni judicial.—E.

3 LL. 7. tit. 7. y 1. tit. 16. part. 4.

4 LL. penult. y ult. tit. 7. part. 4. cap. unico. *De cognat. legali*.

prohijar, concurriendo en él las circunstancias que la ley 2. tit. 16. part. 4. prescribe en esta forma. *Pero ha menester el que quiere 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, por que se le embargase*. Por lo cual siendo 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 sumo imperante, y entónces solo en el caso que expresa dicha ley 2., y es cuando haya perdido un hijo en servicio de la patria.

4. Nadie puede prohijar al siervo aunque esté manumitido,<sup>2</sup> ni el tutor á su menor, á ménos que no sea despues de haber cumplido veinte y cinco años, y en este caso ha de intervenir beneplácito del soberano, 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 soberano, y no en otros términos, informándose previamente este de si el prohijador es pobre ó rico, pariente ó extraño, si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para poder engendrar, si es de buena vida y fama, qué bienes pertenecen al prohijado, y si consiente serlo; y si por este exámen ó 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 soberano no le mande constituir la obligacion, queda obligado como si la hubiese hecho, pues el acto de la prohijacion no puede perjudicar el derecho que los parientes tienen á heredar abintestato al prohijado,<sup>4</sup> ni el que asimismo compete al substituto pupilar y legatarios si su padre le hubiere nombrado uno y otros en su testamento. Las mismas diligencias debe practicar el juez para la adopcion de los impúberes y menores, oyendo respectivamente á sus parientes mas cercanos y curadores.<sup>5</sup>

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

1 L. 3. tit. 16. part. 4.

2 L. 5. tit. 16. part. 4.

3 L. 6. tit. 16. part. 4. Gom. lib. 1. Var. cap.

9. n. 12.

4 L. 4. tit. 16. part. 4.

5 LL. 2. C. *De adop. y ult. eod. De auct. praesq.*

expone la ley 7. tit. 16. Part. 4. en esta forma: *E non le 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 cuando el porfijado face tal tuerto ó tal cosa porque se ha de mover á muy gran saña aquel quel porfijó. La otra es cuando á tal porfijado como este establece alguno otro su heredero en su testamento só til condicion, diciendo asi: yo establezco á fulano por mi heredero si le sacare de su poder aquel que le porfijó. Y aunque por algunas 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 restituírse los, y las ganancias que adquirió miéntras estuvo en su poder, excepto el usufruto 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 legitimos, pues habiéndolos solo le tendrá al quinto.*

6. Pero si la prohibicion es por via de *adopcion*, no pasará el adoptado al poder del adoptante, á ménos que sea su descendiente<sup>2</sup>, y si pasa por algun motivo, puede echarle de él con causa ó sin ella, y entónces 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, si no dispone de él, que es lo que puede dejarle en virtud de la ley 28 de Toro<sup>5</sup>, porque la legítima no puede ser gravada, ni los extraños constituidos por herederos, ni heredar juntamente con los legitimos, como se dirá en su lugar.

7. \*Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion, conforme á las leyes de Partida. Hoy no estan ya en uso esas disposiciones,<sup>6</sup> y en su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes otra especie de adopcion mas útil á la humanidad. Tal es la que se verifica en los expósitos, que son aquellos niños ó niñas echados por sus padres en las puertas de las iglesias, en las casas y otros parages públicos, ó por no tener con que criarlos, ó por ocultar de quién son hijos. Estos pueden ser adoptados por cualquiera persona con tal que sea decente y

1 L. 8. tit. 16. part. 4.

2 L. 9. tit. 16. part. 4.

3 L. 8. tit. 16. part. 4.

4 Greg. Lep. en la gl. fin. de la ley 8. tit.

16. part. 4. Gutier. *De matrim.* cap. 102.

5 L. 1. tit. 22. l. 4. F. R.

6 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 4. n. 110 al fin. Alvarez *Instituciones* lib. 1. tit. 11.

honesta, y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que les dé buena educacion y destino. No es pues impedimento el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta para hacerla, que el vecino á cuyas puertas fuese expuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de quien sea feligres, expresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el expósito será bien educado<sup>1</sup>. Si el expósito que se quisiere adoptar fuere sacado de alguna de las casas de caridad, la licencia deberá ser dada por el rector ó administrador de ella<sup>2</sup>. Y en cualquier tiempo que la persona que se hizo cargo de él quisiese dejarlo, dará noticia al párroco ó administrador para que dispongan lo conveniente; pero si lo abandonase sin dar este aviso y esperar su resulta, será castigada por la justicia, segun dictaren las circunstancias<sup>3</sup>.

8.\* En los adoptados de esta manera no tienen los que los han criado patria potestad, ni derecho para exigir de ellos cosa alguna por razon de la crianza<sup>4</sup>. Sin embargo, debe el que reci-

1 Arts. 12, 17 y 19. de la ley 5. tit. 37.

l. 7. N.

2 L. 3. id. id.

3 Art. 19. cit. En la constitucion 24 de las formadas para el mejor gobierno y direccion de la casa de Sr. S. José de niños expósitos de esta ciudad de Mexico, por el sr. arzobispo Haro y Peralta, aprobadas y mandadas ejecutar en cédula de 19 de julio de 1774, se dispone que:

„Las personas que hubieren de prohijar niños ó niñas de esta casa, han de ser de buena opinion, han de tener algunas conveniencias, y no han de ejercer los oficios mas bajos, y han de hacer escritura de prohibicion en la forma acostumbrada ante el escribano de la casa; y hecho el concierto y traída razon del escribano de estar otorgada la escritura, se anotará la prohibicion á la margen de la partida de recepcion de la criatura prohijada, y en el libro al folio de su última cuenta: lo cual ejecutado entregará el capellan la escritura al prohijante, advirtiéndole la obligacion de justicia que ha contraído de alimentos, y educar aquella criatura por todos los dias de su vida, como si fuese su hijo legitimo, quedando del cargo del capellan procurar que á la criatura prohijada se le guarden sus derechos. Y porque estas prohibiciones nunca han de ser en perjuicio de la criatura, se observará que si por muerte del prohijante, ó porque se reduzca á tal po-

breza, que no pueda mantener á la criatura prohijada, ó por otro motivo viniese la prohibicion á ser en daño de la criatura; se le restituirá á la casa, y se le cuidará como á los demas que no esten prohijados.”

4 LL. 3. tit. 20. part. 4. 35 y 37. tit. 12 y 35. tit. 14. part. 5. En la citada cédula de aprobacion, con referencia á la constitucion 28 que habla de los expósitos que murieren sin testar y no tuviere hijos, se ordena: „Que los expósitos de ambos sexos que sean de padres no conocidos, y que mueran sin testamento, tengan por heredero forzoso á la enunciada casa, haciéndoles esta los sufragios prevenidos; que si muriesen con testamento, pueda solo disponer de la tercera parte de sus bienes, quedando las dos restantes como legitima á la misma casa; y que en el caso de que se les haya adoptado y prohijado, sin haber reintegrado á la casa los gastos de su crianza y educacion causados hasta entónces, deberá observarse la propia regla, y heredar la casa *ab intestato* ó con testamento, segun y en los términos que respectivamente va declarado; pero si al sacarlos indemnizasen á la casa los padres adoptivos, naturales ó legitimos, les quedará la libertad de testar y disponer de sus bienes libremente, con arreglo á las leyes reales, y de que les hereden conforme á ellas, muriendo *ab intestato*.”

bió tan gran beneficio, honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural, y se le prohíbe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la cual le resulte grave daño en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por bien de la república<sup>1</sup>. Finalmente, de esta especie de adopción son capaces no solo los infantes ó recién nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que esten en edad de ser educados, y carezcan de los auxilios convenientes para lograrlo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L. 3. tit. 20. p. 4.

<sup>2</sup> L. 5. cit.

## CAPITULO II.

### De las legitimaciones.

- |   |  |
|---|--|
| 1. ¿Qué es legitimación?  | 7* Esta se obtiene aunque los padres se casen en edad avanzada ó en artículo de muerte.*                                       |
| 2. ¿Cuántas clases hay de hijos ilegítimos?                                 | 8* Y cuando el padre despues de habido un hijo en alguna muger, se casa con otra, y muerta está contrae de nuevo con aquella.* |
| 3. De la legitimación hecha por decreto de las legislaturas.                | 9. Modo especial de legitimarse las hijas naturales.   |
| 4* Cosas que han de expresarse en la solicitud que se haga para obtenerlo.* | 10. Otros modos de legitimación que se usaron antiguamente.  |
| 5* Legitimación de los expósitos.*  |  |
| 6* Legitimación por subsecuente matrimonio.*                                |  |

1. **E**l tercer modo de adquirir la patria potestad es la legitimación. Legitimar es hacer como de legítimo matrimonio al que realmente no lo es, quitándole el legal impedimento que le priva de obtener y gozar las preeminencias concedidas á los legítimos, poniéndole en el estado de estos, y reduciéndolo á la patria potestad. De aquí es, que en la legitimación se requiere el consentimiento del que lo va á ser, pues á nadie puede contra su voluntad reducirse á la patria potestad.<sup>1</sup>

2. Los hijos ilegítimos son de dos clases, naturales y espurios. Se llaman naturales en lo antiguo los procreados por hombre y muger solteros que vivían juntos y no tenían impedimento para contraer matrimonio, siendo la muger una sola<sup>2</sup>. Hoy se da este nombre á los hijos cuyos padres al tiempo de su procreación y concepción, ó al de su nacimiento, estan hábiles para contraer

<sup>1</sup> L. 11. ff. De his qui sunt sui vel alieni jur. Nov. 89. cap. 11. Heinseccio Recitaciones lib. 1. § 172.

<sup>2</sup> Tit. 13 y 15. part. 4. ley unic. Cod. De concubin.

matrimonio sin dispensación, 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 casa, los reconozca por sus hijos, con arreglo á la ley 11 de Toro, que es la 9. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 5. lib. 10. Advirtiéndose que si alguno tiene muchos hijos en alguna muger, y reconoce á uno de ellos, por este hecho se entienden reconocidos tambien sus hermanos.<sup>1</sup> 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. Otros se llaman nefarios, 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 trasversales en grado prohibido, sin que precediese la debida dispensación, sabiendo el impedimento, ó aunque lo ignoren, siempre que contrajeran matrimonio que la Iglesia reputa clandestino.<sup>2</sup> Otros sacrílegos, que tambien llama la ley de dañado ayuntamiento aunque no punible, y son los hijos de clérigo ordenado in sacris, y los de frailes y monjas profesos, ya sea por acceso entre sí, ya con seglares. Otros se denominan manceres ó mancillados, y por tales se reputan los que nacen de ramerías públicas que se prostituyen á todo hombre, y por eso se ignora quién es su padre, por cuya razon son de peor condicion que los demas, y los que con propiedad se llaman espurios.<sup>3</sup> Finalmente no son legítimos los hijos procreados en matrimonio que no se haya celebrado conforme á las disposiciones eclesiásticas, siempre que la falta de estas anule el matrimonio.<sup>4</sup>

3. Esto supuesto, hay varios modos de legitimar los hijos. 1.º Por decreto de las respectivas legislaturas en los Estados, Distrito y Territorios, expedido á petición de los padres ó de los mismos hijos, que fundan su súplica, en que su padre que no tenia otros legítimos, indicase tal solicitud en su testamento. De esta gracia son capaces cualesquiera hijos ilegítimos, y en su virtud gozarán de las mismas honras y preeminencias que si hubieran nacido de matrimonio legítimo; á no ser que solamente se les habilite para

<sup>1</sup> L. 7. tit. 15. part. 4.

<sup>2</sup> LL. 2. tit. 15. y 3. tit. 3. part. 4.

<sup>3</sup> L. 1. tit. y part. cit.

<sup>4</sup> L. 2. cit. al fin.



algun efecto particular, sin que esta legitimacion pueda perjudicar á los descendientes legítimos en sus derechos hereditarios, como se dirá en el título de testamentos. Lo dicho se entiende tan solo en lo civil, pues para lo eclesiástico la legitimacion se ha de conceder por el papa, cuya concesion del mismo modo no podrá trascender á lo secular.<sup>1</sup>

4. \*Siendo muchos los hijos ilegítimos habrá de impetrarse para cada uno la legitimacion, pues la concedida á uno solo no se extiende á los demas.<sup>2</sup> Para que al decreto en que se otorga no pueda objetarse el vicio de *obrepcion*, ha de expresarse en la solicitud que se haga para obtenerlo, ademas de la razon en que esta se apoye, si existen ó no otros hijos legítimos, si el legitimado es espurio ó natural, si es nacido de incesto, sacrilegio ó adulterio, y en una palabra todas cuantas circunstancias concurren en el caso, y puedan influir en la determinacion del concedente.<sup>3\*</sup>

5. \*A esta especie de legitimacion puede referirse la que se concede á todos los expósitos de ambos sexos que no tengan padres conocidos, cualquiera que haya sido el lugar donde se expusieron; pues estan declarados legitimados por autoridad del soberano, y mandado se les tenga como legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, sin que pueda servirles de nota la cualidad de tales, y sin mas restriccion que la observancia de las constituciones de los colegios y fundaciones piadosas, que exijan para la admision de sus individuos que sean hijos de verdadero y legítimo matrimonio.<sup>4\*</sup>

6. \*El segundo modo de legitimar es por *subsecuente matrimonio*, y se verifica casándose el hombre y la muger que tuvieron ántes algun hijo, con tal que careciesen de impedimento canónico al tiempo de su concepcion ó al del nacimiento; de manera que esta legitimacion solo puede recaer en los hijos naturales, y de ningun modo en los espurios:<sup>5</sup> bajo el concepto de que si el

1 LL. 4. 6 y 9. tit. 15. part. 4 y 10. tit. 8. l. 5. R., ó 7. tit. 20. l. 10. N. Sobre este punto dice Cornejo en el tomo 1.º de su *Diccionario del derecho de España*, art. *Legitimacion*, que á veces puede la legitimacion del papa producir efectos seculares, dispensando en la raiz del matrimonio, por declaracion que haga de alguno dudoso: ó padeciendo el vicio de nulo por cierto impedimento eclesiástico, quitando este, hacerlo válido; en el cual caso purgado aquel defecto en cuya virtud estableció la ley civil la privacion de los efectos temporales, cesa esta, y empieza á valer el matrimonio como si al principio se hubiese contraído justa y licitamente. Véase entre otros que tratan esta cues-

tion, á Salcedo *De lege politica*, lib. 2. cap. 1.—E.

2 Arg. del art. 25 de la ced. de 21 de diciembre de 1800.

3 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 4. n. 169.

4 L. 4. tit. 37. lib. 7. N.

5 L. 1. tit. 13 y 2. tit. 15. part. 4. El célebre juriconsulto Justo Henningio Boehmer, escribió una *Disertacion* (que se encuentra al fin del tomo 1.º de la traduccion española de las *Recitaciones de Henneccio*, impresa en Madrid en 1830), en la que apartándose de la opinion comun, prueba con muy buenas razones, que hoy son capaces de la legitimacion por subsecuente matrimonio, no solo los hijos naturales, sino los demas ilegítimos.—E.

hijo hubiese muerto al tiempo de verificarse el subsiguiente matrimonio de sus padres, y dejase hijos legítimos, obrará la legitimacion todo su efecto en estos nietos.<sup>1</sup> \*Los hijos legitimados de esta manera se equipararán en todo á los legítimos.<sup>2\*</sup>

7. \*Esta legitimacion se obtendrá aun cuando los padres se casen en edad muy avanzada ó en artículo de muerte, á no ser que estuviesen tan próximos á ella que careciesen de sentido, pues entónces es nulo el matrimonio; ó que la enfermedad de que adoleciesen fuera tal, que los constituyese perpetuamente impotentes.<sup>3\*</sup>

8. \*Tambien se legitima el hijo por el subsecuente matrimonio, aunque su padre despues de habido en una muger se case con otra, si muerta esta se casa con aquella; porque el derecho no exige aptitud entre los contrayentes en el tiempo que media desde el nacimiento del hijo hasta el casamiento de los padres.<sup>4\*</sup>

9. Tercero. La hija natural se legitima asimismo, contrayendo matrimonio con el que ejerza empleo honorífico de los principales de alguna ciudad ó villa.<sup>5</sup>

10. Ademas de estos modos de legitimar, las leyes 4 y siguientes del tit. 15. part. 4., imitando á las romanas, hablaron determinada-mente de la legitimacion por ofrecimiento á la curia, y por instrumento público firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos, y que los reconoce por tales; pero acerca del primero de estos modos, dicen los autores no estar en uso, ni ser compatible con el actual gobierno municipal de nuestros pueblos.<sup>6</sup> Respecto del segundo opina Lopez que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que verdadera legitimacion.<sup>7</sup> Así que en rigor solamente hay los tres modos de legitimar que quedan referidos.

1 Escriche *Diccion. de Legislac.* art. *Legitimacion*.

2 LL. de Partida citadas y 10. tit. 8 lib. 5. R., ó 7. tit. 20. lib. 10. N. Cap. 6. *Qui filii sint legit.*

3 Greg. Lop. en la gl. 9. de la cit. ley 1. tit. 13.

4 Escriche *lug. cit.*

5 L. 8. tit. 15. part. 4.

6 Sala *Ilustrac. al der.* lib. 1. tit. 6. n. 1. edic. mej. de 1807. Torres y Berni en el § 13. *Inst. de Nuptiis*. Para que se entienda por qué motivo ha caído hoy en desuso ese modo de legitimar, creemos necesario referir su origen. Por *curia* se entendian los magistrados municipales, cuyos oficios aunque tenían anexa dignidad y ejercicio de jurisdiccion en el municipio, eran muy aborrecidos por los gastos que ocasionaban; pues los curiales debian dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos, convites, en los que á veces consumian todo su patri-

monio. Por lo mismo se establecieron varios privilegios para atraer á los hombres á la curia, siendo uno de ellos el declarar legitimado al hijo natural ofrecido por su padre á su servicio, inventado por el emperador Teodosio el joven en la ley 3. C. *De natur. lib.* Véase á Henneccio *Antiq. rom. apend.* ad tit. *De nuptiis*. Pero ambicionando los hombres de nuestros tiempos los cargos municipales, confiriéndose estos por eleccion popular, y no imponiendo el dicho gravámen pecuniario, han cesado en consecuencia aquellos privilegios, y no es por tanto ya de uso alguno tal modo de legitimar. Sin embargo, el primer editor mejicano de Sala (en el § *Ladies* correspondiente á este título) advierte, que no habiendo nada legitimamente contrario á la disposicion de las leyes que lo establecieron, podrá aplicarse en algunos casos, en cuanto lo permita la variacion de circunstancias.—E.

7 Glosa 7. de la ley 7. tit. 15. part. 4.

## Del modo de acabarse la patria potestad.

- |  |   |
|--|---|
| <p>1 La patria potestad acaba, por la muerte natural del padre ó del hijo, si aquel cometiere el crimen de incesto, y por dignidad á que este sea promovido.</p> <p>2 Acaba tambien por el casamiento del hijo, y *se prueba no ser necesarias para ello las velaciones.*</p> <p>3 Qué sea emancipacion.</p> <p>4 La emancipacion ha de ser para todo y no para una sola cosa.</p> <p>5 Causas porque el padre puede ser apremiado á emancipar al hijo.</p> <p>6 *El hijo sale de la patria potestad</p> | <p>cuando él ó su padre profesan en religion aprobada.*</p> <p>7 *Pierden los padres la patria potestad y todo derecho sobre sus hijos, si los expusieren, á no ser que fuese por necesidad extrema.*</p> <p>8 *Dos modos de acabarse la patria que establecen las leyes de Partida y ya no se usan en la república; y en la nota un modo particular de salir de dicha potestad establecido en el estado de Méjico.*</p> <p>9 *La emancipacion no altera el derecho natural de la patria potestad.*</p> |
|--|---|

## Escrúras correspondientes á este capítulo.

- |                                   |                                     |
|-----------------------------------|-------------------------------------|
| 1.ª Diligencias para la adopcion. | 3.ª Pedimento para la legitimacion. |
| 2.ª Escritura de adopcion.        | 4.ª Escritura de emancipacion.      |

1. **P**or seis causas espira la patria potestad: la primera, por muerte natural del padre ó del hijo,<sup>1</sup> pues en falleciendo cualquiera de ellos, es claro que no puede el uno dominar al otro. La segunda, por haber cometido el pecado de incesto, ó casándose con parienta suya dentro del cuarto grado sin dispensacion, estando viuda, teniendo ciencia cierta del impedimento canónico, ó con religiosa profesada.<sup>2</sup> La tercera, por dignidad á que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes 7 hasta la 14 del tit. 18 part. 4, las que á excepcion de las de obispo, fiscal, tesorero y consejero, no se conocen en el dia; pero de las que se mencionan se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos los que fueren promovidos á algun oficio que tenga anexa jurisdiccion, ó recaudacion de las rentas nacionales,<sup>3</sup> ó que los constituya gefes de algun distrito ó cuerpo.<sup>4</sup>

2. La cuarta por casarse el hijo; pues en el instante que se casa en faz de la santa Madre Iglesia, y no de otra suerte, sale de la patria potestad para siempre en todas las cosas, así útiles como perjudiciales, y jamas reincide en ella, aunque quede viudo: hace suyo íntegramente el usufruto de sus bienes adventicios, sin que su pa-

1 L. 1. tit. 18. part. 4.  
2 L. 6. tit. 18. part. 4.  
3 Alvarez *Instituciones*, lib. 1. tit. 12.

4 *Escribo Diccinar. de Legiel.* art. *Patria potestad.*

dre 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.<sup>1</sup> \*Algunos autores juzgan que para que por el matrimonio salga el hijo de la patria potestad, es requisito indispensable que sea velado, de manera que faltando las velaciones permanecerá en poder del padre. Nosotros creemos que siendo el motivo de esa disposicion dar á los hijos casados toda la independenciam que es necesaria así en la persona como en los bienes, para gobernar á su familia y poder desempeñar las otras cargas del matrimonio, no debe hacerse semejante distincion, pues el fundamento expuesto milita tanto en los casamientos velados como en los no velados. Es cierto que la ley citada dice: *el hijo casado y velado*; pero como advierte muy bien Galindo,<sup>2</sup> no declara expresamente que el matrimonio sin velaciones no libra de la patria potestad, y de esas palabras solo puede deducirse un argumento á contrario sensu, que en derecho tiene muy poca fuerza, y es inadmisibile cuando contradice á la razon y espíritu de la ley. Además, esa voz *velado* se expresó, segun dice el citado autor, en odio de los matrimonios clandestinos que entónces aun no se habian declarado nulos, como lo fueron despues por el concilio de Trento. Tambien puede decirse con Gregorio Lopez,<sup>3</sup> que como antiguamente no llevaba el marido á la esposa á su casa sino hasta despues de las velaciones, con dicha expresion se quiso significar, que desde ese momento, en que el casado comenzaba á gobernar su casa y familia, y le era necesaria la independenciam, quedaba libre del poder de su padre.\*

3. La cuarta causa es la *emancipacion*, la cual es un acto por el que el padre da á su hijo legítimo libre potestad para que sin su intervencion trate, contrate, comparezca en juicio, y haga todo lo que podria practicar si no 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 y esté presente, pues ántes de ellos ó estando ausente no puede ser emancipado sin permiso del soberano, y en este caso de ausencia, si el hijo fuere mayor de siete años, es necesario además que á su regreso lo ratifique ante el juez.<sup>4</sup> La segunda, que las justicias den cuenta al superior con los instrumentos de justificacion de las causas de la emancipacion, y en vista de su apro-

1 LL. 8 y 9. tit. 3. lib. 5. R., ó 3. tit. 5. lib. 10. N. Gui. lib. 2. *Pract.* q. 10. n. 4. *De jur. confirm.* part. 1. cap. 4. n. 18 y sig. *Accev.* en la ley 9 del tit. 1. lib. 5. R. n.

26. Gom. en las leyes 47 y 48 de Toro.  
2 *Phoenix jurisprud. hisp.* l. 2. t. 2. § 14. gl. 4.  
3 En la gl. 4 de la ley 5. tit. 5. part. 6.  
4 L. 16. tit. 18. part. 4.

bacion 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 cinco años el hijo, porque la ley no distingue<sup>1</sup>. Y la tercera, que despues de impetrada la licencia acuden 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<sup>2</sup>. Pero en la práctica no es preciso que las justicias den cuenta al superior 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 á aquel 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 que valga y pueda usar de ella el emancipado, ha de preceder dicha aprobacion.

4. La emancipacion ha de ser para todo, y no para una cosa sola: porque la patria potestad es individua, y una vez que espira, es en el todo, y el hijo que sale de ella no reincide en el dominio paterno, aunque cese la causa porque se eximió de él<sup>3</sup>; á ménos que sea ingrato á su padre, tratándole mal de palabra ú obra<sup>4</sup>, que en este caso volverá á su padre, no obstante que lo haya emancipado. En premio de la emancipacion puede el padre retener para sí la mitad del usufruto de los bienes adventicios que su hijo tenia ántes de ser emancipado, y no de los que despues adquiriera; ántes 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, ni su usufruto.

5. Por cuatro causas puede ser apremiado el padre á eman-

1 Auto 20 tit. 19. lib. 3. R., 6 l. 4. t. 5. lib. 10 N. Esta última ley dice que la emancipacion debe ser fecha *sin juicio*; de cuyas palabras infiere Lopez, que no se requiere en ella formacion de autos, ni conocimiento de causa, sino solo la comparecencia del padre y del hijo ante el juez, y que este interponga su autoridad.—E.

2 LL. 15, 16 y 17. tit. 18. part. 4. El motivo de esta disposicion fué 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 publico 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.

3 Gom. en la ley 47 de Toro, n. 2.

4 LL. 4. tit. 17. y fin. tit. 18. part. 4.

5 LL. 15 al fin. tit. 18. part. 4 y 43 de Toro. Gom. en esta n. 6. Accev. en la 9. tit. 11. lib. 5. R. n. fin.

cipar 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 disipar el padrastro los bienes de su entenado mayor de catorce años, prohibado por él<sup>1</sup>. \*Estas causas se comprenden para mayor facilidad de retenerlas en los versos siguientes:

„Si genitur saevus sit, prostituatque pudorem  
Natae, aut pupillo forsan damnosus adoptet:  
Legatum aut nummos capiat si hac conditione,  
Invito solvi poterit genitori potestas.“\*

6. \*La quinta causa porque el hijo sale de la patria potestad es la profesion en alguna religion aprobada, pues este acto se equipara á la muerte civil<sup>2</sup>, y como por él pasa el hijo á poder de sus preladados, queda libre del de su padre<sup>3</sup>. Asimismo profesando el padre se liberta el hijo de su potestad; pues como aquel pasa á la de su superior en la que este no puede hallarse por no haber profesado, es consiguiente que por tal hecho se haga *sui juris*<sup>4</sup>. Igualmente los clérigos de mayores órdenes salen de la patria; porque siendo el matrimonio espiritual de los eclesiásticos mas perfecto que el carnal, y produciendo este aquel efecto, parece dice Colom<sup>5</sup>, ser muy racional lo que hemos asentado. Sin embargo Galindo<sup>6</sup>, citando á Sanchez, asegura que suele decirse lo contrario.\*

7. \*Finalmente pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenían sobre los hijos, por el hecho de exponerlos, sin que se les conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que hayan hecho; pero si manifestaren ante la justicia del pueblo ser algun expósito hijo suyo, se recibirá por la misma justicia informacion judicial con citacion del síndico del Ayuntamiento, ó del fiscal que hubiere ó se nombrare; y resultando bien probada la filiacion legitima ó natural, producirá todos los efectos favorables al expósito, mas nunca deberá entregarse á sus padres, ni estos tendrán jamas sobre él accion alguna, aunque siempre quedarán sujetos á las obligaciones civiles y naturales para con el expósito, pues no pudieron li-

1 L. 18. tit. 18. part. 4.

2 L. 10. tit. 2. part. 3.

3 Arg. de la ley 10. tit. 16. part. 4.

4 Galindo lug. cit.

5 Instruccion jurid. de Escrib. Abvg. &c. lib.

2. c. 9. n. 6.

6 Lug. cit.

bertarse de ellas, por el hecho criminoso de haberlo expuesto. Todo lo dicho no tiene lugar cuando la exposicion haya provenido de necesidad extrema, la cual podrá verificarse por varias causas; justificándose ante la justicia con la citacion expresada, se declarará así por sentencia, y entónces podrán reclamarlo, y deberá entregárseles resarciento ó no los gastos hechos segun las circunstancias!.\*

8. \*Ademas de los modos dichos de disolverse la patria potestad, hacia el autor mencion de otros dos que ya no tienen lugar. El primero era la *servidumbre de pena*, que consistia en la condenacion perpetua á trabajos públicos<sup>2</sup>; y hoy no puede verificarse, supuesto que está prohibido á los tribunales condenar á presidio perpetuamente, ni por mas tiempo que el de diez años, á reo alguno<sup>3</sup>. El segundo era la *deportacion*, esto es, la confinacion de alguno á cierto lugar del que jamas habia de salir, confiscándole ademas toda su hacienda. Como en este caso era requisito indispensable para perder la patria potestad que se ocupasen por el fisco los bienes<sup>4</sup>, lo que hoy igualmente está prohibido<sup>5</sup>, ha quedado tambien sin uso en la república esta manera de espirar la patria potestad (a).\*

9. \*Para concluir esta materia, advertimos que la emancipacion y los demas actos que colocan los hijos é hijas fuera de la patria potestad, solo hacen cesar los efectos que las leyes civiles le conceden, pero no nada mudan de los que se derivan del derecho natural.<sup>6</sup>\*

1 L. 4. tit. 20. part. 4. y arts. 25 y 26 de la ley 5. tit. 37. l. 7. N. En la constitucion 23 de la de la casa de expositos de esta ciudad arriba citadas, se previene que: „Si por el padre ó madre de algun niño se le quisiere sacar del hospital (ó sea pidiéndole el padre ó madre inmediatamente por sí, ó sea pidiéndole por medio de tercera persona), antes de todo por parte de quien le pida, se ha de dar razon del tiempo en que el niño se echó en la casa, y de las señas que traía cuando le echaron; y si cotejadas las señas que se dieron con las que se hallaren escritas en la partida de su recepcion, se hiciere juicio prudente de ser aquel niño el mismo que se pide, pagándosele al hospital todos los gastos que se hubieren hecho con aquel niño, se entregará á la persona que le pida, si fuere persona conocida, ó la abona se sujeto que lo sea, consultando antes á los oficiales para que presten su consentimiento: en

caso que le conste al capellan que el padre ó madre que quieren llevarse al niño, no tiene medios para pagar todos los gastos, se le entregará pagando lo que pudieron, y para lo que restare les prevendrá, que quedan con obligacion de restituirlo á la casa, luego que puedan.<sup>2</sup>

2 L. 2. tit. 18. part. 4.

3 Art. 5. de la 13. tit. 24. lib. 8. R., ó 7. tit. 4. lib. 12. N.

4 LL. 2. 3 y 4 del tit. 18. cit.

5 Art. 147. Const. fed.

(a) En el Estado de Mejico salen de la patria los hijos, ademas de los modos dichos, cumpliendo los varones veinte y cinco y las hembras veinte y tres años. Dec. n. 71 del congreso constituyente, expedido en 16 de agosto de 1826.—E.

6 Domat *Les lois civiles* &c. lib. prelim. tit. 2. secc. 2. n. 6, citando la ley 8. *De cap. minut.*

*Escrituras correspondientes á este título.*

1.ª PEDIMENTO Y DEMAS DILIGENCIAS PARA LA ADOPCION.

El C. 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 así procede de justicia que pido, y para ello &c.

AUTO.

Por presentada la certificacion que se refiere: recíbese la informacion que esta parte ofrece, y hecha se traiga para proveer: el señor N., juez de esta villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año.—Media firma del juez.—Ante mí N.

INFORMACION.

*Testigo primero.*

En tal villa, á tantos de tal mes y año, Francisco Lopez contenido en el pedimento anterior, cumpliendo con lo prevenido, presentó por testigo á Antonio Perez, vecino de ella, de quien por ante mí, el señor juez recibió juramento por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz en forma de derecho, 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 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 legítimo, y que el prenotado Juan ya habrá cumplido catorce años de edad, porque segun hace memoria, nació en el de tantos, sobre lo que se remite á la parti-

da 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 mas ó ménos de edad, que con ninguno le tocan las generales de la ley, de que le preguntó el señor juez: doy fe.—Media firma del juez.—Firma del testigo.—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 D. N. juez 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 adopción con las cláusulas por derecho prescritas 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.—Firma entera del juez.—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 legítimos 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 prescritas, impetró licencia del señor D. N., juez 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 espontánea 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 legítimo, 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 legítima para su percibo, incontinenti que sea requerido, y consiente ser apremiado por todo rigor legal, no solo á su entrega, sino á la solución de las costas, daños y perjuicios que en su exacción se le causen, cuya liquidación 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 haberla 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 D. 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 si no lo hace y muere abintestato sin herederos forzosos, le heredará; 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.* D. 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 licencia del soberano, 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 soberano, 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 interviene licencia del soberano, se ha de insertar en la escritura, y en este caso no se necesitan autos ni otra diligencia judicial; porque aquel ántes de darla se informa de todo, y la concede con conocimiento de causa.

### 3.º LEGITIMACION.

Las legitimaciones suelen hacerse por los cuerpos legislativos á petición de los padres, que se reduce á un memorial concebido sustancialmente en los términos siguientes.

#### SEÑOR.

El C. Francisco de Guzman y Solís, vecino de tal parte, con el debido respeto, dice: Que ha 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 mejor servicio de la república, en esta atención:—Suplica rendida-

mente al soberano congreso 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 hubiera nacido de legítimo matrimonio, y gozar de todas las honras, preeminencias y prerogativas concedidas á los que lo son, sin diferencia; cuya gracia espera, y en ello recibirá merced.

### 4. 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, 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., juez 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 abdicar 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 adquiriera, 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, 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 el derecho que como padre tenia y podía tener al usufruto 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 donación pura é irrevocable en sanidad con

insinuacion y demas firmezas legales, y pide á dicho señor juez la apruebe, 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 juez, de que doy fe. Y le confiere igual poder para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados, que tambien 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 aprension ha de ser visto haberla aprendido, y trasferidosole, 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 hiciera, á mas le 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 la república 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 qual 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 juez aprueba esta emancipacion; ha 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 le den al interesado las copias y testimonios que pidiere, y tambien 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 de ellos, y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva para sí algo del usufruto de sus bienes adventicios, se expresará y pondrá en lugar de la cláusula de donacion de usufruto. Si la licencia del superior no manda que el juez ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia, bien que no dañará. Y si la escritura se otorga ántes, se ha de expresar en ella que para usar el hijo de la emancipacion y que sea válida, se deberá aprobar previamente por

el superior, sin cuyo indispensable requisito, ha de ser ineficaz, como dejo expuesto al fin del núm. 4 de este capítulo.

*Otra.* Si concurre alguna de las cuatro causas por que 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 ello 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, según 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 superior, 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 la ley que el superior tomase conocimiento de las emancipaciones gratuitas.

## TITULO IV.

## DE LA TUTELA Y CURADURIA.

## CAPITULO PRIMERO.

## De la tutela.

- |    |  |     |  |
|----|--|-----|--|
| 1  | Definición de la tutela y curaduría, y quiénes estan bajo de una y otra.   | 10  | 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* | Casos en que los menores de veinte y cinco años no necesitan curador, y de la venia de edad.*  | 11  | De la tutela legítima.   |
| 3  | Quiénes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad.   | 12  | Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre.                                   |
| 4  | Quiénes pueden ser nombrados tutores, y advertencias interesantes sobre este punto en las dos notas.   | 13  | Pena del pariente que no pida al juez nombre tutor al pupilo cuando este no lo tenga.  |
| 5  | Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo.  | 14  | De la tutela dativa.   |
| 6  | Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente mientras se mantienen viudas.   | 15  | Quiénes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene!  |
| 7  | 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. | 16* | Juez en tutelas y curadurías de personas aforadas.*  |
| 8  | De la tutela testamentaria.  | 17  | 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. |
| 9  | La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales, instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombra-                               |     |  |

1. Como los menores carecen de la experiencia y discernimiento necesarios para saber conducirse, dispusieron las leyes para 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 me-*

*nor 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 partida, 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.<sup>1</sup> 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 (a); 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, cuando está yacente ó sin aceptar su herencia; y á los de otros.<sup>2</sup> \*Antiguamente los indios eran tambien reputados como menores de veinte y cinco años, aunque hubiesen pasado de esa edad; pero hoy se ha declarado expresamente, que supuesto que son iguales á todos los demas ciudadanos, han salido del estado de minoridad.<sup>3\*</sup>

2. \*Hay asimismo algunos casos en que los menores de veinte y cinco años no necesitan curador como si fuesen mayores. El primero se verifica en el casado que ha entrado en los diez y ocho años, de que hablamos ya en otra parte.<sup>4</sup> El segundo tiene lugar en los que han obtenido venia ó dispensa de edad para administrar por sí mismos sus bienes. Como esta habilitacion no es mas que la dispensa de una ley, toca al legislador;<sup>5</sup> y por eso en la república se concede por los congresos general y particulares, segun la vecindad del pretendiente. Para conseguirla se requeria la edad de veinte años en el varon y de diez y ocho en la muger; que el primero compareciese por sí mismo, aunque la segunda podia hacerlo por procurador, y acreditar con informacion judicial la ap-

1 L. 1. tit. 16. part. 6.

(a) Véase el n. 49 del cap. 2. tit. 1. de este libro.

2 L. 12. tit. 2. part. 3. Garcia *De expensis* cap. 20.

3 Circular de 11 de enero de 1821.

4 Véase el n. 55. cap. 3. tit. 2. de este libro.

5 Aut. 26. tit. 5. lib. 3. R., ó ley 7. tit. 5. lib. 10. N.



titud para manejar sus bienes sin necesidad de curador: entre nosotros no ha fijado todavía ninguna ley las condiciones para ello, y por lo mismo juzgamos entretanto muy conducente se observen las referidas. Conseguida esta gracia, es necesario que el que la obtuvo se presente con ella al juez de su domicilio, para que le conste estar habilitado ó dispensado. Verificado esto, queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos, y comerciar del modo que quiera quedando eficazmente obligado. Pero no obstante la venia conservan los menores el beneficio de restitucion, en opinion de Alvarez,<sup>2</sup> aunque nosotros juzgamos lo contrario; porque si así fuese, los que contraen con el menor habilitado se podrian decir engañados con la autoridad del soberano, segun se expresa una ley romana.<sup>3</sup> Sin embargo, como solo estan habilitados para la administracion de sus bienes, no podrán venderlos, ni gravar los raices sin decreto del juez, ni hacer otras cosas que solo se permiten á los mayores de veinte y cinco años.<sup>4\*</sup>

3. 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 sujetos que les parezca y no tengan prohibicion, ya sean libres ó siervos, por tutores de sus hijos pupilos legitimos y naturales, nacidos y póstumos, que esten en su poder. Careciendo de ellos, pueden darlos tambien á los huérfanos extraños que instituyen herederos, si no los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para 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 podrá 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.<sup>5</sup> 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 puede gastar en su educacion y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar

1 Escolano de Arrieta Pract. del consejo tom. 1. cap. 98. l. 2. Cod. *De his qui veniam aetatis*, y aut. 34. tit. 19. l. 2. R., ó nota 2. tit. 5. lib. 10. N.  
2 *Instituciones* lib. 1. tit. 23. citando las LL. 5. tit. 11. part. 5. y 207. del Estilo.

3 L. 1. Cod. *ead.*

4 LL. 3 y 4. Cod. *ead.*

5 LL. 1, 3, 6, 7 y 8. tit. 16. part. 6. gl. 1. en dicha ley 3. Gutier. *De tutel.* part. 1. caps. 6, 10, 11 y 23.

cuenta de su producto, como así se practica en la corte, y con dicha consignacion se discierne el cargo á los nombrados.

4. 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 (a) (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, si no los tiene, pues mientras los cumple, debe el juez proveer á este de curador que administre sus bienes: 2.º el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo, desmemoriado, y prodigo declarado: (b) 3.º los deudores y acreedores del pupilo, á ménos que los nombre el mismo testador, ó sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela: 4.º el que administra rentas nacionales, interin no esté solvente de su administracion: 5.º el accidentado habitual, é impedido de ejercer la tutela: 6.º los obispos, los monges y demas religiosos profesos y los clérigos seculares; pero á estos solo se prohibe 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.<sup>2</sup> Tampoco pueden ser tutores el excomulgado de excomunion 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.<sup>3</sup>

5. El oficio de tutor y curador es público y personal<sup>4</sup>; 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, presumen cuidarán mejor que los demas consanguíneos y extraños,

(a) Conforme á las leyes 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y l. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real, podian ser tutores los que hubiesen cumplido veinte años; pero advierten Asso y Manuel (*Instituc.* l. 2. t. 2. § 4.) que estas leyes no rigen; pues como vemos las ha derogado la costumbre.—E.

1 L. fin. Cod. *De legitim. tutorib.* Gutier. dicha part. 1. cap. 7. n. 27. hasta el fin. Lara *Compendium vitae homin.* cap. 19. n. fin.

(b) Los referidos no pueden ser dados tutores por el juez, pero si nombrados en testamento; en cuyo caso aunque inmediatamente que lo son no administran, sino que se da al pupilo un curador interino; no obstante es válido su nombramiento, y se les debe conceder la ad-

ministracion luego que llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó el oido y habla. (Alvarez *Instituc.* lib. 1. tit. 14., Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. part. 6. n. 5. y la ley 7. id. id.) De manera que en este punto mas facultades conceden las leyes al testador que nombra tutor en su testamento, que al juez que lo da de oficio; la razon de tal diversidad la da el autor en el n. 14 de este titulo.—E.

2 LL. 4 y 14. tit. 16 y 2. al fin. tit. 17. part. 6. Authent. *Minoris debitor.* Cod. *Qui dare tutor. vel curator.* Olea *De ces. son jur.* cit. 2. q. 6. n. 8.

3 Gutier. dicha part. 1. cap. 20. ns. 6, 23, 27 y 29.

4 L. 1. Cod. *Quando mulier tutel. offic. fungi poss.*

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 prohíben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. Tampoco puede gravar al tutor que da á su hijo, á que administre sus bienes con el consejo de persona determinada, á ménos que nombre también á la madre por tutora, porque no le puede disminuir la potestad que la ley le concede<sup>3</sup>.

6. Esta tutela de la madre y abuela dura solamente ínterin 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 legítima, sino la testamentaria, porque en ambas versa identidad de razón<sup>4</sup>: y así es nulo todo cuanto 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 compañía de sus padres<sup>5</sup>, 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 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<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>; 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<sup>8</sup>, en cuyo caso las podrá reelegir el juez.

1 L. 4. tit. 16. part. 6.

2 Lara, dicho cap. 19. n. 16.

3 L. *Tritium et Maevium*. 48. ff. *De administrat. tutor.*

4 L. 5. tit. 16. part. 6. Gutier. dicha part. 1. cap. 9. n. 16.

5 L. *Possessionum divisiones*, 11. Cod. *Communium utriusque judicii*.

6 L. 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. ns. 24 y 25.

7 Baoz *De decim. tutor.* cap. 4. n. 52. Gutier. dicha part. 1. y cap. 9. n. 1.

8 Gutier. ibi ns. 26 y 27. Rojas Almansa *De incompatibilit. disp.* 3. q. 10. n. 57. Lara ibi n. 39.

7. Esto se observa aun cuando 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<sup>1</sup>: por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo 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<sup>2</sup>; pero si habiéndola aceptado acude al juez diciendo que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, en este caso será tutor dativo y preferirá al legítimo<sup>3</sup>; y este tutor dativo aun cuando case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es útil 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 propio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que cuando le nombró<sup>4</sup>. Para con el padre nada de lo expuesto milita: y así aunque se 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<sup>5</sup>.

8 La tutela es de tres maneras: testamentaria, legítima y dativa (\*), y de las mismas tres son por consiguiente los tutores que pueden tener los huérfanos<sup>6</sup>. Se llama testamentaria la que en testamento ó en otra última disposicion legítima y perfecta da el testador al impúbero ó pupilo<sup>7</sup>; pues no siendo legítima la disposicion, es menester que el juez confirme el nombramiento para que sea válida, y esta tutela es preferente á las otras dos<sup>8</sup>. 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, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los herede, ya esten ó no en su poder,

1 Gomez en la ley 15 de Toro. n. 11. al fin. Acev. en la 3. tit. 1. lib. 5. R. n. 5. Matienzo en esta gl. 2. n. 9.

2 L. 2. Cod. *Qui petant tutores*.

3 Gom. ibi n. 12. Matienzo ibi n. 11. Gutier. ibi n. 21. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 16. gl. 3.

4 L. fin. Cod. *De contrario iudicio tutel.* Gutier. part. 1. cap. 3. n. 78 al 82.

5 L. *Generaliter*. Cod. *De secund. nupt.* y ley fin. Cod. *De bon. matern.* Gutier. dicho cap. 9. n. 22. Matienzo ibi n. 10. LL. 2 y 4 al fin. tit. 16. part. 6.

\* Seria mas propio usar de las palabras *legal y judicial* para designar las especies de tu-

tela conocidas por los juriconsultos con los nombres de legítima y dativa. Legal es lo que está autorizado por la ley, lo que dimana de ella: legítimo lo que no es contra la ley. Aun tengo por mas impropia la voz *dativa*, pues ni siquiera es castellana. Sin embargo seguire la nomenclatura del autor en este y otros casos en que convendria variarla, por no apartarme del uso comun.

6 L. 2. tit. 16. part. 6.

7 El tit. ff. *De testament. tutel.*

8 L. 2. Cod. *De confirm. tutor.* Bas. *Theat. jurisprud.* part. 1. cap. 32. n. 5. Valenz. consil. 35. ns. 3 y 4.

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<sup>1</sup>: de lo que se deduce que siendo legítimos los hijos, no es necesaria esta confirmacion, y que sin ella podra usar el oficio de tutor el que nombra 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 ménos 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<sup>2</sup>; pero al hijo espurio no puede darle tutor en su última disposicion, ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo<sup>3</sup>; ni tampoco al natural, cuando nada le deja<sup>4</sup>. 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 inútilmente, debe no obstante ser confirmado por el juez sin inquisicion, excepto que haya causa para no confirmarlo<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>; 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.

9. La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos, 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<sup>7</sup>. 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 si 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<sup>8</sup>. En cuanto á los abuelos maternos y de-

1 LL 3 y 8. tit. 16. part. 6. ley Pater. ff. De testament. tutel. ley fin. Cod. De confirm. tutor. Gutier. dicha part. 1. cap. 3. n. fin. y cap. 11. ns. 1 y 3. Lara, dicho cap. 19. ns. 19, 20, 52 y 53.  
2 Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. part. 6. gl. 9. Gutier. part. 1. dicha, cap. 8. n. 20.  
3 Greg. Lop. en la ley 8. tit. 16. part. 6. gl. 1. al fin. Gutier. dicho cap. 11. n. 2.

4 L. Naturales. 7. ff. De confirm. tutor. Gutier. part. 1. De tutel. cap. 4. n. 15.  
5 L. 1. y ley Ffio. 6. ff. De confirm. tutor. Gutier. dicha part. 1. cap. 3. n. 17.  
6 L. Titium et Maevium. 48. ff. De administration. tutor.  
7 L. 6. tit. 16. part. 6.  
8 Angel en la ley fin. Cod. De confirm. tutor. Gutier. part. 1. y cap. 4. dichos, n. 17.

mas ascendientes por esta línea, se observará lo que queda expuesto acerca de la madre<sup>1</sup>.

10. El abuelo paterao 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<sup>2</sup>. Puede tambien el testador que carece de ascendientes y descendientes legítimos, dar tutor de cualquiera de los modos expresados en el párrafo 2.º, á los pupilos extraños huérfanos de padre, que instituye herederos, si no lo tienen; pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede usar la tutela, sin que preceda discernimiento ó confirmacion del juez, como dejo expuesto<sup>3</sup>; y lo mismo sucede al nombrado por el padre en codicilo<sup>4</sup>, 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 le oponga la excepcion de ilegitimidad de persona.

11. Tutela legítima se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentaria<sup>5</sup>: de modo que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo, no obstante que viva la madre del pupilo<sup>6</sup>; 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 agraviarse 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 fué murió, se ausentó, ó faltó por otro motivo, y no en otros términos<sup>7</sup>; y así esta tutela sigue en dichos casos las reglas de la sucesion. Infiérese 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 ántes que todos, con tal que siendo espurios, no procedan de dañado ayuntamiento por su parte<sup>8</sup>. No queriendo admitir la tutela la madre, ó habiendo fallecido esta, ha de entrar la abuela, si

1 Gutier. ibi. n. 11.

2 L. 3. tit. 16. part. 6. ley. 1. ff. De testam. tutel. y §. Permissum. Institut. De tutel. Esta facultad cesará hoy, como advierte Sala, supuesto que los nietos no estan en la potestad del abuelo, segun se dijo en el n. 7. del cap. 1. t. 2. E.

3 L. 8. tit. 16. part. 6. Gutier. cap. 4. dicha n. 12 y sig. y cap. 11. n. fin.

4 L. Testamento. 3. ff. Testamentaria tutel. Parlad. different. 14. n. 14.

5 El tit. ff. De legitim. tutorib.

6 Gutier. part. 1. De tutel. cap. 2. n. 6.

7 Gutier. ibi n. 7. y cap. 12. n. 4.

8 Gom. en la ley 14 de Toro, n. 10 y sig. Gutier. De tutel. part. 1. cap. 8. ns. 9 al 11.

la quiere: y por falta ó voluntad de ambas, debe serlo el pariente que segun la inmediacion de grado tenga derecho á heredarle<sup>1</sup>.

12. Todos los parientes pueden ser compelidos (a) á admitir la tutela; excepto la madre y abuela, y la de esta se llama *anómala*, irregular y extraordinaria, porque es permisiva, y no coactiva como la de los demas consanguíneos, y por eso se diferencian los dos. Así es que, cuando el pupilo tiene muchos parientes trasversales, iguales en grado, que carecen de legitima excusa para no admitir la tutela, todos seran tutores y administrarán sus bienes; pero para evitar disturbios entre ellos, deberán elegir entre sí cuál 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<sup>2</sup>. Adviértase que entre los consanguíneos trasversales 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<sup>3</sup>: 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<sup>4</sup>.

13. No queriendo el pariente, á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legitima excusa para ello, y 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 ántes 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,

1 LL. 4 y 9. tit. 16. part. 6. y ley *Si plures. ff. De legitim. tutorib.* Gutier. dicho cap. 8. n. 4 al 9. y n. 18. Lara *Compend. vitae homin.* cap. 19. ns. 14 y 15.

(a) Creemos que se equivoca el autor cuando asienta que los tutores legitimos pueden ser compelidos á aceptar la tutela. Las leyes que se han citado y hablan de tutela legitima, se expresan en tales terminos, que es indispensable concluir con Sala, que está en arbitrio de ellos admitirla ó no, y que por lo mismo ni aun

necesitan excusas.—E.

2 L. 11. tit. 16. part. 6. et ibi. gl. 1. Authent. *De haeredibus ab intestato venientib.* cap. fin. collat. 9. Gutier. cap. 8. y n. 8. dichos, y cap. 14. per tot. Lara ibi n. 18. Parlad. differ. 99. n. 7. Montan. *De tutel.* cap. 15. n. 8.

3 Authent. *De haeredibus.* cit. cap. *Ex his,* y Authent. *Sicut.* Cod. *De legitim. tutorib.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 2. n. 15.

4 Lara: dicho cap. 19. n. 17. Gutier. cap. 8. dicho n. 12 al 16.

y lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar bien sus bienes<sup>1</sup>.

14. Tutela *dativa* es la que á falta de la legitima y de la testamentaria da el juez al pupilo, para que no padezca detrimento en su persona y bienes, y así solo ha lugar en dicho caso<sup>2</sup>; pero ha de ser dada simplemente, y no con condicion que no concierne al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria<sup>3</sup>; 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<sup>4</sup>. 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.*; se 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<sup>5</sup>.

15. 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 éste 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 al nombramiento del que constare haberlo hecho primero; y no pudiendo indagarse cual fué, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano<sup>6</sup>. La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaria. Se advierte 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<sup>7</sup>.

1 L. 12. tit. 16. part. 6. Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 16. n. 32. Gom. en la 15. de Toro n. 18. Vello en la 16. n. 27. Parlad. ibi n. 8.

2 LL. 2 y 12. tit. 16. part. 6. y el tit. ff. *De tutor. et curator.*

3 L. *Muto.* 6. § *Sub conditione* ff. *De tutor.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 11. dicho n. 6.

4 L. *Actus legitimus.* ff. *De regul. jur.* Gutier. ibi n. 7.

TOM. I.

5 Deció en dicha ley *Actus legitimus.* ns. 8 y 9. Gutier. ibi n. 8.

6 Dicha ley 12. tit. 16. part. 6. Greg. Lop. en ella gl. 11, 12 y 13. Gutier. part. 1. cap. 16. *De tutel.* n. 2 al 31. y n. 136. al 140 Véase á Sala *Ilust. al der.* lib. 1. tit. 7. n. 10.

7 *Qui habet. § Quolibet.* ff. *De tutel.* Lara dicho cap. 19. n. 72. L. 35. al princ. tit. 2. part. 3.

16. \*La tutela y curaduría legítima de menores iegos que se da al clérigo tutor, ha de ser discernida ante el juez secular, y la cuenta de ella se ha de dar ante él mismo<sup>1</sup>. Igualmente, la tutela ó curaduría de menores clérigos, que se da al lego tutor ó curador, se ha de discernir, y dar cuenta de ella ante el eclesiástico<sup>2</sup>: lo cual se entiende siendo la tutela ó curaduría de personas y bienes; porque si es *ad litem*, se discernirá por el juez ante quien se litigue, ya sea el menor clérigo ya lego<sup>3</sup>. Del mismo modo debe discurrirse en tutelas y curadurías de militares.\*

17. 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<sup>4</sup>. Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legítimos, por la razon expuesta en el párrafo 8, 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<sup>5</sup>, y su arreglada voluntad se tiene por ley<sup>6</sup>, y debe observarse si no es contra esta, y no en otros términos. Es de advertir: lo primero, que aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa á cada uno por entero, ya sean testamentarios legítimos 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<sup>7</sup>. 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 ántes ni de otra suerte<sup>8</sup>.

1 Curia filip. p. 1. § 5. n. 32.

2 Greg. Lop. en la gl. 1. de la l. t. 16. p. 6.

3 Curia filip. lug. cit.

4 LL. 4, 6 y 8. tit. 16. part. 6. ley 4. ff. De *authorit. tutor.* Gutier. De *tutel.* part. 1. cap. 5. n. 6. Lara, dicho cap. 19. ns. 52 y 53.

5 L. *Cum eorum.* et ibi gl. l. ff. De *postulad.* Gutier. dicho cap. 5. n. 7. al 10.

6 Cap. *Ultima voluntas.* 13. q. 2. Authent. De *nuptiis.* cap. 2. vers. *Disponat:*

7 L. *Testand.* 13. Cod. De *testam.* Gutier. part. 1. De *tutel.* cap. 8. n. 94.

8 L. *Tutela legitim.* § *Si duo.* y ley *Si plures.* ff. De *legitim. tutor.* Gom. en la 3ª de Toro. Lara n. 6. cap. 24. n. 38.

9 *Ruin consil.* 70. n. 7. vol. 4. Gutier. part. 13. De *tutel.* cap. 1. n. 48.

## CAPITULO II.

## De la curaduría.

- 1 ¿A qué personas se da el curador, y para qué efecto?
- 2 La curaduría legítima 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 \*por derecho común canónico; pero debemos creerlo derogado por la disposicion contraria del tercer concilio mejicano.\*

1 La curaduría es la guarda 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), la que se da al pupilo intencionalmente en el único caso de ausencia, ó de temporal incapacidad, ó impedimento del tutor legítimo 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 graduan de locos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos<sup>1</sup>. 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 el 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 méros que sea para pleitos: 4.º en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo; pero el curador es solamente dativo, excepto para el furioso (a): 5.º en que el tutor se da en testamento; pero el curador regularmente no<sup>2</sup>: y 6.º en que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola<sup>3</sup>; pero el tutor se ha de dar para todo, y no para cierta cosa<sup>4</sup>, excepto para la aceptacion de herencia, lo cual es especial en este caso<sup>5</sup>. Y

1 L. 13. tit. 16. part. 6. Princip. Instit. De *curator.* LL. 15, 16. ff. De *tutor. et curator. dat.* Gutier. De *tutel.* part. 1. cap. 19. n. 1 al 6.

(a) Véase á Alvarez, lib. 1. tit. 23. de sus *Instituciones de derecho*, que defiende no ser legítima sino dativa la curatela del furioso; Gregorio Lopez sin embargo en la gl. 2. de la l. 2. tit. 16. part. 6. lleva la opinion del autor, y aunque no cita ninguna ley podrá acaso apoyarse en

la 45 tit. 6. part. 1. vers. *E esso mismo seria.* —E.

2 Glos. magna en la ley *Ventri.* 20. ff. De *tutorib. et curator. dat.*

3 L. *Non tantum.* ff. De *tutor. et curator. dat.* Baez. De *decim. tutor.* cap. 17. n. 3.

4 L. 1. tit. 16. part. 6.

5 L. *Cum in una.* 17. § *Tutor.* ff. De *apel. lation.* Gutier. De *tutel.* part. 1. cap. 19. ns. 9 y 10.

16. \*La tutela y curaduría legítima de menores iegos que se da al clérigo tutor, ha de ser discernida ante el juez secular, y la cuenta de ella se ha de dar ante él mismo<sup>1</sup>. Igualmente, la tutela ó curaduría de menores clérigos, que se da al lego tutor ó curador, se ha de discernir, y dar cuenta de ella ante el eclesiástico<sup>2</sup>: lo cual se entiende siendo la tutela ó curaduría de personas y bienes; porque si es *ad litem*, se discernirá por el juez ante quien se litigue, ya sea el menor clérigo ya lego<sup>3</sup>. Del mismo modo debe discurrirse en tutelas y curadurías de militares.\*

17. 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 excepción 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<sup>4</sup>. Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legítimos, por la razon expuesta en el párrafo 8, 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<sup>5</sup>, y su arreglada voluntad se tiene por ley<sup>6</sup>, y debe observarse si no es contra esta, y no en otros términos. Es de advertir: lo primero, que aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa á cada uno por entero, ya sean testamentarios legítimos 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<sup>7</sup>. 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 ántes ni de otra suerte<sup>8</sup>.

1 Curia filip. p. 1. § 5. n. 32.

2 Greg. Lop. en la gl. 1. de la l. t. 16. p. 6.

3 Curia filip. lug. cit.

4 LL. 4, 6 y 8. tit. 16. part. 6. ley 4. ff. De *authorit. tutor.* Gutier. De *tutel.* part. 1. cap. 5. n. 6. Lara, dicho cap. 19. ns. 52 y 53.

5 L. *Cum eorum.* et ibi gl. l. ff. De *postulad.* Gutier. dicho cap. 5. n. 7. al 10.

6 Cap. *Ultima voluntas.* 13. q. 2. Authent. De *nuptiis.* cap. 2. vers. *Disponat:*

7 L. *Testand.* 13. Cod. De *testam.* Gutier. part. 1. De *tutel.* cap. 8. n. 94.

8 L. *Tutela legitim.* § *Si duo.* y ley *Si plures.* ff. De *legitim. tutor.* Gom. en la 3ª de Toro. Lara n. 6. cap. 24. n. 38.

9 *Ruin. consil.* 70. n. 7. vol. 4. Gutier. part. 13. De *tutel.* cap. 1. n. 48.

## CAPITULO II.

## De la curaduría.

- 1 ¿A qué personas se da el curador, y para qué efecto?
- 2 La curaduría legítima 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 \*por derecho común canónico; pero debemos creerlo derogado por la disposicion contraria del tercer concilio mejicano.\*

1 La curaduría es la guarda 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), la que se da al pupilo intencionalmente en el único caso de ausencia, ó de temporal incapacidad, ó impedimento del tutor legítimo 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 graduan de locos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos<sup>1</sup>. 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 el 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 méros que sea para pleitos: 4.º en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo; pero el curador es solamente dativo, excepto para el furioso (a): 5.º en que el tutor se da en testamento; pero el curador regularmente no<sup>2</sup>: y 6.º en que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola<sup>3</sup>; pero el tutor se ha de dar para todo, y no para cierta cosa<sup>4</sup>, excepto para la aceptacion de herencia, lo cual es especial en este caso<sup>5</sup>. Y

1 L. 13. tit. 16. part. 6. Princip. Instit. De *curator.* LL. 15, 16. ff. De *tutor. et curator. dat.* Gutier. De *tutel.* part. 1. cap. 19. n. 1 al 6.

(a) Véase á Alvarez, lib. 1. tit. 23. de sus *Instituciones de derecho*, que defiende no ser legítima sino dativa la curatela del furioso; Gregorio Lopez sin embargo en la gl. 2. de la l. 2. tit. 16. part. 6. lleva la opinion del autor, y aunque no cita ninguna ley podrá acaso apoyarse en

la 45 tit. 6. part. 1. vers. *E esso mismo seria.* —E.

2 Glos. magna en la ley *Ventri.* 20. ff. De *tutorib. et curator. dat.*

3 L. *Non tantum.* ff. De *tutor. et curator. dat.* Baez. De *decim. tutor.* cap. 17. n. 3.

4 L. 1. tit. 16. part. 6.

5 L. *Cum in una.* 17. § *Tutor.* ff. De *apel. lation.* Gutier. De *tutel.* part. 1. cap. 19. ns. 9 y 10.

convienen ambos en que las obligaciones del tutor y curador para utilidad del menor son las mismas sin la mas leve diferencia.

2. La curaduría legítima no la establece el derecho sino para el furioso ó mentecato<sup>1</sup>; 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. 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 compeli los 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<sup>2</sup>. 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, ántes bien lo han de nombrar por sí 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 continuen 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 legítima para eximirse de ella<sup>3</sup>, ya sea por mala versacion ú otro obstáculo de parte del curador, ó por casarse ú obtener venia para gobernarse por sí teniendo la competente edad. La razon de no darse á estos curador en testamento y á los pupilos sí, 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 tam-

1 L. *His qui*. 12. § 1. ff. *De tutor. et curator. dat.* y leyes 1. § 1 y 2. *Cod. De curator. furios.*

3 L. 13. tit. 16. p. r. 4. *Gutier. dicho cap.* 19. n. 13 al 16. y n. 30. *Baez. De de.*

*cim. cap. 16. n. 23. Lara Compend. vitae homin. cap. 24. n. 15 y sig.*

3 *Greg. Lop. en la ley 13. tit. 16. part. 6. gl. 2. Baez ibi cap. 2. n. 16. Gutier. dicho cap. 19. n. 18.*

bien á su arbitrio curador de sus bienes<sup>1</sup>. De lo que pueden hacer ó no los menores pupilos ó adultos, ya tengan ó no curador, y cuándo 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 practicarle, pueden sustituir por su cuenta y riesgo la curaduría, eligiendo procurador que los defienda, especificando el pleito en el poder que le confieran<sup>2</sup>. 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 el curador ó tutor, ó el procurador que estos nombren<sup>3</sup>; 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<sup>4</sup>.

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 general, lo cual se permite á los pupilos, por lo que estos necesitan quien los represente en ellas<sup>5</sup>. \*Sin embargo, el tercer concilio provincial mejicano<sup>6</sup> manda que en las causas de menores, siempre que parezcan tales por su presencia, se les nombre curador; por lo que en este punto debe tenerse por derogado el derecho comun canónico.\* 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<sup>7</sup>; pero si el menor lo pide para la que ya está principiada ó movida, lo

1 L. *Divus*. § fin. ff. *Qui petant. tutor. vel curator.* *Gutier. cap. 19. cit. n. 29. Par. lad. diff. 99. ns 5 y 6.*

2 L. 96. tit. 18. part. 3. *Gutier. De tutel.* part. 1. cap. 19. n. 21 al 24.

3 L. 13. tit. 16. part. 6. LL. 2 y 3. *Cod. Qui legitmam personam.*

4 L. *Sancimus neminem*. 20. § *Sed et si quis*

*administrat. tutor.* *Lara Compendium vitae homin. cap. 24. n. 18.*

5 *Cap. fin. De judic. in 6. Larrea alleg. 70. n. 6. Cardos. in Prax. judic. n. 24. Lara dicho cap. 24. n. 44 al 45.*

6 § 4. *De ordine judiciorum. lib. 2. tit. 1.*

7 L. 1. y todo el tit. *Cod. De in litem dando tutore vel curatore.*

ha de ser por el que entiende en ella<sup>1</sup>. Lo segundo, que puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de este que se originen por incidencia ó ejecución 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<sup>2</sup>; 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 ocurrir, y no el curador *ad litem*); y en cuanto á otros, siempre que el juez le habilite especialmente para ellos con previo y maduro exámen y conocimiento de la utilidad ó necesidad, por falta del que administra sus 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<sup>3</sup>, como dejó expuesto.

1 Dicha ley *Sancimus* § *Sed etsi cit.* Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 17. vers. *Si vero agatur.*

2 Fern. consil. 16. n. 3. Grañan *Discepl.* cap. 279. ns. 5 y 6. y cap. 360. n. 27.

Lara 24 dicho, n. 20 al 24.

3 L. *Si quis eum.* § *Julianus ff. De procurator.* Baez. *De decim.* cap. 17. n. 19. Gutier. cap. 19. dicha n. 26. Lara cap. 24. cil. n. 28.

### CAPITULO III.

#### 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 obligacion 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; y fuerza probatoria que tiene este instrumento.
- 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 haberseles ocasionado.
- 7 Tambien serán responsables al resarcimiento del daño ó interes 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 ha lugar regularmente dicho juramento contra sus herederos.
- 9 Los tutores y curadores deben dar

la correspondiente educacion 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.

**Y**a sean tentamentarios, legítimos ó dativos los tutores y curadores para la administracion de los bienes, deben ántes 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, 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 razon 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 educacion y alimentos del mismo menor hagan, para darla cuando se les mande con apronto del alcance liquido que contra ellos resulte, sin perjudicarle ni dejarle indefenso, pena de los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irrogen, y tomando para el acierto el competente consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y peritos que puedan y sepan dárselo<sup>1</sup>. 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 administracion de estos cargos<sup>2</sup>, 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 irrogen, 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 administracion<sup>3</sup>. Advierto que en la re-

1 L. 9. tit. 16. part. 6. ley *Io bonorum.* ff. *De bonor. posses.* Lara *Compend. vitae homin.* cap. 19. n. 4 al 56 y n. 65. Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 12. n. 31.

\* El juramento, obligacion 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. Quo.

*niam autem.* Montan. *De tutel.* cap. 32. reg. 7. n. 3.

3 L. 94. tit. 18. part. 3. ley 9. tit. 16. part. 6. LL. 2 y 3. Cod. *De tutor. qui satis non dedit.* Gutier. cap. 12. cit. n. 10 al 19. Castill. *De usufruct.* lib. 1. cap. 3. n. 213. L. 6. tit. 8. lib. 5. R. I. que adem. ordena á los escribanos de cabildo tengan libro en que asienten las tutelas, curadurias, y hacienda que fuere á cargo de los tutores y curadores, y que fianzas tienen.—E.



ha de ser por el que entiende en ella<sup>1</sup>. Lo segundo, que puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de este que se originen por incidencia ó ejecución 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<sup>2</sup>; 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 ocurrir, y no el curador *ad litem*); y en cuanto á otros, siempre que el juez le habilite especialmente para ellos con previo y maduro exámen y conocimiento de la utilidad ó necesidad, por falta del que administra sus 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<sup>3</sup>, como dejó expuesto.

1 Dicha ley *Sancimus* § *Sed etsi cit. Gom.* lib. 2. Var. cap. 14. n. 17. vers. *Si vero agatur.*

2 Fern. consil. 16. n. 3. *Gracian Discepl.* cap. 279. ns. 5 y 6. y cap. 360. n. 27.

Lara 24 dicho, n. 20 al 24.

3 L. *Si quis eum.* § *Julianus ff. De procurator.* Baez. *De decim.* cap. 17. n. 19. Gutier. cap. 19. dicha n. 26. Lara cap. 24. cil. n. 28.

### CAPITULO III.

#### 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 obligacion 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; y fuerza probatoria que tiene este instrumento.
- 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 haberseles ocasionado.
- 7 Tambien serán responsables al resarcimiento del daño ó interes 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 ha lugar regularmente dicho juramento contra sus herederos.
- 9 Los tutores y curadores deben dar

la correspondiente educacion 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.

**Y**a sean tentamentarios, legítimos ó dativos los tutores y curadores para la administracion de los bienes, deben ántes 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, 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 razon 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 educacion y alimentos del mismo menor hagan, para darla cuando se les mande con apronto del alcance liquido que contra ellos resulte, sin perjudicarle ni dejarle indefenso, pena de los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irrogen, y tomando para el acierto el competente consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y peritos que puedan y sepan dárselo<sup>1</sup>. 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 administracion de estos cargos<sup>2</sup>, 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 irrogen, 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 administracion<sup>3</sup>. Advierto que en la re-

1 L. 9. tit. 16. part. 6. ley *Io bonorum. ff. De bonor. posses.* Lara *Compend. vitae homin.* cap. 19. n. 4 al 56 y n. 65. Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 12. n. 31.

\* El juramento, obligacion 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. Quo.

niam autem. Montan. *De tutel.* cap. 32. reg. 7. n. 3.

3 L. 94. tit. 18. part. 3. ley 9. tit. 16. part. 6. LL. 2 y 3. Cod. *De tutor. qui satis non dedit.* Gutier. cap. 12. cit. n. 10 al 19. Castill. *De usufruct.* lib. 1. cap. 3. n. 213. L. 6. tit. 8. lib. 5. R. I. que adem. ordena á los escribanos de cabildo tengan libro en que asienten las tutelas, curadurias, y hacienda que fuere á cargo de los tutores y curadores, y que fianzas tienen.—E.

repcion de estas fianzas debe tener el juez mucho cuidado, pues por defecto de esto se da á los menores accion subsidiaria contra él<sup>1</sup>; porque lo mismo es admitirlas malas ó insuficientes, que no recibirlas<sup>2</sup>; bien que si al tiempo de la recepcion 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 debérselos imputar estos, ni tampoco serle gravoso y nocivo su oficio<sup>3</sup>. Los curadores para pleitos tambien 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<sup>4</sup>, por lo que son ligeras y aparentes las que dan.

3. La obligacion 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<sup>5</sup>, 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 demas parientes tutores, sino las que buenamente puedan. Lo mismo procede para con los *dativos* que precedida inquisicion 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 dadas<sup>6</sup>. Pero los *testamentarios*, ya sean legítimos ó extraños, y confirmados ó no por el juez, no estan obligados á afianzar, porque nuestro derecho y el comun 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<sup>7</sup>; y mucho ménos lo estarán si los releva de fianzas, cuya relevacion, 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 le conoce el

1 L. 1. § último y ley *Quod ad haeredem.* ff. *De magistratib. conveniend.*

2 L. *Quoties.* ff. *De qui satisfacere cogant.* Lara ibi n. 60.

3 Dicha ley 1. § *Si magistratus.*

4 Lara cap. 24. n. 29 al 31.

5 L. *Nihil* 50, ff. *De bonis libertor.* Lara di-

cho cap. 19. n. 70. Gutier. cap. 12 cit. n. 16.

6 Gutier. dicho cap. 12. n. 25 al 30.

7 L. *De creationibus.* 27. Cod. *De episcopi. li audientia.* Gom lib. 2. *Var.* cap. 14. n. 19. al fin. Gutier. part. 1. *De tutel.* cap. 5. n. 1. al 3. *Surd.* decis. 91. n. 2.

testador, pues á saberlo no es creible que lo hubiera elegido, y así está obligado el juez á seguir su voluntad, para que no sea defraudado el menor, cuya utilidad es la que principalmente debe mirar<sup>1</sup>. 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 administracion<sup>2</sup>.

4. Los tutores y curadores no solo estan obligados á jurar y á dar fianzas, sino tambien á hacer despues de discernida la tutela y curaduría, y no ántes, inventario solemne, formal y específico, ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raices, 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 por 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 ocultacion: cuyo inventario tiene tal fuerza, que no se les admite contradiccion, aun en el caso de que pongan en él mas de lo que tenia, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela ó curaduría<sup>3</sup>; \*excepto que aleguen y prueben haber puesto algunos bienes por error, como si listasen una finca rendida desde ántes por el padre del pupilo, ó algunas deudas á su tenor, que ya estaban pagadas<sup>4</sup>; \* 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, ningun 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<sup>5</sup>. La práctica es entregarles los bienes por inventario ántes 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 ocultacion.

6. Si por dolo y no por imposibilidad ni otra causa justa, omiten los tutores y curadores la formacion del inventario de los bienes de sus menores, deben satisfacer á estos el daño ó pérdida que prue-

1 L. 1. Cod. *De confirm. tutor.* Gutier. ibi n. 4. Lara; dicho cap. 19. ns. 7, 8 y 59.

2 Gutier. dicha part. 1. cap. 5. n. 5.

3 LL. 29 y 120 tit. 18. part. 3 y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real. Gutier. *De tutel.* part. 2. cap. 1. ns. 14, 30 y 35 al 41. y n. 81.

4 Greg. Lop. en la gl. 3. vers. *Quid enim:* de la cit. l. 120.

5 L. 15. tit. 16. part. 6. ley *Tutores,* et ibi gl. Cod. *De administrat. tutor.* Ayor. de part. part. 1. cap. 2. n. 17. Guerreir. *De inventar.* lib. 1. cap. 2. n. 18. Gutier. *De tutel.* part. 2. cap. 1. n. 10, y 81 al 84.

ben habérseles irrogado<sup>1</sup>; por lo que si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su mora y omision dolosa, estarán obligados á resarcirles su deterioro y pérdida<sup>2</sup>. Milita esto mismo no solo cuando á haber hecho el inventario en tiempo debido no hubieran perecido los bienes, sino tambien en el caso contrario; pues sin embargo de que el deudor de especie cierta se exime y liberta de su solucion y entrega, si perece<sup>3</sup>; no obstante, si es moroso, debe satisfacer el precio de ella, aun cuando á haberse inventariado en tiempo legítimo hubiese igualmente perecido<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>. Adviértase ademas, que ántes de hacer el inventario no pueden administrar ni practicar cosa alguna el tutor ni curador, y si la practican es nula, incurren por derecho en infamia, y se les puede remover por sospechosos<sup>6</sup>; bien que la costumbre es aprobar lo que hicieron ántes 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 *in litem* contra sus herederos<sup>7</sup>; y la razon es, porque no estan obligados sino por lata ó grave culpa cometida en la administracion de la tutela<sup>8</sup>, no obstante que los tutores lo estan por la leve<sup>9</sup>; pues las acciones penales no se trasmiten ni transfieren contra ellos por el delito de su causante, sino á que se da para perseguir la cosa<sup>10</sup>. Pero esto se limita cuando el pleito se contestó con el tutor, en cu-

1 L. Tutor, qui repertorium. ff. De administrat. tutor. Ayor. ibi n. 18.  
2 L. In ratione. 3 ff. Ad leg. falcid. Guerreir. ibi proxima. n. 19.  
3 L. Si ex legati causa. 13. ley Si homo mortuus. y ley Si impossibilis. ff. De verbor. oblig. L. 9. tit. 14. part. 5.  
4 Cardos. in Praes. judic. verb. Debitor. n. 19. Menoch. praes. 138 lib. 5. Vela dissert. 33. ns. 39 y 42. Guerreir. ibi n. 20 al 22. L. 9. cit.  
5 L. 1. ff. De his qui in testament. de lent. Ayor. ibi ns. 19 y 21. Lara cap. 19. cit.

n. 57. Gutier. part. 2. y cap. 1. dicho n. 5 al 8, y n. 17 al 19.  
6 L. Tutor, qui repertorium. cit. ley fin. § Illud procul dubio. Cod. De arbitr. tutel. y ley 15. tit. 16. part. 6. Gutier. ibi n. 58 al 59.  
7 L. Alto jur. y ley final. Cod. De in litem jurando. Ayor. ibi n. 20.  
8 L. 1 Cod. De haeredib. tutor.  
9 L. Quidquid. Cod. De arbitr. tutel.  
10 L. Pupillum. § In haeredem. ff. De regul. jur. Covar. lib. 3. Var. cap. 3. n. 7.

yo caso se puede jurar en juicio contra sus herederos<sup>1</sup>. En cuanto á si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, y si valdrá ó no la relajacion y remision, véase á Gutierrez de tutela. part. 3 cap. 1 núm. 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 otras que tienen que dar cuenta; por lo que omito tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>; 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<sup>4</sup>; pues el curador para administrar los bienes carece de potestad para celebrar por sí solo contratos con tercero por su menor, y así 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 el tutor que administra des-

1 L. 6. tit. 11. part. 3. Mascard. conclus. 441 n. 13. Gutier. dicho cap. 1. n. 28. Guerreir. De inventar. lib. 4. cap. 1. ns. 72. y 73.  
2 Véase á Guerreir. De inventar.  
3 LL. 16, 17, 19 y 20. tit. 16. part. 6. Baez.

De decim. tutor. cap. 2 Gutier. De tutela. part. 2. caps. 3, 8, 9 y 11. Lara Compend. vitae. homin. cap. 19.  
4 L. 17. tit. 16. part. 6. ley 1. y ley Pupillus. ff. De autoritat. tutor.

pues de la pubertad, está obligado por la acción de voluntario procurador, y no por la tutela<sup>1</sup>.

10 No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raíces 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 exámen y conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto<sup>2</sup>; 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 reclamación contra ellos dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad<sup>3</sup>: ni tampoco hacer compromiso, transacion de las causas y negocios claros sin la referida licencia, pero sí de los dudosos<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

1 L. Si tutor. post pubertatem. 13. ff. De tutel.

2 LL. 14. tit. 11. part. 4., 4. tit. 5. y 8 tit. 13. part. 5., y 18 tit. 16. part. 6. Gutier. part. 2. De tutel. caps. 5, 6 y 21.

3 L. 4. tit. 5. part. 5. y ley 23. tit. 11. lib. 5. R., ó 16. tit. 12. lib. 10. N. y en ella Matienzo, gl. 1 y 2.

4 Gutier. dicho cap. 5. n. 28. al 31. Hermosill. en la ley 4. tit. 40. part. 5. per omnes glos.

5 Gutier. De tutel. part. 1. en toda la 2, y en la part. 3. cap. 1. Sigüenza De claus. cap. 62. Escobar. De ratiocin.

#### CAPITULO IV.

##### De los modos de acabarse la tutela y curaduría.

- 1 Causas porque se acaban la tutela y curaduría.
- 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 curaduría; pero debe dar cuentas al menor, y luego que éste 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 curaduría se acaban por las siguientes causas:  
1.º por cumplir veinte y cinco años de edad el menor, con la di-

ferencia de que la tutela termina á los doce en las hembras, y á los catorce en los varones, luego entra la curaduría hasta los veinte y cinco: 2.º por el destierro, cautiverio ó esclavitud y muerte del tutor y curador ó del huérfano: 3.º por la prohibición de cualquiera de ellos; \*entendiéndose en cuanto al tutor si la tutela fuere legítima: (a)\*: 4.º por cumplirse la condición y tiempo porque el tutor testamentario fué nombrado: 5.º por excusas legítimas que el tutor tenga para no admitir ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduría<sup>1</sup>, de las que trataré en los párrafos 6 y 7.

2. Se acaba también la tutela y curaduría cuando se remueve al tutor y curador por sospechoso: 2 y se llama así el que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado; 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 desarreglada; pues no obstante su opulencia puede ser acusado y removido de la administración, aunque ofrezca fianzas, porque estos no le contendrán para que no disipe ni malgaste los bienes del menor, y las mejores fianzas son la buena dirección y las costumbres arregladas. Mientras dura la acusación, se ha de nombrar curador interino al menor, al cual debe el culpable resarcir el daño que le haya irrogado, y por su mala versación se constituye infame; bien que no incurrirá en infamia, si es acusado solamente de omiso<sup>3</sup>. Y lo segundo, que están obligados á acusarlos, la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, cuya obligación se las impone por razón del mayor afecto que deben profesarle para evitar su daño y procurar su utilidad. Puede acusarlos también cualquiera del pueblo, ya sea varón ó hembra, y aun el mismo menor, siendo púbero, con consentimiento de sus parientes, pero no siendo pupilo; y la acusación 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

(a) Sobre este modo de acabarse la tutela, Sala (Ilustr. al derecho lib. 1. tit. 7. n. 14. edic. mej. de 1807) dice: „Cuando la ley habla de la adopción del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al derecho romano que puso Justiniano en sus Instituciones, según el cual la tutela legítima de los parientes; solo competía á los que lo eran por agnación, y la perdía el tutor por su adopción. Nos persuadimos que los Compendioses del libro de las Partidas, lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó después las diferencias entre agnados y cogna-

dos, y que nuestra ley 9. tit. 16. part. 4. llama á la tutela (como ya queda advertido en el n. 12 del cap. 1. de este título) á los parientes bajo el nombre general y natural de parientes, extensivo no menos á cognados que á agnados; y el tutor después de adoptado queda cognado.”-E.

1 L. 21. tit. 16. part. 6.

2 Dicha ley 21.

3 L. 1, 3 y 4. tit. 18. part. 6. Gutier. De tutel. part. 2. cap. 18. n. 10 al 13. Parador. lib. 2. cap. 12. n. 2.

pues de la pubertad, está obligado por la acción de voluntario procurador, y no por la tutela<sup>1</sup>.

10 No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raíces 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 exámen y conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto<sup>2</sup>; 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 reclamación contra ellos dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad<sup>3</sup>; ni tampoco hacer compromiso, transacion de las causas y negocios claros sin la referida licencia, pero sí de los dudosos<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

1 L. Si tutor. post pubertatem. 13. ff. De tutel.

2 LL. 14. tit. 11. part. 4., 4. tit. 5. y 8 tit. 13. part. 5., y 18 tit. 16. part. 6. Gutier. part. 2. De tutel. caps. 5, 6 y 21.

3 L. 4. tit. 5. part. 5. y ley 23. tit. 11. lib. 5. R., ó 16. tit. 12. lib. 10. N. y en ella Matienzo, gl. 1 y 2.

4 Gutier. dicho cap. 5. n. 28. al 31. Hermosill. en la ley 4. tit. 40. part. 5. per omnes glos.

5 Gutier. De tutel. part. 1. en toda la 2, y en la part. 3. cap. 1. Sigüenza De claus. cap. 62. Escobar. De ratiocin.

#### CAPITULO IV.

##### De los modos de acabarse la tutela y curaduría.

- 1 Causas porque se acaban la tutela y curaduría.
- 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 curaduría; pero debe dar cuentas al menor, y luego que éste 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. **L**a tutela y curaduría se acaban por las siguientes causas:  
1.º por cumplir veinte y cinco años de edad el menor, con la di-

ferencia de que la tutela termina á los doce en las hembras, y á los catorce en los varones, luego entra la curaduría hasta los veinte y cinco: 2.º por el destierro, cautiverio ó esclavitud y muerte del tutor y curador ó del huérfano: 3.º por la prohibición de cualquiera de ellos; \*entendiéndose en cuanto al tutor si la tutela fuere legítima: (a)\*: 4.º por cumplirse la condición y tiempo porque el tutor testamentario fué nombrado: 5.º por excusas legítimas que el tutor tenga para no admitir ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduría<sup>1</sup>, de las que trataré en los párrafos 6 y 7.

2. Se acaba también la tutela y curaduría cuando se remueve al tutor y curador por *sospechoso*:<sup>2</sup> y se llama así el que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado; 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 desarreglada; pues no obstante su opulencia puede ser acusado y removido de la administración, aunque ofrezca fianzas, porque estos no le contendrán para que no disipe ni malgaste los bienes del menor, y las mejores fianzas son la buena dirección y las costumbres arregladas. Mientras dura la acusación, se ha de nombrar curador interino al menor, al cual debe el culpable resarcir el daño que le haya irrogado, y por su mala versación se constituye infame; bien que no incurrirá en infamia, si es acusado solamente de omiso<sup>3</sup>. Y lo segundo, que están obligados á acusarlos, la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, cuya obligación se las impone por razón del mayor afecto que deben profesarle para evitar su daño y procurar su utilidad. Puede acusarlos también cualquiera del pueblo, ya sea varón ó hembra, y aun el mismo menor, siendo púbero, con consentimiento de sus parientes, pero no siendo pupilo; y la acusación 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

(a) Sobre este modo de acabarse la tutela, Sala (Ilustr. al derecho lib. 1. tit. 7. n. 14. edic. mej. de 1807) dice: „Cuando la ley habla de la adopción del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al derecho romano que puso Justiniano en sus Instituciones, según el cual la tutela legítima de los parientes; solo competía á los que lo eran por agnación, y la perdía el tutor por su adopción. Nos persuadimos que los Compendioses del libro de las Partidas, lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó después las diferencias entre agnados y cogna-

dos, y que nuestra ley 9. tit. 16. part. 4. llama á la tutela (como ya queda advertido en el n. 12 del cap. 1. de este título) á los parientes bajo el nombre general y natural de parientes, extensivo no menos á cognados que á agnados; y el tutor después de adoptado queda cognado.”-E.

1 L. 21. tit. 16. part. 6.

2 Dicha ley 21.

3 L. 1, 3 y 4. tit. 18. part. 5. Gutier. De tutel. part. 2. cap. 18. n. 10 al 13. Parador. lib. 2. cap. 12. n. 2.

de él y de su hacienda<sup>1</sup>. Ultimamente, los parientes del mismo huérfano, por su orden son responsables, en subsidio, de la mala versación y administración del tutor y curador, si viéndola ó sabiéndola, no dan cuenta al juez para que se la quite<sup>2</sup>.

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 verificase 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<sup>3</sup>; 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 privarle inconsiderablemente de alguna herencia, renunciándola en su nombre; y \*en una palabra, por no cumplir de cualquier manera su oficio con la fidelidad y exactitud debidas<sup>4</sup>: por las cuales causas 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<sup>5</sup>; y lo mismo procederá siendo pródigo, aunque el padre no tenga veinte y cinco años<sup>6</sup>; pues á tanto llega la presuncion y confianza que la ley tiene en orden á su consejo y amor hácia sus hijos<sup>7</sup>: bien que por nueva causa posterior á su muerte, ó ignorada por el padre ántes de esta, no debe el juez confirmar el nombramiento de tutor que les haga<sup>8</sup>. \*Los tutores legítimos, en la práctica, tampoco son removidos tan fácilmente como los demas. La razon es, porque siendo estos los parientes mas próximos del pupilo, y haciéndose infames por la remocion, esta infamia redundaria en menoscabo del buen nombre de la familia del pupilo, principalmente si su madre ó tio fuesen removidos. Por tanto, para evitar estos inconvenientes, no se suele remover al tutor legítimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se

1 LL. 2 y 3 tit. 18. part. 6. Gutier. dicho cap. 18. n. 3. al 23.  
2 L. Si plures. ff. De administrat. tutor. Par. lador. differ. 99. n. 6.  
3 LL. 1. fit. 18. part. 6. verb. E las otras sospechas  
4 Alvarez Instituc. 1. 1. t. 26.  
5 L. In confirmando. 8. y ley Utilitatem. 10.

ff. De confirm. tutor.  
6 L. Tres tutores. 55. § ultim. ff. De administrat. tutor.  
7 L. Si plures. 3. § Quomodo. 3. ff. De administrat. tutor.  
8 L. Amicissimos. 36. ff. De excusationib. Gutier. De tutel. part. 1. cap. 3. n. 12. y part. 2. cap. 18. n. 2.

consigue que el legítimo no malverse los bienes, y se le conserve la fama.<sup>1\*</sup>

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 administración de sus bienes si no quiere, aunque su padre lo haya nombrado en su testamento<sup>2</sup>; 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<sup>3</sup>; 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, cual es de la tutela y curaduría<sup>4</sup>; 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<sup>5</sup>. Si los fiadores advierten que el tutor ó curador se conduce mal en la administración de los bienes, para no estar expuestos á sufrir perjuicios, le deben acusar de sospechoso, y pedir se le separe de la dicha administracion<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>; mas no si hubiere dado su cuenta y hecho la entrega<sup>8</sup>, excepto que lo pretenda el contrario y no el púbero<sup>9</sup>. 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 si no se le podrá compeler á la continuacion<sup>10</sup>. Así 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 ello, pues entónces lo estará por la

1 Alvarez lug. cit.  
2 L. 3. en las palabras *Otroci decimos* tit. 17. part. 6. Gutier. De tutel. part. 1. cap. 21. n. 30. Lara, dicho cap. 9. n. fin.  
3 LL. 23. tit. 13. part. 5 y 21. tit. 16. part. 6. Gutier. part. 2. De tutel. cap. 16. y 19. y part. 3. cap. 1. per tot.  
4 Gem. lib. 2. Var. cap. 13. n. 10. vers. *Ter. tio infero*. Lara, cap. 49. cit. n. 64.  
5 Cencio De censib. part. 2. cap. 2. q. 1.

artic. 4. n. 7. Lara ibi.  
6 Parlad. lib. 2. *Quod contro.* cap. 12.  
7 L. unic. Cod. ut causae post pubertatem. Baez. De decim. cap. 2. n. 133.  
8 L. Ita autem. § fin. ff. De administrat. tutor.  
9 L. Creditor. § ultim. ff. De appellat.  
10 Dicha ley *Ita autem*. § *Si tutor. et ibi DD.* Gutier. De tutel. part. 2. cap. 19. n. 1. al 16. y ns. 19 y 20.

de procurador voluntario<sup>1</sup>: ni tampoco lo está su fiador á lo que en este último tiempo practicó espontáneamente, sin tener precision ó necesidad<sup>2</sup>,

6. En general todos pueden ser compelidos á admitir el gravoso cargo de la tutela, porque es oficio público y necesario<sup>3</sup>; pueden, no obstante, eximirse y excusarse muchos de su admision<sup>4</sup>. 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 (a) varones, legítimos, vivos, sin embargo de que en la guerra hayan perdido alguno ó algunos de ellos; los comisionados por el gobierno durante 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 día de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra tutela, si no la quieren, y los jueces mientras ejercen la judicatura; á todos los cuales se exime del cargo referido, si se verifica la excusa ántes de aceptarlo, mas no despues de aceptado: los maestros públicos de gramática, retórica, filosofía, teología, jurisprudencia ú otra facultad, que se hallen en actual ejercicio en su patria ó fuera de ella: \*los caballeros ó soldados que estan en actual servicio<sup>5</sup> (b); y los recién casados desde el día que contrajeron matrimonio hasta cuatro años despues<sup>6</sup> (c). Por *impotencia* se puede excusar igualmente el que tiene tres tutelas; pero es-

1 L. Si tutor. post pubertatem. 13. ff. De tutel. et ration. distrahend. Gutier. dicho cap. 19. n. 12.

2 L. Lucius. § Paulus. ff. De administrat. tutor. Gutier. cap. 19. cit. n. 2.

3 L. Si quis tutor. ff. Quando appellandum sit. Gutier. part. 1. De tutel. cap. 1. n. 21.

4 L. 2. tit. 17. part. 6.

(a) Berni en la ley cit. advierte, que hoy conforme á la ley 14. tit. 1. lib. 5. R. ó 7. tit. 2. lib. 10. N., serán necesarios seis hijos varones vivos para excusarse de la tutela; continuándose el privilegio, como dice dicha ley, aunque falte alguno de los hijos.—E.

5 LL. 2 y 3. tit. 17. part. 6.

(b) Por derecho de las Partidas (L. 14 t. 16 p. 6 y Greg. Lopez en la gl. 1 de la 3 t. 17 id.) los soldados en actual servicio estaban excusados necesariamente, ó imposibilitados para ser tutores. Hoy tanto los vivos como los retirados tienen excusa voluntaria; pues como dicen los arts. 3 y 6 tit. 1. trat. 8. Orden. del exerc. ó ley 14 t. 4 l. 6 N., no podrán ser

unos y otros apremiados á tener tutelas contra su voluntad. Acerca de los milicianos activos está dispuesto lo mismo en el art. 1. tit. 7 de su respectiva ordenanza, inserto en la l. 12. del tit. y lib. al N.—E.

(6) L. 14. tit. 1. lib. 5. R. ó 7. tit. 2 l. 10. N.

(c) Sobre esta excusa decía Febrero lo siguiente: „Aunque el recién casado se excusa de su aceptación (habla de la tutela) preterendo que dentro del año nupcial lo liberta de ella una ley del Antiguo Testamento (Deut. cap. 24.), no se le debe admitir esta excusa; „porque los preceptos judiciales y ceremoniales de la ley escrita, que no son relativos á la moral, estan abolidos por la gracia y no tienen actualmente fuerza de leyes: y así es, „to se observará solamente donde estuviere recibida por costumbre (cap. fin. Distinct. 6. „Parlad. differ. 91. n. fin). Parece pues que el autor no tuvo presente la ley de Recopilacion citada, que declara libres de toda carga y oficio concejil á los casados en los cuatro primeros años del matrimonio; y en con-

ta excepcion ó excusa no aprovecha al padre para no admitir la de su hijo<sup>1</sup>, y así aunque tenga las tres, puede ser compelido á su admision, ni al que tiene dos tutelas y una curaduria de bienes juntamente, le puede eximir de la cuarta tutela ó curaduria<sup>2</sup>: 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<sup>3</sup>; 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, ántes sí 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<sup>4</sup>, ni para dejar de gozar del beneficio de restitucion, si es perjudicado: bien que en el día, segun 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 de edad<sup>5</sup>; lo que no podrá hacer siendo soltero, porque necesita tener veinte el varon y diez ocho la hembra, y obtener la habilitacion, precediendo los requisitos necesarios, como se dijo ya. Debe excusarse de la curaduria el que despues de contraido matrimonio es dado por curador de su nuera, á fin de evitar incurir en infamia, si administra mal, y es condenado por esto en juicio<sup>6</sup> (\*).

7. Para que unos y otros sean relevados, y no compelidos á aceptar el oficio y cargo de tutores y curadores, deben ántes de su aceptación 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<sup>7</sup> (\*\*)), y por consi-

formidad á la cual han sentado la misma doctrina que nosotros, Berni en la ley 2. tit. 17. p. 6. Sala y Alvarez en los respectivos títulos de sus instituciones. Parlad. dice en efecto lo mismo que Febrero; pero debe advertirse que esa ley se expidió en el año de 1624, en cuya fecha hacia ya mucho tiempo que aquel habia escrito, como se colige de la noticia biográfica que acerca de él nos da Franckenan en su *Sarra Themidis hispanae arcana*, Sect. 5. n. 14

1 LL. Amicissimos. § Lucius. ff. De excusat. tutor.

2 L. 1. Cod. Qui numero tutelar. Gutier. De tutel. part. 3 cap. 17. n. 10.

3 L. 2. tit. 17. part. 6.

4 Parlad. lib. 1. R. Q. cap. 12. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 15. part. 2. Rodrig. Surr. en la 9. tit. 11. lib. 1. del Fuero. Gu.

TOM. I.

tier. De tutel. part. 1. cap. 20. n. 34.

5 L. 14. tit. 1. lib. 5. R. ó 7. tit. 2. lib. 10. N.

6 L. Licet. 17. Cod. De excusat. tutor. Gutier. dict. cap. 20. n. 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.

7 L. 4. tit. 17. part. 6. Greg. Lop. en ella gl. 1.

\*\* Real orden de 20 de enero de 1801, circulada en 20 de febrero del mismo año. „Para que la legua corresponda próximamente

guiente las cien componen treinta y tres y un tercio), y excediendo de ellas la distancia, tienen de termino un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de ellos. \*Estas son las disposiciones de la ley, idénticas con las del derecho romano, cuyos interpretes dicen que en este último caso debe hacerse la computacion de modo que el que está á una distancia que exceda de las cien millas, no tenga ménos de los cincuenta dias, como podrá suceder; y entonces seria de peor condicion que el mas cercano: y aunque ni Lopez ni Gutierrez traen esta doctrina, ella es tan conforme á la equidad, que podrá seguirse en la práctica \*. El expediente acerca de la admission de excusa se debe determinar dentro de quatro meses contados desde el dia en que se principi6 el término; \*aunque Alvarez quiere que se cuenten desde el dia que comenzó el artículo<sup>2</sup>, \*y sustantarse 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; \*pero si el tribunal de apelacion la confirmare, y los bienes del huérfano ó menor hubieren padecido menoscabo, á consecuencia de haber estado abandonados todo el tiempo del juicio, deberá resarcirlo el tutor ó curador<sup>3</sup>. \* No excusándose dentro de dicho término, es visto haber aceptado el cargo<sup>4</sup>. Débese ademas 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; 2.º que para eximirse del cargo, tampoco aprovecha la de no hallar quien le fie, á ménos que con ella concurren circunstancias que lo acrediten<sup>5</sup>; y 3.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 lo admitiese, mas no si aparece que no fué hecho con este motivo, y que por consecuencia no es inherente el cargo de tal<sup>6</sup>.

te 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. L. 5. tit. 9. lib. 9. N.

1 Sala *Ilust. al der.* lib. 1. tit. 7. n. 31.

2 *Instit.* lib. 1. tit. 25.

3 L. 8. vers. *Mas si fuese escogido*: tit. 23. part. 3.

4 L. 4. tit. 17. part. 6. Gutier. part. 1. *De tutel.* cap. 21. n. 33 y 34.

5 L. *Cajus ff. De excusat. tutor.* Gutier. dicho cap. 21. n. 35.

6 Gutier. cap. 21. cit. n. 36.

7 Gutier. part. 1. *De tutel.* cap. 22.

## CAPITULO V.

*De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion.*

- |   |   |
|---|---|
| <p>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.</p> <p>2 No corresponde décima al curador de los bienes del ausente, cautivo ni difunto, como tampoco á otros que se designan.</p> <p>3 La décima se entiende de los frutos de todos los bienes, ya existan en los países donde les está concedida, ya en territorio donde segun las leyes allí vigentes es gratuita la administracion.</p> <p>4 La décima se entiende así de los frutos naturales como de los industriales y civiles.</p> <p>5 No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor.</p> | <p>6 Si estando maduros en el campo los frutos, acabase la tutela ó curaduría, pueden el tutor y curador prohibir al menor que se los lleve sin intervencion suya por la parte que en ellos les corresponde.</p> <p>7 De la décima no deben deducirse los gastos que el tutor ó curador haga en la administracion de los bienes del menor.</p> <p>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.</p> <p>9 Para la computacion de la décima no han de bajarse las cargas anuales con que están gravados los bienes del menor.</p> |
|---|---|

*Escrituras correspondientes á este titulo.*

- |  |   |
|--|---|
| <p>1.ª Forma de extender los autos de tutela y curaduría.</p> <p>2.ª Notificacion, aceptacion y juramento del curador.</p> | <p>3.ª Discernimiento de la tutela y curaduría.</p> |
|--|---|

**S**egun 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<sup>1</sup>. No solo pueden llevarla la madre, hermanos y demas consanguíneos del pupilo ó púbero, y los extraños, sino tambien su padre, cuando es su tutor y administra bienes de él, de los que no le concede su usufruto 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 electo de la patria potestad, pues en este caso hace suyo el usufruto de sus b.e.

1 L. *Qui fundum § Si tutor.* ff. *De usucap.* LL. 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real. Gutier. *De*

*tutel.* part. 3. cap. 14. n. 18. y sig. Baez. *De decim. tutor.* cap. 1. Parlad. difter. 130. § 11. n. 8.



guiente las cien componen treinta y tres y un tercio), y excediendo de ellas la distancia, tienen de termino un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de ellos. \*Estas son las disposiciones de la ley, idénticas con las del derecho romano, cuyos interpretes dicen que en este último caso debe hacerse la computacion de modo que el que está á una distancia que exceda de las cien millas, no tenga ménos de los cincuenta dias, como podrá suceder; y entonces seria de peor condicion que el mas cercano: y aunque ni Lopez ni Gutierrez traen esta doctrina, ella es tan conforme á la equidad, que podrá seguirse en la práctica \*. El expediente acerca de la admission de excusa se debe determinar dentro de quatro meses contados desde el dia en que se principió el término; \*aunque Alvarez quiere que se cuenten desde el dia que comenzó el artículo<sup>2</sup>, \*y sustantarse 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; \*pero si el tribunal de apelacion la confirmare, y los bienes del huérfano ó menor hubieren padecido menoscabo, á consecuencia de haber estado abandonados todo el tiempo del juicio, deberá resarcirlo el tutor ó curador<sup>3</sup>. \* No excusándose dentro de dicho término, es visto haber aceptado el cargo<sup>4</sup>. Débese ademas 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; 2.º que para eximirse del cargo, tampoco aprovecha la de no hallar quien le fie, á ménos que con ella concurren circunstancias que lo acrediten<sup>5</sup>; y 3.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 lo admitiese, mas no si aparece que no fué hecho con este motivo, y que por consecuencia no es inherente el cargo de tal<sup>6</sup>.

te 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. L. 5. tit. 9. lib. 9. N.

1 Sala *Ilust. al der.* lib. 1. tit. 7. n. 31.

2 *Instit.* lib. 1. tit. 25.

3 L. 8. vers. *Mas si fuese escogido*: tit. 23. part. 3.

4 L. 4. tit. 17. part. 6. Gutier. part. 1. *De tutel.* cap. 21. n. 33 y 34.

5 L. *Cajus ff. De excusat. tutor.* Gutier. dicho cap. 21. n. 35.

6 Gutier. cap. 21. cit. n. 36.

7 Gutier. part. 1. *De tutel.* cap. 22.

## CAPITULO V.

*De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion.*

- |   |   |
|---|---|
| <p>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.</p> <p>2 No corresponde décima al curador de los bienes del ausente, cautivo ni difunto, como tampoco á otros que se designan.</p> <p>3 La décima se entiende de los frutos de todos los bienes, ya existan en los países donde les está concedida, ya en territorio donde segun las leyes allí vigentes es gratuita la administracion.</p> <p>4 La décima se entiende así de los frutos naturales como de los industriales y civiles.</p> <p>5 No debe exigirse décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor.</p> | <p>6 Si estando maduros en el campo los frutos, acabase la tutela ó curaduría, pueden el tutor y curador prohibir al menor que se los lleve sin intervencion suya por la parte que en ellos les corresponde.</p> <p>7 De la décima no deben deducirse los gastos que el tutor ó curador haga en la administracion de los bienes del menor.</p> <p>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.</p> <p>9 Para la computacion de la décima no han de bajarse las cargas anuales con que están gravados los bienes del menor.</p> |
|---|---|

*Escrituras correspondientes á este titulo.*

- |  |   |
|--|---|
| <p>1.ª Forma de extender los autos de tutela y curaduría.</p> <p>2.ª Notificacion, aceptacion y juramento del curador.</p> | <p>3.ª Discernimiento de la tutela y curaduría.</p> |
|--|---|

**S**egun 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<sup>1</sup>. No solo pueden llevarla la madre, hermanos y demas consanguíneos del pupilo ó púbero, y los extraños, sino tambien su padre, cuando es su tutor y administra bienes de él, de los que no le concede su usufruto 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 electo de la patria potestad, pues en este caso hace suyo el usufruto de sus b.e.

1 L. *Qui fundum § Si tutor.* ff. *De usucap.* LL. 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real. Gutier. *De*

*tutel.* part. 3. cap. 14. n. 18. y sig. Baez. *De decim. tutor.* cap. 1. Parlad. difter. 130. § 11. n. 8.

nes adventicios: por cuyas razones no debe ser de peor condicion que ellos<sup>1</sup>, sin embargo de las que expone Baeza<sup>2</sup> 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>; y el hijo nombrado curador de su padre ó madre furiosos<sup>5</sup>: 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 curador de bienes del ausente, cautivo ni difunto, porque se equipara al procurador, al cual no se debe, y así á este se asigna un salario moderado y proporeionado á su trabajo<sup>6</sup>; 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 expensas 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<sup>7</sup>. En cuanto á si se debe ó no al tutor putativo, al honorario y al que no administra, véanse los autores que cito<sup>8</sup>.

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 paises 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 aquí por razon de la

1 Gutier. *De tutel.* part. 3. cap. 4. n. 6 al 8.

2 *De decim. tutor.* cap. 4. n. 10 y sig.

3 Gutier. part. 3. dicho cap. 42. n. 2. Baez. *De decim.* caps. 13 y 33. n. 7. al 13.

4 Escobar. *De ratiocin.* cap. 28. n. 4. al 9., n. 15 al 18. y n. 29 al 36. Gutier. part. 3. y cap. 3. n. 9. y sig. y cap. 17. n. 16. Baez. *De decim.* caps. 3, 4 y 5. y cap. 16. n. 27 al 39.

5 Baez. cap. 4. dicho, n. 31 y sig. Gutier. part. 3. cap. 4. n. 9. al 11.

6 Lara *Compendium vitae homin.* cap. 1. n. 20 y cap. 19. n. 74. Gutier. part. 3.

7 *De tutel.* caps. 11, 17 y 21. Baez. ibi cap. 10. n. 9. y fin. y cap. 16. n. 1. al 26. Escobar. ibi n. 37 y 38.

8 Gutier. part. 3. dicho, cap. 18. Escobar. cap. 28. cit. ns. 14, 24, 25 y 41. Baez. cap. 17. ex n. 5.

9 Baez. *De decim.* cap. 6. n. 12 y 13. Escobar. *De ratiocin.* cap. 28. Gutier. *De tutel.* part. 3. caps. 6, 8 y 13.

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<sup>1</sup>. Lo cual procede, ya los fundos patrimoniales den fruto una vez solamente al año, ó dos ó mas; pues de todos pueden exigir por sí 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 así en todo debe obrar su concesion<sup>2</sup>; 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<sup>3</sup>; y lo segundo, porque á nadie se debe privar del derecho que le compete, sin que preste su beneplácito y consentimiento<sup>4</sup>, ni obligar á que trabaje sin premio ó recompensa siendo digno de él<sup>5</sup>; 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<sup>6</sup>.

4. No se limita la décima referida á los frutos naturales producidos 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

1 L. *Rescripto* al fin. ff. *De munerib. et honorib.* Baez. *De decim.* cap. 34. n. 7 al 9. Gutier. part. 3. cap. 44. n. 1 al 3. *De tutel.*

2 Baez. ibi cap. 30. n. 7. al 14. Gutier. dicha part. 3. cap. 38.

3 Authent. *De nupt.* cap. *Si autem.* 33. al

fin. collat. 4.

4 L. 13. tit. 34. part. 7. ley *Id quod nostrum.* ff. *De regul. jur.* Gutier. part. 3. cap. 5. n. 59. Baez. ibi cap. 5. n. 47.

5 Luc. cap. 10. Deuteronom. cap. 25. Apost. 1. ad corinth.

6 Gutier. dicha part. 3. cap. 16. n. 4. al 14.

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<sup>1</sup>; y ademas de esto, porque siendo como es el hombre criatura hecha á imágen y semejanza del Criador<sup>2</sup>, seria oprobio el incluirlo y contarle en el número de los brutos<sup>3</sup>: 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 usufrutuarios y por título lucrativo, sino como acreedores por el oneroso, que es su trabajo; y así 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 lo es, sino trabajo personal suyo<sup>4</sup>: de los réditos ilícitos<sup>5</sup>, ni de los frutos del beneficio ó capellanía eclesiástica que goza<sup>6</sup>; 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<sup>7</sup>. 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 integral de las fincas que los producen; pero percibirán á prorata segun su trabajo; porque aunque se llaman y parece son parte de ellas, esto se entiende hablando impropriadamente. Lo mismo procede con los frutos naturales que estaban pendientes y mostrados al tiempo que la tutela ó curaduría<sup>8</sup> espiraron, si aquellos se cogieron despues de acabada, y solo se prorateará segun su trabajo, deducidas todas las expensas, incluso las de recoleccion; porque por este premio merecen, y es justo dárselo, y el mismo prorateo se hará cuando mueren ántes 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 resultas de la tutela y curaduría, se quede sin remun-

1 L. *In pecudum*, y ley *Itaque*. fin. ff. *De usur.* Baez. ibi cap. 23. ns. 4. y 9. al 25. y cap. 24. ns. 9 y 10. Gutier. dicho cap. 30. per tot.  
2 L. *Justissime*. ff. *De aedilit. act.*  
3 L. 23. tit. 31. part. 3  
4 Baez. *De decim.* cap. 24. n. 4. al 11. y n. 1.º hast. el fin. Gutier. part. 3. *De tutel.* cap. 25 y 30.

5 Gutier. ibi cap. 31.

6 Baez. dicho cap. 24. n. 1. al 3. Gutier. cap. 32.

7 Periad. diff. 130. § 11. ns. 5. y 6.

8 Covar. lib. 1. *Var.* c. p. 15. n. 1. Escob. *De ratiocin.* cap. 3. n. 22. al 26. Gutier. dicha part. 3. cap. 36. n. 23. y fin. y cap. 41.

neracion su trabajo, por el mero y accidental acaso de acabarse la tutela ó morir ántes 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 líquido 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, atendiendo 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<sup>1</sup>.

6. Si estando maduros en el campo y separados ó no del suelo los frutos espirare la tutela, puede el tutor prohibir al menor ó curador de este, que los lleven y se cojan sin su intervencion<sup>2</sup>; 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<sup>3</sup>. Advertio 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<sup>4</sup>; pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles ha de ser observando las solemnidades que en la venta de los menores se requieren, y de otra suerte no valdrá<sup>5</sup>, porque la dacion en pago se estima por venta, y se subroga en su lugar<sup>6</sup>. Y lo segundo, que la décima se ha de pagar en los mismos frutos, pues no basta ofrecer su estimacion, si existen<sup>7</sup>, 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<sup>8</sup>.

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

1 Gutier. *De tutel.* part. 3. caps. 25 y 27. Baez. *De decim.* cap. 25.

2 L. 2. Cod. *Quando et quibus quarta pars debent.*

3 L. 1. § *Præterea*. ff. *De contrar. et utili action. tut.* Baez. cap. 31. *De decim.* Gutier. part. 3. dicho cap. 39.

4 L. *Quoties*. § *Sicut*. ff. *De administr. tutor.*

5 L. *Magis puto*. ff. *De rebus cor.* ley 5;

*praedium. Cod. de praediis minor.*

6 L. *Si praedium. Cod. De evictor.*

7 Baez. *De decim.* cap. 32. n. 2. al 16. Gutier. part. 3. *De tutel.* cap. 40. n. 3.

8 Dicha ley 2. Cod. *Quando et quibus quarta pars.* Gutier. cap. 40. cit. n. fin. Baez. dicho cap. 32. n. 7. Escob. *De ratiocin.* cap. 30. n. 1. al 7.

de su menor, porque de deducirse ó compensarse con ella las pagarían de su propio trabajo, y no la percibirían íntegra; lo que no manda ninguna ley, antes bien la del Fuero Juzgo citada, prosiguiendo dice: *E si algunas despensas fuer por los negocios de lo so por los hermanos, móstrelo ante el juez, ó cóbrelo 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<sup>1</sup>; y los frutos se entienden de lo que sobra, deducidos previamente los gastos<sup>2</sup>. 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 sujeto ó sujetos de quienes se valieron para la administracion, pues debón pagarles su trabajo de su décima, ó practicarlo por sí; porque de lo contrario seria gravado injustamente con ellas el menor<sup>3</sup>: ni tampoco los gastos de caballería y alimentos de sus personas hechos en ir léjos 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<sup>4</sup>.

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 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 solo 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<sup>5</sup>; y haciendo de este modo

1 Baez. dicho cap. 21. n. 15 al 25 y cap. 29. n. 1. al 6.

2 L. *Fructus*. ff. *solut. matrim.* ley 1. Cod. *De fruct. et litis. expens.* y ley *Quod in fructus*. 46. ff. *De usur.* Gutier. part. 3. dicha, cap. 37. n. 2 al 4.

3 L. *Nesennius*. ff. *De negot. gest.* Baez. di-

cho cap. 21. ns. 26 y 27.

4 L. 1. § *Si pupillus*, y § *Item sumptus*. ff. *De tutel. et ration.* Parlad. differ. 130.

§ 11. n. fin. Garcia *De expens.* cap. 20. n. 15. Gutier. part. 3. dicha, cap. 2. n. ult.

5 L. *Si a parte*. § *penult.* ff. *De haereditat. petit.* Gutier. dicha part. 3. cap. 37. E

la deduccion, contribuyen ambos á prorata, como que el uno pone el capital y el otro su trabajo. En los artefactos industriales, como la ferrería, que en el párrafo 5º 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 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, ó por lo ménos á su conservacion; y de no deducirse ántes, 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 íntegros, en lo que se le irrogaba detrimento: lo propio milita cuando el tutor acredita que lo suplió y fué necesario, y que no se halla 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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>; y de practicarse esta deduccion se seguia que el tutor ó curador contribuia 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 sí<sup>3</sup>, 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 lo 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<sup>4</sup>; y la del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos, sin hablar de cargas. Lo segundo,

*mandans que tomen el diezmo del fructo,* dice la ley 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo.—E.

1 Garcia *De expens.* cap. 11. n. 16 y cap. 20. n. 23. Gutier. dicha part. 3. cap. 1. n. 157. Baez. cap. 21. cit. n. 28.

TOM. I.

2 Gutier. dicho cap. 37. n. 6. Menoch. cons. 64. n. 32. lib. 1. Paris cons. 94. n. 25 lib. 2.

3 Baez. *De decima tutor.* cap. 27. n. 9 y sig. y Gutier. *De tutel.* part. 3. cap. 34.

4 L. *Quod in fructibus*. ff. *De usur.*

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<sup>1</sup>. Lo tercero, porque el tutor respecto de la décima se asemeja al usufrutuario, el cual percibe íntegramente los frutos de la finca sin deducción de cargas, porque no le toca su solución sino al dueño<sup>2</sup>. 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 él 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<sup>3</sup>. 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 administracion y las pagaria como obligado, por ser inseparables de los mismos bienes mientras no se liberten: y pues no lo tiene, ántes bien el tutor trabaja por él y merece compensacion 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, exaccion 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<sup>4</sup>: pues en este caso se deducirá la cuota ántes 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 más que el trabajo de administrar, ni por consiguiente igual responsabilidad y cuidado de persona alguna; excepto que en la asignacion de la décima ó en el poder, se le concede 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<sup>5</sup>.

1 L. final. ff. De calumn. y cap. 2 De trans. lat. praelat.

2 L. Qui concubinam. §. Qui artes. ff. De legatis. 3.

3 Clementin. Exivi de Paradis.

4 Escobar. De ratiocin. cap. 30. n. 20.

Sobre todo lo explicado véase á Baeza B. décima tutori jure hispanico praestanda. Gutier. De tutel. part. 3. y á Escobar De ratiocin. cap. 27. hasta el 30, ambos inclusos.

*Escrituras.*

I. FORMA DE EXTENDER LOS AUTOS DE TUTELA Y CURADURIA DE BIENES.

PEDIMENTO.

María Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fué de esta villa, ante vd. como mas haya lugar, digo: que el expresado mi marido falleció tal dia, bajo del testamento que otorgó ante F., escribano nacional y público, 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, segun se acredita del testimonio que presento: en cuya atencion, á vd. 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 relevacion, 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 relevacion 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: notifíquesele acepte, jure y se obligue, y hecho se traiga para discernirla el cargo. El señor Don F. juez de esta villa de tal lo mandó, á tantos &c.—Media firma del juez.

2. 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 ne-

cesiten promover con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion y acierto tomará parecer y consejos de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele, á fin de que ningun daño se irroge 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 juez que es y tuere 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 (a).

*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 Velejano, 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 propio como principal, siéndolo realmente: lo cual advierto al escribano para que no incurra en errores, como hasta ahora lo han hecho todos.

(a) La fórmula de esta diligencia la trae la ley 95. t. 18. p. 3. y en conformidad á ella y á lo dicho en el n. 5. del cap. 1. de este titulo, han de ponerse otras dos cláusulas, que por olvido sin duda omitió el autor, á saber: promesa jurada

de no pasar la madre á segundas nupcias mientras tuviere en su guarda á los hijos, y renuncia de las leyes que la prohiben obligarse por otro, ó el beneficio del Senadoconsulto Velejano.—E.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, el Sr. D. F., juez &c., habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: discernia y discierne á María 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 arrendamiento, 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 estabilidades 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 esponga y aclare hasta que queden sin el mas leve: para que perciba y cobre del erario público y de sus tesoreros y demas personas, todas las cantidades de pesos, aceites, vinos, 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, herecias, cesiones, lastos, y por otra cualquier causa, motivo ó razon, sin reservacion ni limitacion, aunque aquí 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 sucesivo se les otrezcan con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo autores ó demandados, á cuyo fin comparezca 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 tes-

tigos, 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 colitigantes: tache y contradiga todo lo que por estos se presentare, dijere y alegare: concluya, oiga actos y sentencias interlocutorias y definitivas, consenta las favorables, y apele y suplique de las gravosas y perjudiciales: gane 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 cuanto solicite á beneficio de los enunciados menores, y ejecutoria con ejecucion de ella y las que estos, si fueren 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 anexo, le confiere el prenotado señor juez 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 cuanto practique por sí ó por medio de sus apoderados y sustitutos en utilidad de los nominados sus hijos: interpone su señoría la autoridad de su oficio cuanto puede y ha 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 estos autos se protocolicen en los registros de mí el presente escribano, y lo firma, de que doy fe.—Firma entera del juez.

*Nota.* El discernimiento de la 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 así 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. g. en la particion de bienes hereditarios, ó en los de cuentas de su encargo y mala versacion de él, si no hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes, pues entónces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y co-

litigante 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. g. 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.

#### NOTA DEL EDITOR.

*A continuacion de este título habia colocado el autor el De los oficios públicos y de las renunciaciones de ellos; en cuyo primer capítulo se trataba De los oficios públicos enagenables; y en el segundo De los oficios concejiles ó de república. La doctrina de aquel que antiguamente era de mucho uso, por el gran número de oficios vendibles y renunciables que se conocian, hoy solamente podrá aplicarse á los de escribano que es el mas interesante de los que subsisten; y por tanto la hemos reservado para poner de ella lo necesario por via de apéndice, al capítulo en que se hable de estos. Lo que decia el autor en el otro de dichos capítulos es absolutamente inadaptable á nuestro estado político; y siendo ademas su materia correspondiente al derecho público mas bien que al privado, lo hemos suprimido del todo, sin sustituir, por ese motivo, lo que pudiera decirse conforme á nuestro derecho. El título 6.º que hablaba De escribanos é instrumentos públicos se ha reservado, para tratar de ambos puntos con mas oportunidad en su respectivo lugar en el tratado de Juicios.*

## LIBRO SEGUNDO.

## DE LAS COSAS.

## TITULO PRIMERO.

DIVISION GENERAL DE LAS COSAS, DEL DOMINIO Y DE LAS  
SERVIDUMBRES.

## CAPITULO PRIMERO.

## De las cosas y sus diversas especies.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Definición de las cosas.   | 17* Del arrendamiento de las fincas y ramos de propios.*  |
| 2 Primera división de ellas en de derecho divino y humano, *y subdivisión de las de derecho divino.* | 18* De la inversión de sus fondos.*   |
| 3* De las cosas sagradas, y en la nota disposiciones legales sobre cementerios.*                     | 19* Reparación de las fincas de propios.*   |
| 4* De las eclesiásticas.*  | 20* El fondo de propios está sujeto á las contribuciones, pero no el de arbitrios.*   |
| 5* De las religiosas.*   | 21* Empleo del sobrante de estos fondos.*   |
| 6* De las sanctas.*  | 22* De la redención y paga de réditos de los censos sobre propios y arbitrios.*   |
| 7* Subdivisión de las cosas de derecho humano.*  | 23* Formación de cuentas.*  |
| 8* De las cosas comunes, y primeramente del mar.*  | 24* Disposiciones particulares acerca de los pleitos sobre propios y arbitrios.*  |
| 9* De la ribera del mar.*  | 25* De las cosas de ciudad ó villa comunes á todos sus vecinos, de los egidos, y del fundo legal de los pueblos de indios.* |
| 10* De las cosas públicas, y primeramente de las reservadas para los gastos del estado.*             | 26* De los montes, pastos y aguas.*   |
| 11* De las cosas públicas de uso común, y primeramente de los rios.*                                 | 27* Los que no sean vecinos no pueden usar de los montes y pastos, excepto los conductores y arrieros.*                     |
| 12* De la ribera del rio.*   | 28* ¿A cargo de quién está el cuidado de los montes y plantíos del común? y disposiciones para su conservación.*            |
| 13* De las cosas de universidad y su división.*  | 29 Disposiciones acerca de pastos y   |
| 14 ¿Qué son propios, y qué se entiende por arbitrios?  |   |
| 15 ¿A cargo de quién está el ramo de propios y arbitrios?  |   |
| 16 Cargos que abraza la administración de unos y otros.  |   |

- prescripción de estos.
- 30 ¿Como se entiende concedido el derecho de pastos á los pueblos y particulares?
- 31\* Derecho de prevención que debe observarse en el uso de las cosas comunes, que no pueden servir á muchos á un tiempo.\*
- 32\* Idea de los pósitos.\*
- 33\* De las cosas de cada uno.\*
- 34\* Segunda división de las cosas en corporales é incorporales.\*
- 35\* Subdivisión de aquellas en muebles y raíces.\*
- 36\* ¿A cuál de los dos miembros de esta subdivisión deberán referirse los derechos y acciones, y los réditos ó pensiones anuales?\*

1. Concluido el primer objeto de la jurisprudencia, á saber, los derechos de las personas, siguese el segundo, esto es, los derechos de las cosas; pero ántes es preciso explicar qué se entiende por cosa, y exponer sus varias divisiones. Los jurisconsultos distinguen las palabras *cosa* y *bienes*, tomando aquella latamente y esta en un sentido mas estricto. Se llama *cosa* todo lo que existe y puede traer al hombre alguna utilidad, ya esté en su patrimonio ó fuera de él. Así por ejemplo, el agua, el aire, el mar son cosas, aunque no estan en el patrimonio de nadie; al contrario, las que forman nuestro patrimonio se llaman *bienes* (en latin *pecunia*)<sup>1</sup>; de suerte que bajo esta palabra, no solo comprenden los jurisconsultos el dinero, sino todo lo que compone el caudal del hombre, como rebaños, campos, predios, &c. (a)

2. Ahora se entenderá facilmente la primera división (b) de las cosas, reducida á que unas son de *derecho divino* y otras de *derecho humano*<sup>2</sup>. Las unas son las que por decirlo así se han preservado del dominio y comercio de los hombres, y atribuido y dedicado á Dios<sup>3</sup> ó á otros usos de la Iglesia. Estas aunque no estan en el patrimonio de alguno, sin embargo, como existen y son de utilidad á los mismos hombres, se llaman cosas. Las de derecho humano son las que estan en el dominio y comercio de los hombres, como las casas, campos, bestias y otras varias. De las cosas de derecho divino, unas lo son verdaderamente, y otras solo *cuasi* ó *en cierto modo*. A la primera clase pertenecen las *sagradas, las eclesiásticas* y las *religiosas*, y á la segunda las *sanctas*<sup>4</sup>.

1 L. 5. ff. de V. S.

(a) Así en las XII tablas se decía: „Pater familias uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto;” y S. Agustín (*De doctrina christiana*, cap. 6.) dice: „Quidquid homines possident, quorum domini sunt, pecunia vocatur, servus sit, vas, ager, arbor, pecus; quidquid hominum est, pecunia vocatur.” La razón de esta denominación jurídica, es porque la mayor parte de las riquezas de los antiguos consistía en rebaños y bestias de carga; derivándose de la voz latina *pecudes* muchos vocablos que signi-

fican riqueza ó hacen alusión á ella, como *pecunia, peculium, peculatus* &c.—E.

(b) Debe observarse con Domat, que la clasificación de las cosas, así como la de las personas, dimana ó de la naturaleza ó de las leyes civiles; y por lo mismo que es ó natural ó civil.—E.

2 L. 1. ff. De rer. divis.

3 L. 12. tit. 28. part. 3.

4 Merzenfeldt *Exegesis ad Institut. Justin.* lib. 2. tit. 1. sect. 1. § 2.



3. \*Sagradas cosas segun la ley<sup>1</sup>, son aquellas que consagran los obispos; y en seguida se ponen por ejemplo las iglesias ó templos, los altares, las cruces, los cálices, los incensarios, los vestidos ó paramentos, los libros y demas objetos establecidos para el servicio de la Iglesia; porque son fechos, como se expresa otra<sup>2</sup>, para servicio de Dios, é son sagradas en sí mismas, por las obras que con ellas facen; é aun sin todo esso las mas dellas consagran los obispos. Antonio Gomez dice<sup>3</sup>, que son cosas sagradas las custodias, los cálices, las aras, los vestidos y otras semejantes; pero no las que solo pertenecen al ornato y culto divino, como las vinageras y lienzo ó frontales con que se cubren los altares; y respecto de las cruces advierte, que son sagradas en cuanto á la representacion, pues son figura de la en que murió Jesucristo; mas no por su materia, porque esta no está bendita ni consagrada por el obispo ó prelado; cuya distincion creemos podrá aplicarse á las imágenes de Dios y los santos, y á los libros de la Sagrada Escritura, los cuales lo son en su contenido, no en su materia. Son asimismo cosas sagradas las personas de los eclesiásticos seculares ó regulares de ambos sexos, por las órdenes que tienen unos y religion que profesan los otros<sup>4</sup>; las campanas que ántes de colocarse en el campanario se consagran y ungen<sup>5</sup>; las reliquias de los santos<sup>6</sup>; y por último los cementerios en donde se sepultan los cadáveres de los fieles que han muerto en la comunión de la Iglesia católica, pues se consagran y bendicen solemnemente para ese uso piadoso<sup>7</sup>. \* (a)

1 L. 13. tit. 28. part. 3.

2 L. 1. tit. 18. part. 1.

3 Var. tom. 3. cap. 5. n. 11.

4 Cit. ley 18.

5 Merzenfeldt lug. cit.

6 Lancelloto *Instit. can.* lib. 2. tit. 17.

7 Cap. 7. *De consecrat. eccles.* y en el Gonzalez, arg. de la ley 3. tit. 18. part. 2. Lancelloto lug. cit.

(a) En atencion al daño que causa á la salubridad pública la práctica de sepultar los cadáveres en las iglesias y lugares poblados, se mandaron, en decreto de 1. de noviembre de 1813, poner en exacta observancia donde no lo estuvieren, las leyes de nuestros códigos que prohiben los enterramientos dentro de poblado bajo ningun pretexto; previniéndose que cualquiera autoridad, sin distincion de clase, que intentare entorpecer tan urgente y saludable disposicion, seria personalmente responsable, y se le haria efectiva la responsabilidad conforme á las leyes. Las disposiciones de los cuerpos legales mas interesantes sobre esta materia, son las leyes del tit. 3. lib. 1. del Suplem. á la N.; de las que la 1. manda que se construyan los cementerios fuera de las poblaciones, y á la distancia conveniente de estas en pa-

rases bien ventilados, y cuyo terreno por su calidad sea el mas á propósito para absorber los miasmas pútridos, y facilitar la pronta consuncion ó desecacion de los cadáveres, evitando el mas remoto riesgo de filtracion ó comunicacion con las aguas potables del vecindario; teniéndose presente en primer lugar, que los cementerios deberán estar cercados en la altura que sea suficiente, para impedir que puedan entrar en ellos personas ó bestias, capaces de causar alguna profanacion opuesta al honor con que deben ser tratados los cadáveres, pero descubiertos en la parte en que se han de hacer los enterramientos; y en segundo, que su recinto debe ser de tal extension, que no solo puedan enterrarse los cadáveres que resulten en un año comun deducido de un quinquenio, y calculado de manera que colocándose dos cadáveres en cada sepultura, pueda dársele el tiempo de tres años para consuncion ó desecacion, sino que quede además algun terreno sobrante para circunstancias extraordinarias; añadiéndose, que para que se guarde el honor debido á los sacerdotes, y para que conforme al espíritu de la Iglesia no se confundan con los demas los cadáveres de los párvulos, se destinen sepulturas privadas,

4. \*Cosas eclesiásticas se llaman aquellos bienes que estan destinados para sufragar los gastos del culto, y para el sustento y manutencion de los ministros<sup>1</sup>; debiendo emplearse en obras de piedad lo que sobrare despues de cubiertos estos objetos<sup>2</sup>. Se distinguen de las sagradas, en que no estan como estas consagradas, ni dedicadas inmediatamente á los usos divinos<sup>3</sup>; pero como redituan para sostener á los sacerdotes y el culto de los templos, se consideran mediatemente destinadas al servicio de Dios, y por lo mismo de derecho divino<sup>4</sup>. La enagenacion de las cosas sagradas y eclesiásticas está por lo general prohibida<sup>5</sup>, si no es en ciertos casos y con varias formalidades que explicaremos en otra parte<sup>6</sup>. Los bienes que tenian adquiridos las iglesias hasta el año de 1786 estan exentos de tributos públicos, y asimismo los que posteriormente han ido adquiriendo con destino á primeras fundaciones, pero no los demas<sup>7</sup>. Los bienes raices de las iglesias no se prescriben sino por el espacio de cuarenta años, y los de la romana por el de ciento<sup>8</sup>. \*

\* 5. Religioso era antiguamente, segun la ley de Partida<sup>9</sup>, aquel lugar ó es soterrado algun om̄o, quier sea libre, quier siervo, si es soterrado para nunca mudarlo ende, é si yaze y todo el cuerpo, ó á lo ménos la cabeza; pero ya no se sepultan los cadáveres si no es en los cementerios públicos, los cuales estando como se ha dicho, con-

ó unos pequeños recintos separados para unos y otros; pudiéndose tambien construir sepulturas de distincion, ya para preservar en ellas los derechos que tengan adquiridos algunas personas ó familias en las iglesias parroquiales ó conventuales, ya para que se puedan conceder á otros que aspiren á este honor, pagando lo que se estime justo. En la 2.<sup>a</sup> se declara que no puedan las personas ó comunidades eclesiásticas, asi regulares como seculares, sean de la clase que fueren, establecer para su uso cementerios distintos de los que se construyan en los respectivos pueblos para el enterramiento de los cadáveres de los vecinos, debiendo sepultarse en estos todos los cadáveres sin excepcion alguna de estado, condicion ó sexo; pero de esta disposicion se exceptuaron despues en cédula de 19 de abril de 1818, las religiosas profesas, á cuyos cadáveres se ha de dar sepultura eclesiástica en su misma clausura. Siempre que los eclesiásticos seculares ó regulares se opongan á las providencias de la Sanidad, resistiendo el enterramiento de sus individuos ó cualquiera otra persona, en los lugares destinados al intento, se procederá por la justicia á la extraccion de dichos cadáveres, guardando el decoro debido á los santos templos y lugares religiosos, conforme á lo dispuesto en circular del consejo de 24 de mayo de 1805, referida en la nota 3 de dicho titulo y libro. En el Distrito federal por bando de 15 de di-

ciembre de 1833, se restableció la observancia de estas disposiciones que habian caido en desuso, designándose además el atrio del convento de Santiago Tlatelolco para cementerio general, en el que conforme á las leyes referidas se han de sepultar todos los cadáveres, sin mas excepcion que la de los extranjeros que no profesen el culto católico, los que continuarán sepultándose en el lugar que para ello se les ha designado conforme á los tratados con sus respectivas naciones. A los párrocos, comunidades ó cualquiera otra persona que contravenga á esta disposicion, se impone una multa de cien pesos aplicables al fondo de cementerios, la cual se duplicará en caso de reincidencia, siendo responsables los superiores ó encargados de los templos de las infracciones cometidas por los subalternos; todo sin perjuicio de que se exhume el cadáver en los terminos ya expuestos. — E.

1 Alvarez *Instituc.* lib. 2. tit. 1.

2 L. 12. tit. 28. part. 3.

3 Heineccio *Elem. jur. sec. ord. inst.* n. 321. Merzenfeldt lug. cit.

4 Alvarez lug. cit.

5 LL. 1. tit. 14. part. 1. y 13. tit. 28. p. 3.

6 Cap. 3. del tit. 4. de este libro.

7 Véase el n. 30. del cap. 2. lib. 1. y las disposiciones en el citadas.

8 L. 26. tit. 29. part. 3.

9 L. 14. tit. 28. part. 3.

sagrados y benditos para tal uso, pertenecen á las cosas sagradas, no á las religiosas<sup>1</sup>. Hoy solamente, conforme á nuestras costumbres, se tienen por religiosos los *xenodochia* ú hospitales para peregrinos pobres, *nosocomia* para enfermos, *orphanotrophia* para huérfanos, *brephotrophia* para expósitos, y *gerontocomia* para ancianos; las cofradías y congregaciones, y cualesquiera otros lugares destinados á obras de caridad y misericordia ó religion no consagrados, siempre que hayan sido establecidos con autoridad del obispo<sup>2</sup>, pues sin ella se llaman solamente lugares *piadosos*<sup>3</sup>. El adjetivo *religioso* tomado latamente, se aplica tambien á lo sagrado, cuya voz no conviene por el contrario á lo puramente religioso<sup>4</sup>; sin embargo, en el uso comun, dice Pichler<sup>5</sup>, que se toman promiscuamente las expresiones *lugar religioso, sagrado y pio*.\*

6. \* Cosas *sanctas* son las que mediante alguna pena estan puestas al abrigo de la violacion de los hombres<sup>6</sup>; y de aquí es que aquella parte de la ley en que se establece la pena contra el infractor se llama sancion<sup>7\*</sup>. De ellas pone por ejemplo la ley de Partida los muros y puertas de las ciudades y villas; refiriendo en seguida que en la legislacion romana<sup>8</sup> se imponia pena de muerte á los que los quebrantasen, rompiéndolos, forzándolos, pasando sobre ellos por escaleras, ó entrando de cualquiera otra manera que no fuese por las puertas; cuya disposicion juzga Gregorio Lopez<sup>10</sup> que se aprobó por el autor de las Partidas en el hecho de insertarla en este código, y que con arreglo á ella deberán ser condenados á muerte los que con ánimo doloso violaren los expresados objetos, y á una pena extraordinaria faltando el dolo. Las leyes romanas numeran tambien entre las cosas sanctas, á los embajadores ó legados<sup>11</sup>, á las personas de los padres y patronos<sup>12</sup>, y á las leyes<sup>13</sup>; y los autores<sup>14</sup> añaden ademas, como pertenecientes á esta clase, á las personas de los ministros públicos, alguaciles, guardas nocturnos, y otros agentes de policia y justicia<sup>15</sup>, á los términos y mojones de las heredades, cuya traslacion está prohibida no solo por derecho divino<sup>16</sup>, sino aun por

1 Alvarez lug. cit.

2 Cap. 4. *De religiosis domibus*. L. 26. tit. 29 part. 13. allí: *Eclesia ó lugar religioso*. Lancelloto *Inst. canon.* lib. 2. tits. 17. y 23. Reiffenstuel *Jus canon.* lib. 3. tit. 36 n. 2.

3 Pichler *Jus canon.* lib. 3. tit. 36. n. 1.

4 Reiffenstuel lug. cit.

5 Lug. cit.

6 L. 8. D. de R. D.

7 § 10 al fin. *Inst.* de R. D.

8 L. 15. tit. 23. part. 3.

9 § 10. cit.

10 Gl. 2. de dicha l. 15. L. 11. D. eod.

11 L. 17. ff. *De legationibus*.

12 L. 9. ff. *De obseq. parent. et patron. prest.*

13 L. 9 § 3. ff. *De R. D.*

14 Merzenfeldt y Kees en el lib. 2. tit. 1. de la Instituta.

15 Arg. del *Reglam. de alumbrado* de 7 de abril de 1790, y de los arts. 5 y 6. del decreto de 28 de mayo de 1826.

16 Deuteron. caps. 19. v. 4, y 27. v. 17.

el humano<sup>1</sup>; á los asilos y á la casa de cada uno;<sup>2</sup> á la que apellida el Jurisconsulto Cayo „*tutissimum cuique refugium atque receptaculum*”<sup>3</sup>. Las cosas sanctas se dicen *cuasi*, ó como se expresa Justiniano<sup>4</sup>, *en cierto modo* de derecho divino, porque no lo son propiamente, sino tan solo por la semejanza que tienen con las sagradas y religiosas, en cuanto á que del mismo modo que estas, no estan en la propiedad de alguno, ni de ellas usan todos<sup>5</sup>.\*

7. \*Pasemos ahora á las cosas de derecho humano. Para clasificarlas, creemos conveniente observar con Vattel<sup>6</sup> que entre las cosas que contiene el pais que ocupa una nacion, hay unas que por su naturaleza no pueden ocuparse, de que ninguna persona se atribuye la propiedad, y que permanecen en la comunión primitiva aun despues que la nacion se apodera del pais, las cuales se llaman *comunes*. Todo lo que es susceptible de propiedad, se supone que pertenece á la nacion que ocupa el pais, y forma la masa total de sus bienes; pero no los posee todos de la misma manera. Los que no estan repartidos entre las comunidades particulares ó los individuos de la nacion, se llaman *bienes públicos*. De estos unos se han reservado para las necesidades del Estado y son del dominio de la república<sup>7</sup>; y otros permanecen comunes á todos los ciudadanos que se aprovechan de ellos segun sus necesidades, ó segun las leyes que arreglan su uso. Hay otros que pertenecen á algun cuerpo, comunidad ó concejo, que llaman *bienes de universidad*, y son con respecto á este cuerpo en particular, lo que son los *bienes públicos* con respecto á toda la nacion. Finalmente, los que posee cada individuo se llaman *bienes particulares*.<sup>8\*</sup>

8. \*Entre las cosas comunes la ley de Partida<sup>9</sup> numera el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera, advirtiendole que de ellas puede usar *cualquiera criatura que viva*, ya sea hombre, ave ó bestia<sup>10</sup>. Mar es el conjunto de agua que rodea la tierra<sup>11</sup>. De él ninguna nacion puede apropiarse con justo título el imperio, supuesto que su uso que consiste en la navegacion y en la pesca<sup>12</sup>, es inocente é inagotable, es decir, con él no se perjudica á nadie, y en ambos puntos basta para saciar las necesidades de todos los hombres; y que la naturaleza nunca concede el derecho de apropiarse aquellas cosas que en el estado de comunión podrán satisfacer las necesidades

1 LL. 30. tit. 14. part. 7. y 3. ff. *De term. moto*.

2 Autores citados.

3 L. 18. ff. *De in jus vocando*.

4 § 10 *Instit.* de R. D.

5 Vinnio en dicho §.

6 *Derecho de gentes* lib. 1. cap. 20. n. 235.

7 L. 11. tit. 28. part. 3.

8 L. 2. tit. 28. part. 3.

9 L. 3. id.

10 L. 2. id.

11 Hevia Bolaños *Comercio naval* cap. 1. n.

1. citando la ley 28. al pr. tit. 9. part. 2.

12 L. 3. cit.

de todos<sup>1</sup>. Sin embargo, Escriche<sup>2</sup> asegura que en los tratados de paz y comercio se ha fijado en general á dos leguas de la costa la distancia á que se extiende el dominio respectivo de cada soberano cuyos estados baña el mar. Vattel<sup>3</sup> sobre este punto advierte, que no es fácil determinar á que distancia puede extender una nacion sus derechos sobre los mares que la rodean: que cada estado debe disponer en este punto lo que juzgue mas útil con respecto á los ciudadanos entre sí, ó á sus negocios con el soberano: que de nacion á nacion todo lo que puede desirse mas racional, es que generalmente el dominio del estado sobre el mar vecino, alcanza á toda la distancia que necesite para su seguridad y para hacerse respetar; por último concluye, que en el dia todo el espacio de mar inmediato á las costas hasta donde alcanza el tiro del cañon, se mira como parte del territorio\*.

9. \*Dijimos que conforme al derecho de las Partidas la ribera del mar era cosa comun; mas en concepto del citado Vattel<sup>4</sup> las costas del mar pertenecen incontestablemente á la nacion dueña del pais de que hacen parte, y son cosas públicas. Si los jurisconsultos romanos, añade, las colocaban en la clase de las comunes á todos, es únicamente con respecto á su uso; pero no debe inferirse que las mirasen como independientes del imperio, porque infinitas leyes demuestran lo contrario. Como quiera que sea, en la ribera del mar cualquiera puede hacer casa ó cabaña, ú otro edificio moderado de que se aproveche, de manera que por él no se embargue el uso público y comun<sup>5</sup>; y si en ella encontrare edificio de otro no puede derribarlo ni usarlo sin su permiso; aunque si lo derribare el mar, ó algun hombre, ó se cayere, bien podrá otro distinto del que lo derribo hacer nuevo edificio en el mismo lugar<sup>6</sup>. Asimismo, en la ribera del mar puede cualquiera hacer, aderezar, tener, atar naves, velas y redes, y enjugarlas, poner mercaderías y pescado, beneficiarlo y venderlo, y hacer otras cosas semejantes necesarias á su uso y menester<sup>7</sup>. Por ribera del mar se entiende todo cuanto cubre el agua de este en cualquier tiempo del año en que sea mayor su flujo y creciente, por movimiento suyo ó fortaleza de viento, sin salir de su hiema y madre; pero no lo que saliendo de mas cubre en la llena de junio ó marzo, ó en el equinoccio del otoño, en que el oceano suele cubrir hasta los prados\*.

10. \*De las cosas públicas queda dicho, que unas se reservaron

1 Vattel *Der. de gentes* lib. 1. cap. 23. n. 251. Azuni *Derecho marítimo* part. 1. cap. 2. art. 1.  
2 Diccinar. de Legislac. art. Mar.  
3 Lug. cit. ns. 289. y sig.  
4 En el mismo lugar.

5 L. 4. tit. 28. part. 3.  
6 L. 3. al fin. id. id.  
7 L. 4. cit. Hevia Bolaños *Comercio naval*, cap. 1. n. 32.  
8 L. 4. al fin tit. 28. part. 3. Hevia Bolaños *lug. cit.* n. 29.

para cubrir las necesidades del estado, y otras son de uso comun á todos los ciudadanos. En la primera clase se comprenden las rentas nacionales, de las que en nuestro sistema de gobierno unas son generales pertenecientes á la Federacion, y otras particulares correspondientes á los Estados. A la Federacion pertenecen los derechos de importacion y exportacion que en cualesquier tiempo y bajo cualquiera denominacion se cobraren en los puertos y fronteras de la república; el derecho de internacion que se cobra en los mismos puertos y fronteras á los efectos extranjeros, por el que quedan libres del de alcabala en su circulacion interior; la renta de pólvora, la alcabala que paga el tabaco en los paises de su cosecha, la renta de correos, la de lotería, la de salinas, las de los Territorios de la Federacion y Distrito federal, los bienes nacionales, en los que se comprenden todas las fincas rústicas y urbanas que en cualquier tiempo pertenecieren á la hacienda pública; y las cantidades con que bajo el nombre de contingente deben contribuir cada mes los Estados para los gastos generales. A aquellos pertenecen todas las demas rentas no comprendidas en las mencionadas<sup>1</sup>.\*(a)

11. \*Cosas públicas de la segunda especie son segun la ley<sup>2</sup> los rios, los puertos y caminos públicos, de los que pueden usar no solo los naturales de aquella tierra donde se hallen, sino tambien los extranjeros<sup>3</sup>, á menos, añade Febrero, que haya alguna ordenanza municipal, ley ó costumbre que limite ó impida este uso á cierta clase de personas. Rio es un conjunto de aguas reunidas entre dos riberas que corre perpetuamente desde tiempo inmemorial. Se diferencia del torrente, en que este es efecto de las lluvias abundantes, ó derretimientos extraordinarios de nieve, de modo que solo corre un cierto tiempo, y deja seco su álveo la mayor parte del año<sup>4</sup>. Los rios, dice Parladorio<sup>5</sup> citando unas leyes romanas,<sup>6</sup> son públicos cuando no se extinguen hasta entrar en el mar ó solos ó juntos con otro; y privados cuando únicamente pueden servir para regar campos, heredades &c., por tener su principio y su fin entre fundos de particu-

1 L. de 4 de agosto de 1824. art. 2 del decreto de 11 de abril de 1826, y decreto de 11 de febrero de 1832.

(a) Los terrenos de la nacion que no siendo de propiedad particular, ni pertenecientes á corporacion alguna ó pueblo, pueden ser colonizados, se han ofrecido con tal objeto á los naturales y extranjeros, que quieran verificarlo con arreglo á las leyes y reglamentos del estado respectivo, y á lo dispuesto en la ley de 18 de agosto de 1824. Sobre este pueden verse ademas la ley de 5 de abril de 1830, los decretos de 21 y 26 de noviembre de 1823 y 6 de febrero y 13 de abril de 1834, la providencia de la

secretaría de justicia de 23 de abril y la circular de la misma de 3 de mayo de 1833, insertas ambas en la *Recopilacion* de Arillaga tom. 1. pags. 89 y 132. Son asimismo muy dignos de consultarse en esta materia el art. 61 de la Ordenanza de Intendentes y el decreto de 4 de enero de 1813 — E.

2 L. 6. tit. 28. part. 3.

3 L. cit.

4 Escriche *Dicc.* art. Rio.

5 Different. 54. n. 3.

6 LL. 1. § 3. ff. *De fluminibus.* y 1. § 3. ff. *Ut in flum. pub. nav. liceat.*

lares. Como el bien individual debe ceder al público, no puede hacerse en los rios ni en sus riberas ningun edificio que impida la navegacion ó embargue su uso comun, y si se hiciere ó ya estuviere hecho, deberá arruinarse dentro de treinta dias á costa del que lo hizo, pagando este ademas una multa; á no ser que tuviere permiso para el efecto<sup>1</sup>. Pero no resultando perjuicio al comun, ni incomodidad á otro, puede cualquiera del pueblo hacer molino ó aceña en el rio, sin que pueda impedirlo el dueño de otro molino que ya estuviere hecho, bajo el pretexto de que se disminuirá la renta del suyo<sup>2</sup>; y si por los rios en que hay presas de molinos hubiere de enviarse á los puertos de mar alguna madera para construccion de bajeles, se removerá á costa de su dueño cualquier embarazo que aquellos presenten, á beneficio de la marina cuyo objeto es de tanta importancia para el Estado<sup>3</sup>. Cualquiera pueblo ó persona particular puede á su costa edificar puentes en los rios, pero sin exigir por ello peage ni otro tributo; no pudiendo ninguno impedir su construccion aunque tenga barcos ú otros derechos en el rio, bajo varias penas<sup>4</sup>.

12. \*Las riberas del rio y su arena son en propiedad de aquellos cuyas heredades confinan con el rio; pero todo hombre puede usarlas ligando sus navios á los árboles plantados en ellas, aderezando allí sus naves y velas, poniendo sus mercaderías, vendiendo sus pescados, enjugando sus redes y haciendo cuanto concierna al oficio de que subsiste<sup>5</sup>. Los árboles de las riberas del rio pertenecen igualmente al dueño de aquellas, el que puede cortarlos ó hacer lo que quisiere, cuando á ellos no estuviere atado algun navio ó llegasen á atarlo; pues si ejerciese su derecho en ambos casos, impediria por consecuencia el uso comun de la ribera<sup>6</sup>.\*

13. \*Entre los bienes de universidad los mas dignos de mencionarse, son los que pertenecen separadamente al comun de alguna ciudad y villa. Estos, así como las cosas públicas, son de dos maneras: unos que no se usan por todos y solo se administran por el ayuntamiento ó concejo de la ciudad, y sus frutos se destinan para utilidad del público<sup>7</sup>; y otros que son de uso comun á los moradores de aquel lugar, tanto pobres como ricos, y de que no pueden usar los de otra tierra contra la voluntad y prohibicion de aquellos<sup>8</sup>.\*

14. \*A la primera de estas dos clases se refieren los *propios* y *arbitrios* de los pueblos. Llámense propios aquellos bienes que por algun título pertenecen al comun de cada pueblo, y cuya renta está des-

1 LL. 8. tit. 28. part. 3. y 2. tit. 10. lib. 7. R., ó 6. tit. 26. lib. 7. N.  
2 L. 18. tit. 32. part. 3.  
3 Hevia Bolaños lug. cit. n. 26.  
4 L. 9. tit. 11. lib. 6. R., ó 7. tit. 20. l. 6. N.

5 L. 6. tit. 28. part. 3.  
6 L. 7. id. id.  
7 L. 10. id. id.  
8 L. 9. id. id.

tinada á la conservacion del estado civil y establecimientos municipales de los concejos; comprendiéndose tambien bajo el mismo nombre, aquellas cosas declaradas por tales en general, ó por valor de ellos en algunas leyes. Arbitrios son ciertos derechos impuestos por la autoridad suprema sobre los comestibles y efectos comerciales en los pueblos que ó carecen de propios, ó son estos tan escasos que no alcanzan para las atenciones municipales.

15. \*La administracion é inversion de los caudales de propios y arbitrios está, como ya se ha indicado, á cargo de los respectivos ayuntamientos con arreglo á las leyes y ordenanzas<sup>1</sup>; en conformidad á las cuales, en cada uno de ellos debe establecerse con tal objeto una comision particular denominada *Junta municipal, de hacienda ó de propios*, y compuesta del alcalde primero, de cierto número de regidores y del síndico, para promover en ella lo que sea mas útil al comun<sup>2</sup>.\* Estos tienen facultad solamente para administrar, pero de ningun modo para enagenar los bienes de la comunidad<sup>3</sup>, ni para gravarlos con censos, á no ser que preceda licencia del soberano<sup>4</sup>; no presumiéndose que intervino esta aun cuando trascurra mucho tiempo desde que se verificó la enagenacion, á no ser el de cien años, pues con esta antigüedad ya cabe la presuncion de haberse obtenido el correspondiente permiso<sup>5</sup>. Igual solemnidad es necesaria para las transacciones sobre pleitos, en que disputen los ayuntamientos sobre la propiedad de los pastos ú otros bienes públicos; pero no cuando se limita la contienda á la comodidad y uso de las mismas comunidades, pues entónces, como que solo se perjudican sus vecinos y habitantes, basta el consentimiento de estos con la autoridad judicial<sup>6</sup>. Por lo demas pueden los ayuntamientos disponer por sí todo lo que crean

1 Art. 11. cap. 1. del decreto de 23 de junio de 1813. Por el art. 64 cap. 1. del decreto de 9 de octubre de 1812 se quitó á las audiencias el conocimiento que acerca de los asuntos gubernativos ó económicos de sus provincias les competia conforme á las leyes antiguas.—E.

2 Art. 36 de la Orden. de Intend.

3 LL. 234. del Estilo, 15 tit. 5. part. 5. y 1 y 11. tit. 7. lib. 7. R., ó 2 y 9. tit. 21. lib. 7. N. El interes del estado, dice Vattel (Der. de gent. lib. 1. cap. 20. n. 24.), exige que no se disipen los bienes de las comunidades, y esto da al soberano un derecho para impedir su enagenacion, como encargado de velar en el bien público. Por consiguiente, añade, conviene mucho en un estado ordenado, que sea inválida la enagenacion de los bienes de comunidad, si no interviene en ella consentimiento del superior.—E.

4 Carta acordada del consejo de 3 de julio de 1761 inserta en el *Teatro de la Legisl.*

tom. 24. pag. 379. Segun esta disposicion no eran responsables los propios de los pueblos á los censos con que se les hubiese gravado sin licencia superior, aun cuando las cantidades de estos se hubiesen convertido en beneficio comun; pero en este caso creemos debe decirse lo contrario conforme á la ley 3. tit. 1. part. 5. y al art. 34 de la Ordenanza de Intendentes. El auto 22. tit. 19. lib. 2. R., ó nota 6. tit. 15. lib. 10. N., ordenaba á los escribanos de cámara del consejo que no recibiesen peticion alguna de ciudad, villa ó lugar, universidad ó colegio, para que se les dé licencia de tomar á censo cualquier cantidad de maravedis por cualquiera causa que fuese, sin que en ella, y en el acuerdo ó poder que se presentare, se expresasen los censos que pagaba y facultades que se habian dado.—E.

5 Molina *De primogenitis* lib. 2. cap. 7. n. 51.

6 Otero *De pascuis* cap. 11. n. 34. Véase á Valeron *De transact.* tit. 4. q. 3.

conducente para la administracion y buen gobierno de dichos bienes, dando licencia de edificar en los sitios propios del conan; para el ornato, decoro y comodidad de las poblaciones, ó para construir molinos, batanes y otros edificios de que se siga utilidad al público, sin necesidad de licencia superior<sup>1</sup>.

16. La administracion de los propios y arbitrios abraza tres puntos principales, en cuyo buen desempeño se cifra el acertado gobierno de este ramo. 1.º Arrendamiento de las fincas de propios: 2.º Inversion de los caudales de propios y arbitrios: 3.º Formacion de cuentas.

17. \*Sobre el primero encarga la ley<sup>2</sup> á las juntas municipales que pongan su principal atencion y cuidado en que en las subastas y remates de los ramos de propios y arbitrios se proceda con el celo, exactitud y desinterés que corresponde, procurando todo el aumento posible en sus productos, ó que á lo menos no decaigan de los que hayan rendido; en inteligencia de que si se justificare colusion en la subasta, ocultacion ó desmembracion en alguna parte de los rendimientos, ó si de cualquier otro modo se disminuyere el legítimo producto de los ramos, para invertirse arbitrariamente por las mismas juntas en usos y destinos no permitidos, ó ajenos de sus primitivas obligaciones, responderán de su importe, y se les impondrá la pena del cuatro tanto que establecen las leyes<sup>3</sup> para semejantes cas s. A fin de que se verifiquen los aumentos insinuados, cuidarán dichas juntas de que los ramos de sus respectivos propios y arbitrios se saquen á pública subasta, y rematen con las solemnidades de derecho, tres meses ántes de cumplir el tiempo de los arrendamientos anteriores<sup>4</sup>; y si alguna vez fuese preciso poner en administracion alguno de dichos ramos por falta de postores, cuidarán asimismo de que se proceda en ella con la pureza, exactitud é integridad correspondientes, nombrando para desempeñarla sujetos inteligentes y abonados<sup>5</sup>. L s remates se han de hacer en el lugar público acostumbrado ó en el que se señalare, despues de pregonados por treinta dias y de haberse despachado avisos y requisitorias á los pueblos que convenga, fijándose edictos para que lleguen á noticia de todos<sup>6</sup>, admitiéndose las posturas y mejoras que se hicieren por cualesquiera personas conocidas y abonadas, con exclusion de capitulares ó dependientes de los ayuntamientos y juntas, que no deben tener en estos actos parte directa ni indirecta<sup>7</sup>, y debiendo fincar en el mejor

1 Greg. Lopez gl. 1. de la 3. tit. 32. p. 3.  
2 L. 27. tit. 15. lib. 7. N.  
3 L. 18. tit. 14. part. 7.  
4 LL. 23 y 27. tit. 16. lib. 7. N.  
5 L. 27. cit. art. 12. y el 36. al fin de la Orden. de Intendentes.

6 LL. 4, 8 y 24. tit. 16. lib. 7. N. y art. 37. de la Orden. de Intend.  
7 LL. 3. tit. 5. lib. 7. R., ó 7. tit. 9. lib. 7. N., 4 y 27. art. 9. tit. 16. lib. 7. N., y art. 37. al fin de la Orden. de Inten.

y mayor postor, sin admitir prometidos ni otras reprobadas inteligencias<sup>1</sup>, y sin que los arrendadores del tiempo antecedente los puedan tomar por el tanto<sup>2</sup>. Estos arrendamientos no podrán celebrarse por mas tiempo que el de un año; y siempre que se considerare ventajoso hacerlo por mayor término, se representará al superior para que con su dispensa pueda verificarse, no excediendo los contratos de cinco años<sup>3</sup>. En el acto de la celebracion y admision de los remates han de dar ó presentar las personas en quienes se verificase, fiadores competentes, legos, llanos y abonados, con bienes raíces equivalentes libres de toda otra responsabilidad; y no se otorgarán las escrituras de arriendo, sin que se examine la calidad y valor de las fianzas, y las declaren y tengan las mismas juntas por legítimas y bastantes, supuesto que por el hecho de admitirlas, quedan responsables á las quiebras que resueltaren contra los arrendatarios ó fiadores<sup>4</sup>. Verificado el remate á favor del postor que hubiese hecho mas beneficio, solo se puede admitir la puja del cuarto, como en los bienes de comunidad y menores, por el gran provecho que les resulta, y no otra alguna con ningun motivo ni pretexto, y con la precisa calidad de que ha de hacerse dentro del término de noventa dias, en cuyo caso se sacará 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 ó nueva puja<sup>5</sup> (a).\*

\*18. En cuanto á la inversion de las rentas de propios y arbitrios, está dispuesto que estas *deven ser metidas en pro comunal de toda la cibdad ó villa, cuyas fueren las cosas donde salen*<sup>6</sup>. Los gastos que deben hacerse con ellas, han de ser siempre fundados en leyes y disposiciones superiores<sup>7</sup>; y unos son *ordinarios* y otros *extraordinarios*. Los primeros son los que se hacen todos los años y tienen cuota fija, como las dotaciones de los dependientes del ayuntamiento, salarios de los oficiales públicos, médico ó cirujano, donde los haya,

1 Art. 36. de la misma ley 4. cit., y nota 50 tit. 16. lib. 7. N.  
2 L. 4. tit. 13. lib. 4. R. I.  
3 LL. 13. art. 5. y 27., art. 10. tit. 16. lib. 7. N. Art. 39. Orden. de Intend. Segun la ley 8. tit. 13. lib. 4. R. I. á los remates y hacimientos de los propios de las ciudades donde hubiera audiencia, habia de asistir un oidor, y darse cuenta al acuerdo ántes de que el remate se hiciera y efectuara. Alvarez tambien sobre este punto dice en sus *Instit.*, lib. 2. tit. 1. citando la orden de 11 de noviembre de 1787, que es ley 5. tit. 6. lib. 3. N. que debia darse cuenta al rev de todo cuanto ocurriera por el ministerio de gracia y justicia.--E.  
4 L. 27. cit. art. 11.  
5 LL. 25 y 26. tit. 16. lib. 7. N.

(a) Los remates de las fincas y ramos de propios se han de autorizar por el escrivano de ayuntamiento sin cobrar derechos ni gratificaciones algunas de los caudales comunes, y por solos los salarios que sobre ellos les esten señalados; mas si puede y debe llevar derechos á los postores ó arrendatarios por las escrituras ó testimonios que diere de los remates, conforme á lo que les correspondan por el arancel; con la calidad de que no han de variar esta cantidad, aunque el remate comprenda diversos sujetos y efectos, siempre que todos formen un mismo nacimiento. L. 44. tit. 16. lib. 7. N.--E.  
6 LL. 10. tit. 25. part. 3. y 23. tit. 6. lib. 3. R., ó 8. tit. 16. lib. 7. N. v. 4. tit. 13. lib. 4. R. I.  
7 Cedula de 15 de mayo de 1784.

maestros de escuela, que deben precisamente establecerse en todos los pueblos de competente vecindario, paga de réditos, de censos ú otras cargas que legítimamente se debieren por los mismos pueblos, festividades religiosas y nacionales, y limosnas voluntarias. Gastos extraordinarios son los eventuales que no tienen cuota fija<sup>1</sup>. En unos y otros deberán arreglarse los ayuntamientos á la cantidad que tuvieren asignada en sus respectivos reglamentos<sup>2</sup>; y cuando no alcanzare para sufragarlos, podrán gastar por sí hasta seis mil maravedis<sup>3</sup>, que hacen veinte y dos pesos medio real de plata<sup>4</sup>, cuya facultad debe entenderse una vez cada año<sup>5</sup>. Siendo necesaria mayor cantidad para gastos públicos ú otros objetos de utilidad comun, acudirán los ayuntamientos en el Distrito federal y Territorios al gefe político haciéndole presente la necesidad y utilidad del gasto, quien lo comunicará á la diputacion provincial<sup>6</sup>. Esta podrá en los términos que le parezca, conceder al ayuntamiento la facultad de disponer de la cantidad que solicite del fondo de propios y arbitrios, con tal que no exceda del duplo de la que le está señalada para gastos extraordinarios y alterables; pero excediendo, se solicitará por medio del gefe político la aprobacion del gobierno, acompañando á la solicitud el informe de la diputacion; excepto en aquellos lugares que esten á mucha distancia del gobierno, en los cuales no se necesita su licencia, bastando en lugar de ella el consentimiento del gefe político superior<sup>7</sup>. En los Estados se observará lo dispuesto por sus respectivas leyes, si algunas se hubieren dado de nuevo sobre estos particulares. Los gastos que excedieren de dicha cantidad cuando no procediere la susodicha licencia, se cobrarán en pena de las personas ó bienes de los que los libraren, no debiendo pagarlos los tesoreros, depositarios ó personas en cuyo poder entrare la hacienda de propios<sup>8</sup>. Asimismo está mandado que no se entregue á los regidores ninguna suma de

<sup>1</sup> Art. 34 de la Orden. de Intend.

<sup>2</sup> Arts. 35, al fin de la misma, y 11. cap. 1. del decreto de 23 de junio de 1813. El art. 32 de dicha Ordenanza encargó á los Intendentes, que con prolijo exámen de los propios y arbitrios de las ciudades, de la concesion y origen de ellos, de las cargas perpetuas y temporales que sufriesen, de los gastos precisos y extraordinarios á que estuviesen sujetos, de los sobrantes ó faltas que resultasen al fin de cada año, y de la existencia, custodia y cuenta de estos caudales, formasen reglamentos para los propios y arbitrios de cada pueblo, moderando ó excluyendo las partidas de gastos que les pareciesen excesivas ó superfluas, aunque se hallasen señaladas y permitidas

por reglamentos antiguos aprobados.—E. <sup>3</sup> Ordenes de 11 de noviembre de 1787 y 14 de setiembre de 1788, que derogan el art. 34 de la Ordenanza de Intendentes, y mandan practicar lo dispuesto en la ley 2. tit. 13. lib. 4. R. I., y en la cédula de 12 de julio de 1640, que duplicó la cantidad que permitia dicha ley.—E.

<sup>4</sup> Alvarez *Instit.* lib. 2. tit. 1.

<sup>5</sup> Así refiere Alvarez haberlo acordado la audiencia de Guatemala; y parece muy racional y conforme al espíritu de las disposiciones citadas.—E.

<sup>6</sup> Art. 11 cap. 1. del cit. decreto de 23 de junio de 1813.

<sup>7</sup> Art. 6. cap. 2. del mismo.

<sup>8</sup> L. 2. tit. 13. lib. 4. R. I.

pesos sin bastantes fianzas, de que darán cuenta y pagarán los alcances<sup>1</sup>.\*

19. Los reparos menores que necesiten los edificios y fundos del comun, se costearán del tanto señalado en los reglamentos para gastos extraordinarios, sin dar lugar á que se inutilicen y hagan mas costosos; pero en cuanto á las obras mayores se representará á su debido tiempo á la superioridad, formando para cada una expediente con la debida justificacion<sup>2</sup>.\* En los casos en que por cualquier accidente ocurriere necesidad urgente de repararlas para evitar mayor daño ó disminucion en sus productos, previo el correspondiente reconocimiento y tasacion de coste, se podrá mandar librar del tondo de propios lo necesario; debiendo formalizarse expediente en crédito de la necesidad y utilidad de la obra, y modo de haberse practicado por arriendo ó administracion, segun se proporcione y parezca mas ventajoso; el cual se remitirá despues á la superioridad, para que examinándose recaiga la aprobacion competente, quedando responsable el ayuntamiento en caso de calificarse abuso, colusion ú otro vicio<sup>3</sup>.\*

20. En órden de 29 de agosto de 1817 se resolvió por punto general, que todos los propios se sujeten y comprendan en las contribuciones como todos los demas bienes de particulares; y en 30 de julio de 1819 se declaró, que aunque la riqueza territorial de los pueblos estaba sujeta á la contribucion general, no lo está el producto de los arbitrios que se conceden para suplir las necesidades comunes.

21.\* El caudal que cada pueblo tuviere por sobrantes anuales del producto de propios y arbitrios, despues de cubiertas las cargas señaladas en su particular reglamento, se convertirá en el pago de réditos atrasados, compra de fincas é imposicion de rentas, para que, teniendo las suficientes al pago de sus obligaciones y socorro de las necesidades comunes, se extingan los arbitrios que siempre gravan al público; y en el caso de no tenerlos, ó censos que redimir sobre los propios, se aplicarán á la reparacion de obras públicas y construccion de otras nuevas, y al fomento de establecimientos útiles á los mismos pueblos; pero precediendo á cualquiera de estas inversiones propuesta del ayuntamiento y aprobacion de la superioridad<sup>4</sup>. La manutencion de los reos pobres debe asimismo costearse de dichos sobrantes<sup>5</sup>.\*

<sup>1</sup> L. 10. al fin tit. 10. id. id.

<sup>2</sup> Orden de 10 de julio de 1788, inserta en el *Teatro de la Legislac.* tom. 24. p. 430.

<sup>3</sup> Arts. 24 y 25 del decreto de 16 de noviembre de 1786, inserto en el mismo tomo de la obra cit. pag. 417.

<sup>4</sup> Arts. 47 de la orden. de Intend. y 10 cap. 2 del decreto de 23 de junio de 1813. Circular del consejo de 25 de setiembre de 1767, inserta en el *Teatro de la Legislac.* tom. 24. pag. 386.

<sup>5</sup> Cit. circular de 25 de setiembre de 1767.

22. Así en el pago de réditos atrasados como en la redención de censos, se ha de preferir al acreedor que hiciera mas baja ó remisión. Para que se efectúe esta inversión, las juntas municipales de cada pueblo pasarán noticia formal de sus existencias á los acreedores censualistas ó sus apoderados, citándolos con el preciso término de dos meses, á formalizar sus proposiciones, con apercibimiento de que cumplido, se procederá á constituir en depósito el caudal sobrante por cuenta y riesgo de los acreedores, cesando desde el mismo el curso de la pensión, sin distinción de personas ó cuerpos. Las proposiciones que se hicieren se han de remitir al superior, para que mande las que han de admitirse<sup>1</sup>. \*Todos los censos de estos ramos, cuyo capital no llegue á cien mil reales, pueden redimirse por la mitad, y los que excedan por terceras partes, sin embargo de que en las escrituras de sus cargamentos esté pactado que no pueda hacerse sino por el todo; en cuya inteligencia podrán las juntas municipales obligar á los dueños á que lo ejecuten, depositando el importe de su capital en los términos expresados<sup>2</sup>.\*

23.\* Respecto de cuentas está mandado que al fin de cada año<sup>3</sup> forme la suya jurada el mayordomo, depositario ó tesorero, ciñéndola exactamente al cargo que le resultare por testimonio de los hacimientos de rentas y sus cobranzas, y á la data de las partidas consignadas por el reglamento, ó posteriores órdenes de la superioridad, y satisfechas con libramientos formales de la junta municipal, teniendo estos á su continuacion recibos legítimos de los interesados. Esta cuenta se ha de hacer con preciso arreglo al orden y método preñados en los reglamentos<sup>4</sup>, y ha de presentarla el mayordomo á la junta municipal en todo el mes de enero siguiente; y si de ella le resultare alcance, lo enterará á presencia de los individuos de la misma junta, con asistencia de los sujetos que compusieren la nueva; y extendiendo á continuacion de dicha cuenta la diligencia que lo acredite con fe de escribano, si le hubiere, se pondrá seguidamente una formal atestacion, que firmarán todos los individuos de la antigua junta, de no haber producido los ramos públicos mas valores ni adehalas, y esta dará vista de todo el ayuntamiento, con asistencia del síndico, para que consienta ó adicione la cuenta, en la cual pondrá su decreto de aprobacion ó reparos de partidas.<sup>5</sup> En el Distrito federal y Territorios las cuentas de propios y arbitrios de los ayuntamientos se examinarán primero

<sup>1</sup> Cédula de 10 de diciembre de 1798.

<sup>2</sup> Acuerdo del consejo de 22, comunicado en 26 de mayo de 1773, inserto en el citado tomo del *Teatro de la Legisl.* pag. 408.

<sup>3</sup> L. 6 tit. 13 lib. 4 R. I. Art. 16 cap. 1 dec. de 23 de junio de 1713.

<sup>4</sup> Art. 41 Orden de Intend.

<sup>5</sup> Art. 42. id.

por la contaduría particular permanente, ó formada en comision del ayuntamiento respectivo dentro de dos meses de presentadas. Si no hubiere reparo que oponer por parte de este, se pasarán (a) por conducto del gobierno del Distrito ó Territorio respectivo á la *Contaduría general de propios y arbitrios* (b). Si hubiere reparos que no puedan concluirse dentro de los dos meses señalados, se remitirán sin embargo las cuentas, dejándose copias fehacientes de los documentos necesarios para los reparos que hayan ocurrido, y concluidos que sean estos se remitirán los expedientes originales á la misma contaduría. La presentacion de estas cuentas á dicha oficina, se verificará dentro de los cinco primeros meses de cada año. Los responsables de presentar las cuentas si no lo hicieren en los términos señalados, sufriran una multa de cincuenta á doscientos pesos conforme á las circunstancias de las personas, y al mayor ó menor interes de su manejo, y la que se les imponga se repetirá por cada quince dias que se pasen sin presentarlas, quedándoles su derecho á salvo contra otros individuos que acaso fueren culpables en la demora. Los que no tengan proporcion de satisfacer esta pena, serán arrestados desde quince dias hasta tres meses. Si los ayuntamientos no remitieren á su debido tiempo las cuentas de que son responsables, los presidentes de ellos manifestarán al de la república con justificacion, las diligencias practicadas para remitirlas, y este exigirá las multas indicadas á la persona ó personas que á su juicio resultaren responsables. Si los presidentes de dichos cuerpos no cumplieren con lo prevenido, pagarán una multa que no exceda de doscientos pesos ni baje de cincuenta. A falta de numerario se les suspenderá por tres meses. Los reparos hechos por la contaduría se dirigirán directamente por ella á los responsables, señalándoles un término prudente que no baje de un mes ni ni pase de tres meses. Si en el designado no hubiesen satisfecho dichos reparos, se procederá contra ellos ejecutivamente por las

(a) Conforme al art. 42 al fin de la *Orden de Intend.*, estas cuentas deben remitirse originales por el ayuntamiento, con los recados justificativos, dejando en su archivo copias integras de tod para el gobierno sucesivo, de lo que se pondrá constancia al pie de los originales. —E.

(b) El decreto de 30 de septiembre de 1831, previo que bajo ese nombre se crease una oficina que examine, y fenezca las cuentas en que tenga inspeccion el gobierno general, y no sean de caudales pertenecientes á la hacienda pública; y que formase ademas la estadística de la república, con arreglo á los datos que aquel proporcionara. Para los sueldos y gastos de esta oficina contribuyen por ahora los fondos compren-

didados en dicho decreto, con medio por ciento anual de sus ingresos, siempre que estos excedan de trescientos pesos; cuya contribucion se exige al librarse los finiquitos de cada cuenta, y se entera directamente por los interesados en la tesorería de hacienda pública designada, en reintegro de dichos sueldos y gastos; aplicándose tambien al mismo objeto las multas que en aquel se imponen. Todo cuanto explicamos en el texto respecto de las cuentas de ayuntamientos, tiene lugar en las de los demas establecimientos, con la sola diferencia, de que las de estos se remitirán directamente á la contaduría por las personas ó corporaciones á cuyo cargo estuvieren, dentro de los tres primeros meses de cada año. —E.

resultas á que se contraigan, y si no las hubiere, se les impondrá una multa que no sea menor de quince pesos, ni mayor de cincuenta, repitiéndola por cada ocho dias que se pasaren sin contestacion despues del primer plazo. La hacienda pública percibirá el importe de todas las dichas multas para los gastos de contaduría. Purificadas las cuentas que sean á cargo de esta oficina, se presentarán al presidente de la república, para que no hallando reparo mande que el contador expida el correspondiente finiquito, el cual llevará el visto bueno del secretario del despacho que autorice la orden. Cuando se necesitare la autoridad judicial, se ocurrirá al juzgado respectivo, haciendo de actor en la Ciudad federal, uno de los dos contadores, ó alguno de los dos oficiales de la contaduría bajo la direccion de aquellos. Fuera de la Ciudad federal, hará de actor el síndico primero ó unico del ayuntamiento respectivo, y estando imposibilitado, lo será el otro síndico, ó uno de los regidores, comenzando por los ménos antiguos que no estuvieren impedidos<sup>1</sup>. En los Estados las cuentas de propios y arbitrios se glosarán y aprobarán por las oficinas y autoridades que designen sus leyes respectivas, siguiéndose en esto los trámites que prescriban las mismas.\*

\*24. Los pleitos que se movieren tocantes á las rentas y propios de las ciudades, villas y lugares, han de terminarse sumariamente sin estrépito ni figura de juicio, segun se hace en las causas fiscales<sup>2</sup>, no siendo necesario que en ellos preceda la conciliacion<sup>3</sup>. Los regidores aunque sean letrados no pueden dar en público ni en secreto favor á ninguna persona en tales pleitos, ni han de impedir que se prosigan siendo justos, so pena que por el mismo hecho perderán los oficios, y no serán recibidos en el ayuntamiento; á la declaracion de lo cual procederá la justicia del lugar donde esto sucediere. En la misma pena incurrirán cualesquier personas que tuvieren oficios de concejo, que dieren favor injustamente contra la tal ciudad, villa ó lugar á cualquier persona, prelado, órden ó monasterio<sup>4</sup>.\*

\*25. La segunda especie de cosas pertenecientes á las ciudades, son aquellas de que, como ya dijimos, pueden usar todos sus vecinos sin distincion de clases, y no otros<sup>5</sup>; cuya taxativa, dice Lopez,<sup>6</sup> la induce la division del territorio. La citada ley de Partida pone por ejemplo de ellas las fuentes, las plazas del mercado, las casas de cabildo, los arenales de las riberas de los rios, los ejidos, las calzadas, los montes, (a) las dehesas y todos los demas lu-

1 Cit. dec. de 30 de septiembre de 1831.

2 L. 1 tit. 5 lib. 7 R., ó 3 tit. 16 lib. 7 N.

3 Art. 4 al fin del dec. de 18 de mayo de 1821.

4 L. 7 tit. 5 lib. 7 R., ó 3 tit. 21 lib. 7 N.

5 L. 9 tit. 28 part. 3.

6 Gl. 10 de dicha ley 9.

(a) Monte en rigor es cualquiera parte de tierra notablemente encumbrada sobre las demas; pero generalmente se entiende por monte la tierra cubierta de árboles silvestres. L14.

gares semejantes á estos, que estan establecidos para beneficio comun de las ciudades y villas. Ejido se llama el campo que está á la salida de las ciudades, pueblos y lugares, y que no se planta ni se labra. Su extension segun la ley<sup>1</sup>, debe ser tanta cuanta se necesite, para que en el caso de que crezca la poblacion, siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear, y salir los ganados sin hacer daño; sobre lo cual es claro que no puede darse regla fija, sino que todo debe ser arbitrario con atencion á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, número de sus habitantes, &c.<sup>2</sup>. A los pueblos de indios debe darse por *fundo legal* para sus sementeras, seiscientas varas al rededor de la poblacion por los cuatro vientos, ó las que necesitaren si fueren de mas que de ordinaria vecindad, de modo que los indios vivan y siembren sin escasez ni limitacion. Las estancias de ganados han de estar apartadas de estos pueblos mil y cien varas, medidas estas y aquellas desde la iglesia del pueblo, y no desde la última casa. Si se siguiere perjuicio de la adjudicacion de estos terrenos así á las tierras de repartimiento de los mismos indios, como á las de los labradores, se reemplazará á unos y otros alargando sus distancias por el parage que se reconociere mas á propósito y ménos gravoso á ambas partes; y no habiendo tierras de repartimiento de los indios, ni de composicion de los labradores de que poderse resarcir el perjuicio, se hará de las pertenecientes á la nacion, con tanta igualdad que ni á unos ni á otros se dé motivo de queja, ni á que se susciten pleitos, ántes bien se use con todos de equidad, alentándolos á que cada uno se contenga en sus linderos, y atendiendo especialmente al bien y provecho de los indios<sup>3</sup>. Una disposicion posterior<sup>4</sup> ordena que á los pueblos de indios se les dé sitio que tenga comodidad de aguas, tierras, montes, salidas y entradas para que hagan sus labranzas, y un ejido de una legua donde pasten sus ganados. Por último, sobre este punto, atendiendo á que el juicio que promueven los indios para que se les midan las seiscientas varas del fundo legal, cuando se encuentran defraudados por haberse introducido en ellas los colindantes, es de los que en el derecho se conocen con el nombre de dobles, en que todos hacen las veces de actores y reos; y que siendo, como es, individuo y universal, de no seguirse en el

mase monte *alto* el que está poblado de árboles grandes, como encinas, robles, pinos, alcornoques y otros; y monte *bajo* el poblado de matas y malas yerbas.—E.

1 L. 13 tit. 7 lib. 4 R. I.

2 Alvarez *Instituc.* lib. 2 tit. 1.

3 Ordenanza del marqués de Falces de 26 de mayo de 1567 inserta en los *Autos de Be-*

leña primer foliage núm. 192. LL. 12 y 18 tit. 12 lib. 4 y 20 tit. 3 lib. 6 R. I. Cédulas de 4 de junio de 1687 y 12 de julio de 1695 insertas en la cit. obra ult. foliage núm. 3c2.

4 Cédula de 15 de octubre de 1713 recopilada en la misma obra ult. fol. n. 384. Véase sobre esta materia el art. 61 de la Ordenanza de Intendentes.



juizado á quien corresponda el pueblo, resultaría el inconveniente de que aquellos infelices litigarian, siendo los colindantes de distintos fueros, ante él cada uno, dividiéndose la continencia de la causa, y dando ocasion á que unas personas que tanto favorecen las leyes, abandonarán un derecho tan recomendable por ellas mismas; en cambio de evitar los gastos y dilaciones que les habian de producir tales instancias, se resolvió que la justicia ordinaria deba conocer privativa y exclusivamente de dichas instancias, sea cual fuere el fuero de los colindantes<sup>1</sup>.\*

\*26 Los montes, pastos y aguas (a) de un pueblo son comunes á todos sus vecinos, en cuyo número se comprenden los aldeanos de ciudad ó villa<sup>2</sup>, los que los pueden gozar libremente y traer allí sus ganados<sup>3</sup>, tomar la fruta silvestre que produzcan, llevar plantas para poner en sus heredades y estancias<sup>4</sup>, y cortar madera de los montes para su aprovechamiento<sup>5</sup>. En conformidad á estas disposiciones, la audiencia de Méjico usando de la facultad que le concedia la ley 9 tit. 17 lib. 4 R. I., acordó en 20 de mayo de 1756, se previniese á las justicias, no permitiesen se perjudicase en los pastos á los dueños de estancias y montes; pero que estos no impidiesen á los indios el entrar en ellos al corte de todas aquellas especies de leña y maderas que necesitasen para sus propios usos y el de sus familias, fábricas, y reparo de sus casas y jacales, como tambien en las de sus iglesias; bien entendidos de que no por este beneficio habian de talar, destruir ó destrozarse los árboles, ni causar ningun perjuicio: pues caso que se hiciese constar, á mas de que se procedería contra ellos con todo rigor, quedarian privados por el mismo hecho de no poderse aprovechar en lo sucesivo: cuya pena y prohibicion se extendió asimismo contra los que intentasen el corte de la madera ó leña para vender ó utilizarse en otra forma que no fuese la propuesta de lo necesario y preciso á sus propios usos y menesteres; á excepcion de que los dueños se lo concediesen bajo algunos pactos ó pensiones, en cu-

<sup>1</sup> Céd. de 14 de mayo de 1804.

(a) La l. 63 tit. 2 lib. 3 R. I. prevenia el nombramiento de un juez que repartiase las aguas á los indios, para que rieguen sus tierras, chacras, sementeras y abrevén los ganados. La ley 11 tit. 17 lib. 4 id. ordena que el mismo orden que los indios tuvieren en la division y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los españoles entre quienes estuvieren repartidas y señaladas las tierras, interviniendo para esto los mismos naturales que ántes lo tenían á su cargo, con cuyo parecer sean regadas y se dé á cada uno el agua que debe tener sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la tomare y ocupare por su propia autoridad le sea quitada, hasta que todos los inferiores á él rieguen las tierras que tuvieren señaladas. En

las cédulas de 18 de noviembre de 1803 y 22 de junio de 1807, está declarado que el vecindario de las ciudades es el único dueño de todas las aguas que se conducen por las cañerías públicas, y que siempre que las necesite para su surtido, deben quedar privados de ella los particulares que las gocen por merced ó concesion del ayuntamiento, reintegrándoles las cantidades que hubiesen satisfecho. Asimismo se prohibió el que se hiciesen nuevas concesiones ó mercedes por precio ni sin él sin que preceda permiso superior, é instruccion de expediente.—E.

2 L. 3 tit. 6 lib. 7 R., ó 2 tit. 18 lib. 6 N.

3 L. 5 tit. 17 lib. 4 R. I.

4 L. 8 id. id.

5 L. 14 al pr. id. id.

yo caso lo podrian ejecutar, cumpliéndoles y satisfaciéndoles en lo que se ajustaren; celando y velando las justicias el que así se cumpliera y ejecutase, pena de quinientos pesos.\*

27. Los que no sean vecinos no pueden usar de los pastos. Así el guarda de estos, aunque no tiene jurisdiccion, puede aprender los ganados que no fueren del lugar; pero estos ganados aprendados, no deben maltratarse, retenerse ni encerrarse, y solo por ese medio se obligará á sus dueños á satisfacer el daño justificado con apreciadores, testigos &c., y la pena que las ordenanzas del pueblo impusieren<sup>1</sup>. La accion para aprender es popular, y así cada vecino puede mover pleito sobre ello<sup>2</sup>, y los gastos del pleito se sacarán de los bienes del concejo<sup>3</sup>. Los carreteros conductores ó arrieros 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<sup>4</sup>; \*y sin embargo de cualquiera costumbre (que está declarada abuso ó corruptela) nada ha de cobrarseles, exigirseles ni demandárseles por razon de pastos ó aguages, ni impedirseles las detenciones que necesitan hacer para la conservacion de sus recuas y boyadas, pena de doscientos pesos por primera vez que se exigirán irremisiblemente, y se procederá á lo demas que haya lugar\*.

28. \*En los montes y plantíos del comun, está á cargo de los ayuntamientos la vigilancia y cuidado que prescriben las leyes, debiendo procurar con todo esmero la conservacion y repoblacion de ellos, con la mas exacta observancia de los reglamentos que rijan en la materia, en todo aquello que no esté derogado ó modificado por disposiciones posteriores<sup>5</sup>. En los términos de las ciudades, villas y lugares deben plantarse montes y los árboles que convengan, para que haya pastos para los ganados y abasto de leña y madera, con el menor daño que sea posible de las labranzas<sup>6</sup>. Los árboles jamas han de cortarse por el pié, pues de otro modo no podrán volver á crecer y á aumentarse<sup>7</sup>. Las autoridades encargadas de este ramo han de visitar cada año los montes, y cuidar de que se ejecuten las penas establecidas<sup>8</sup> contra los infractores, ó las convenientes á su arbitrio<sup>9</sup>. Todo esto se expresó mas en las ordenanzas de 7 y 12 de diciembre

1 Arg. de las LL. 7 tit. 4 lib. 4 R. I. y 12 tit. 7 lib. 7 R., ó 1 tit. 25 lib. 7 N. La ley 20 al fin tit. 3 lib. 6 R. I. permite á los indios que puedan matar el ganado que entrare en sus tierras sin pena alguna.—E.  
2 Arg. de la 10 vers. Si alguno tit. 11 Part. 3 y de la 12 cit.  
3 Otero, De pascuis cap. 20.  
4 LL. 3 y 4 tit. 19 lib. 6 R., ó 3 y 4 y nota 1 tit. 28 lib. 7 N.

5 Bando de 12 de julio de 1783 inserto en los Autos de Beleña ult. fol. núm. 582.  
6 Art. 8 cap. 1 del dec. de 23 de junio de 1813.  
7 LL. 15 tit. 7 lib. 7 R., ó 2 tit. 24 lib. 7 N. y 16 tit. 17 lib. 4 R. I.  
8 LL. 7 tit. 7 lib. 7 R., ó 1 tit. 24 lib. 7 N. y 14 al fin tit. 17 lib. 8 R. I.  
9 L. 15 tit. 7 lib. 7 R., ó 2 tit. 24 lib. 7 N.  
10 L. 16 al fin tit. 17 lib. 4 R. I.

de 1784, mandando que no se cortasen árboles sin la respectiva licencia, 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. Esta ordenanza se extendió á los montes de particulares en cédula de 18 de octubre de 1765(a)\*; pero posteriormente se derogaron y anularon en todas sus partes las leyes y ordenanzas de montes y plantíos en cuanto conciernen á los de dominio particular, y en su consecuencia quedaron los dueños en absoluta libertad de hacer de ellos lo que más les acomode, sin sujeción alguna á las reglas y prevenciones contenidas en dichas leyes y ordenanzas; teniendo igual libertad para cortar sus árboles y vender sus maderas á quienes quisieren: y ni el estado, ni cuerpo alguno, ni persona particular podrá alegar para estas compras privilegio de tanteo ó preferencia, ú otros semejantes, los cuales también se derogaron, debiendo hacerse los contratos por convenciones enteramente libres entre las partes. Los terrenos destinados á plantío, cuyo suelo y arbolado fuesen de dominio particular, se declararon asimismo cerrados y acotados perpetuamente, y sus dueños con facultad de cerrarlos y aprovechar como quisieren los frutos y producciones, dejando libre el paso de caminos reales, y de travesías ó servidumbres, cañadas, y abrevaderos, como también el disfrute de caza y pesca.<sup>1\*</sup>

29. 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 prescripción inmemorial<sup>2</sup>. Por consiguiente si se suscitare disputa ó pleito sobre si los baldíos pertenecen al concejo del lugar ó á otro alguno, deberá estarse á la posesión inmemorial<sup>3</sup>. Aunque los actos de los particulares no perjudican regularmente á la comunidad, podrán adquirirse no obstante los pastos por hechos de sus vecinos<sup>4</sup>. Los pastos de los lugares yermos y despoblados, deben

(a) Estas y otras muchas y larguísimas disposiciones que sería inútil y fastidioso extractar, se han dado en diferentes épocas para la conservación y aumento de montes y plantíos, con el objeto de que hubiese abasto de leña para el consumo de los vecinos, de madera para la construcción de casas y navios, y de pastos y abrigo para los ganados. Mas parece que el amontonamiento de ordenanzas, lejos de contribuir al fomento del arbolado, no ha servido sino para destruirlo y aniquilarlo casi enteramente, así en los montes concejiles como en los particulares; porque en aquellos no ha habido vecino que no haya procurado aprovecharse de sus producciones sin tomar parte alguna en promover-

las, á pesar de las leyes que siempre han sido y serán impotentes en semejante materia; y en estos no ha pedido menos de amortiguarse la actividad de los propietarios con la multitud de trabas que le han puesto las ordenanzas mismas. Redúzcanse los montes comunes á propiedad particular; cesen las formalidades y vejaciones en ellos, y luego se verá como prosperar multiplicándose los árboles y pastos. Escribo *Diccion. de Legisl.—E.*

1 Decreto de 14 de enero de 1812, y arts. 1 y 8. del de 8 de junio de 1813.  
2 Otero *De pascuis* cap. 17.  
3 Otero allí cap. 9. n. 18.  
4 El mismo, caps. 20 y 21.

agregarse ó adjudicarse á los lugares inmediatos<sup>1</sup>; y el pueblo que abunde de ellos conceder al vecino que esté falto los que le sobren<sup>2</sup>.

30. El derecho de pastos concedido á un pueblo es perpetuo, y se reputa por raíz, sobre el cual se puede constituir censo<sup>3</sup>; y si se concediere á un particular, solo se entiende para las cabezas de ganado que tuviere al tiempo de la concesión<sup>4</sup>. Puede también el pueblo arrendar las yerbas, en cuyo caso debe pagarse alcabala por participar este contrato algo del de venta<sup>5</sup>; y este arrendamiento solo puede tenerlo el que mantuviere ganado, con la condición de solo arrendar la yerba necesaria, y una tercera parte más; y si le sobrase, podrá darla en arrendamiento á otro por el mismo precio, y no más, en que él la arrendó<sup>6</sup>.

\*31. En el uso de las cosas comunes que no pueden servir á muchos á un tiempo, debe observarse con mucha fidelidad, como dice Vattel<sup>7</sup>, el derecho de prevención. Se llama así la preferencia que merece el primer ocupante en el uso de esta especie de cosas de que está en cuasi posesión<sup>8</sup>. Por ejemplo, si yo saco actualmente agua de un pozo común ó público, cualquiera persona que llegue después no puede quitarme para hacer lo mismo, sino que debe esperar á que yo concluya, porque uso entonces de mi derecho, y nadie puede perturbarme en él: y aquella persona que le tiene igual no puede hacerlo valer en perjuicio del mío, porque obligarme á cesar con su llegada, sería apropiarse mayor y ofender la ley de la igualdad<sup>9</sup>. Además, como observa Domínguez<sup>10</sup>, si en dicho caso se impidieran mutuamente los concurrentes, no se conservaría el género humano, nacerían discordias, y se seguirían efectos contrarios al objeto del derecho natural. La misma regla debe observarse con respecto á las cosas comunes que se consumen con el uso, porque pertenecen al primero que se sirve de ellas, y otro que llegue no tiene derecho para despojarle<sup>11</sup>. Nadie puede prohibir á otro el uso de las cosas comunes, y contra el que lo hiciere concedía el derecho romano acción de injurias<sup>12</sup>.

32. \*En este lugar parece conveniente dar idea de los pósitos. Pósitos son ciertos establecimientos que suele haber en las ciudades, villas y lugares donde se guarda cantidad de granos, que se tiene de repuesto y prevención con el objeto de prestarlos á los labradores, así para la siembra como para su consumo en los meses de mayor urgencia y escasez, y de invertirlos en el panadeo para abasto del

1 El mismo, cap. 23. desde el n. 14. al 18.  
2 El mismo, cap. 29.  
3 Otero, cap. 23. n. 3. y cap. 27. ns. 8 y 9.  
4 El mismo, cap. 24.  
5 El mismo, cap. 36.  
6 L. 24. tit. 7. lib. 7. R., ó 6. tit. 25. lib. 7. N.  
7 Derecho de gentes lib. 1. cap. 20. n. 250.  
8 Hevia Bolaños, *Comercio naval* cap. 1. n. 3.  
9 Vattel lug. cit.  
10 Ilustrac. á la Curia. *Com. nav.* lib. 3. cap. 1. n. 23.  
11 Vattel lug. cit. n. 251.  
12 LL. 13. § 1. ff. *De injuriis*. y 2. § 9. ff. *Ne quid in loco publico*.

público. El cuidado de ellos toca á los ayuntamientos, entendiéndose en estos puntos con el gefe político superior, y observando las leyes é instrucciones que rijan en la materia<sup>1</sup>; mas respecto de los pósitos que siendo de fundacion particular esten encargados á la direccion de persona ó personas determinadas bajo reglamentos, solo tocará á aquel si observare abusos, participarlos al gefe político para el conveniente remedio; pero sin perturbar de modo alguno en el uso de sus respectivas funciones á los directores, administradores y demas empleados en ellos<sup>2</sup>. Dícese que el objeto de los pósitos es contener la subida del precio de los granos, poner un obstáculo á los monopolios, fomentar la agricultura y proveer á la subsistencia; pero estas ventajas, como observa Escriche<sup>3</sup>, no se pueden lograr sino con el libre comercio de los granos: los medios directos, los pósitos, los graneros de precaucion, los suministros hechos por el gobierno, aumentan el mal en vez de remediarlo.\*

33. \*Bienes particulares ó de cada uno, son aquellos que estan en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficcion, como cuando el derecho finge que una cosa está en dominio no teniendo señor alguno, v. g. la herencia yacente<sup>4</sup>.\*

34. Tambien se dividen las cosas en *corporales é incorporales*. Las primeras son las materiales, que estando sujetas á los sentidos exteriormente pueden verse y tocarse. Las segundas son las que no pueden percibirse ni tocarse, porque consisten en el derecho ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa, el cual en sí solo puede concebirse por el entendimiento, aunque sus efectos se sujeten á los sentidos, como el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres, las obligaciones, &c. Se diferencian unas de otras, ademas de la circunstancia expresada en la definicion, en que las corporales se poseen y entregan verdadera y propiamente, y las incorporales impropriamente<sup>5</sup>; por lo que en ellas se dice que solo hay *cuasi dominio, cuasi posesion y cuasi tradicion*, como explicaremos en los capítulos siguientes. Distingúense tambien en el tiempo necesario para su prescripcion; y por último, en las acciones con que las reclamamos, pues para las unas se concede la llamada *reivindicatoria*<sup>6</sup>, y para las otras la *confesoria y negatoria*<sup>7</sup>.\*

35. \*Las cosas corporales se subdividen en *muebles é inmuebles ó raices*. Muebles son las que pueden trasladarse de lugar á lugar, sin sufrir alteracion ni detrimento alguno, ó por sí mismas, como las ani-

<sup>1</sup> Tratan de pósitos la ley 11. tit. 13. lib.

<sup>4</sup> R. I. y el tit. 20. lib. 7. N.

<sup>2</sup> Arts. 7 y 9. cap. 1. del decreto de 23 de junio de 1813.

<sup>3</sup> Diccinar. de Legislaç.

<sup>4</sup> L. 2. tit. 28. part. 3.

<sup>5</sup> L. 1. tit. 30. part. 3.

<sup>6</sup> § 1. Inst. De action.

<sup>7</sup> § 2. eod. Merzenfeldt. Instit. lib. 2. tit. 2.

<sup>8</sup> l. n. 6.

madas (en cuyo caso se llaman *semoventes*), ó por medio de otro, como las inanimadas. Inmuebles por el contrario, son las que no pueden llevarse de una parte á otra sin que padezca su integridad. Las cosas muebles son ó *preciosas ó no preciosas*. Preciosas se llaman las que pueden conservarse guardándolas y merecen estimacion por su valor, construccion, antigüedad ú otros motivos, como las joyas, los vasos de oro ó plata &c. No preciosas son las que no pueden conservarse guardándolas, como el vino, trigo &c., ni merecen especial atencion: v. g. una alhaja de poco valor, comun y ordinaria<sup>1</sup>.\* De las inmuebles unas son *natural* y otras *civilmente* tales. Inmuebles naturalmente se llaman las que no pueden moverse por impedirlo la naturaleza, como los campos, las casas &c.: civilmente lo son aquellas que aunque por su naturaleza pueden moverse, el derecho sin embargo las reputa inmuebles, por estar destinadas para la perpetua utilidad ú ornato de alguna cosa raiz<sup>2</sup>.

36. \*Los derechos y acciones no se cuentan propiamente entre los bienes muebles ni entre los raices, sino que constituyen una especie distinta de ambos. Mas como á veces es necesario computarlos en una ú otra clase para varios efectos del derecho, advertimos que siendo relativos á cosas raices, se tendrán como raices, y como muebles cuando se refieran á las de este número<sup>3</sup>. Los censos, réditos anuales y pensiones se reputan bienes raices<sup>4</sup> aunque sean redimibles<sup>5</sup>.\*

<sup>1</sup> Merzenfeldt. lug. cit. n. 6.

<sup>2</sup> LL. 29 y 31. tit. 5. part. 5 y 13. y sig. ff. De action. emti et venditi.

<sup>3</sup> Curia filipica part. 2. § 15. n. 14. A los dos autores últimamente citados pueden

ocurrir los que deseen una enumeracion especifica de las cosas muebles y raices. — E.

<sup>4</sup> Clement 1. de V. S. vers. Cumque annui.

<sup>5</sup> Curia filip. lug. cit. n. 16.

## APENDICE A ESTE CAPITULO.

Sobre los límites de las heredades: sacado del tomo primero de Febrero reformado.

1 El tiempo oscurece por lo comun los límites de las heredades, de lo cual se originan pleitos.

2 En ellos se ha de atender en primer lugar á la posesion.

3 A falta de posesion se atiende á los monumentos antiguos.

4 Otro medio de aclarar las dudas so-

bre límites de pueblos es el pago de diezmos y derechos de alcabala.

5 Entre las conjeturas es una la direccion recta de los mojones.

6 La mayor proximidad á un pueblo que á otro es otra conjetura respetable.

- 7 La confrontacion de las señas, nombre y distancia de los mojones, conduce tambien á la averiguacion de la verdad.
- 8 Las escrituras de amojonamientos con presencia del plano del terreno forma plena probanza en estos juicios.
- 9 Para que las visitas de amojonamientos causen estado, es precisa la convocacion de todos los interesados.
- 10 Tambien contribuyen á la prueba en ellas los testigos fidedignos y de mayor edad.
- 11 ¿Cuáles merecen mayor crédito entre los testigos?
- 12 ¿Cómo deben conducirse los peritos en esta materia?
- 13 ¿Cuáles mapas ó planos merecen mas fe en estos casos?
- 14 y 15 Trámites y práctica del apeo.
- 16 En los casos en que no se puede hallar la verdadera linde, el juez dispone la division *ex aequo et bono*.
- 17 Declarados los linderos, el que los traspasa comete despojo.
- 18 En muchos casos conviene cortar tales pleitos por medio de justas transacciones.
- 19 \*A quién toca arreglar los límites de los estados y terminar sus diferencias cuando no hayan convenido entre sí sobre este punto.\*

1. **E**l 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 dueños 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, segun se justifique, deban considerarse como dote de cada poblacion, á fin de disfrutar sus pastos y demas aprovechamientos<sup>1</sup>. \* A este acto llaman los prácticos *juicio de apeo*, aunque, como dice Gomez Negro<sup>2</sup>, con toda impropiedad; pues realmente no es mas que una diligencia que puede servir de prueba en caso de disputarse el dominio ó posesion de las heredades deslindadas, y solo puede formarse juicio, no sobre el apeo, pues á este nadie se puede oponer, sino sobre el modo con que se ha ejecutado guardando ó no las solemnidades que adelante explicaremos.\*

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<sup>3</sup>.

3. A falta de posesion ó de pruebas competentes de la misma, pueden justificarse las lindes por medio de monumentos antiguos,

<sup>1</sup> L. 17. tit. 17. lib. 1. N. Gomez Negro *Elem. de Pract. for.* part. 1. pag. 196.  
<sup>2</sup> Lug. cit.

<sup>3</sup> La mayor parte de estas reglas estan sacadas de la *Pract. for.* de Elizond. tom. 2 y 3.

como zanjias 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 otra 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 línea recta. Si los mojones estan claros, y siempre se han conocido así, este solo hecho es una prueba, pues la posesion inmemorial es un título 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 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<sup>1</sup>.

7. Otra prueba conjetural es el hacerse ó no mencion de los mojones en los instrumentos de propiedad, dándose en ellos á entender que el término que se litiga parte límites con el del pueblo que lo disputa, ó que está dentro ó fuera de ellos. No ménos 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<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>, sin que nombrados una vez por las partes puedan despues recurrirles.”

9. „Para que las visitas y mojoneras causen un estado inalterable, es necesario se citen los pueblos y personas particulares á

<sup>1</sup> L. 9. tit. 28. part. 3.

<sup>2</sup> Tom. 3. pag. 109 y 110. ns. 7, 11, 12 y 13.

<sup>3</sup> L. fin. tit. 15. part. 6.

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 cifran 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 confines, 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, acostumbra 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 ménos frecuente 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. „Los mapas sirven tambien para decidir las controversias de confines, situaciones é identidades de las cosas litigiosas; mas es preciso distinguir los públicos de los privados, esto es, los geo-

<sup>1</sup> Pract. univ. for. tom. 4. pag. 230 y 231. ns. 27, 28, 29 y 30.

gráficos de los topográficos (\*), impresos para la utilidad pública, ó hechos por pura conveniencia de las partes, sin consentimiento recíproco 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 límites 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 límites, y ya tambien por la diversidad de sus autores, mas ó ménos 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."

14. \* Cuando uno quiere amojonar sus heredades, acude al juez para que con presencia de los documentos que exhibe, se sirva hacer el apeo, haciéndolo saber á los dueños confinantes ciertos, fijando edictos para los inciertos, que deberán ser de nueve en nueve dias con diligencia del escribano de haber puesto y quitado otro, y librando requisitoria para los que se hallen en distinta jurisdiccion, notificando á todos nombren peritos agrimeasores, con apercibimiento de hacerlo de oficio y nombrando el suyo por su parte<sup>1</sup>. El juez provee de conformidad, señalando dia para verificar el reconocimiento, citando á todos los interesados (cuya citacion es de tanta importancia, que sin ella, dice Elizondo<sup>2</sup>, padece el acto una notoria nulidad) y notificándolos nombren sus peritos. Si comparecen aquellos, hace el nombramiento, y si no, los declara por contumaces el juez, y verifica el deslinde el nombrado por el que lo pide, y el que nombra el juez por los ausentes é inciertos. Previas estas diligencias y llegado el dia que se asignó, pasa el juez acompañado de las partes, peritos y escribano al terreno cuyos límites se quieren fijar, para determinarlos por su inspeccion ocular<sup>3</sup>; así lo establecen dos leyes, sin embargo de las cuales dice Elizondo<sup>4</sup>, que en todos aquellos casos donde puedan tenerse por suficientemente probados la situacion y estado de la cosa por peritos y testigos, sin contrariedad ó diversidad, ó por mapas topográficos ú otras especies de justificacion, no han de decre-

(\*) 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 descripcion de las

aguas ó parte de estas.

<sup>1</sup> Gomez Negro lug. cit.

<sup>2</sup> Lug. cit.

<sup>3</sup> LL. 8. tit. 14. part. 3. y 10. tit. 15. p. 6.

<sup>4</sup> Lug. cit.

tar los jueces los reconocimientos con su asistencia, que siempre ha de entenderse subsidiaria para excusar gastos á los contendientes.

15. \* Si al tiempo de ejecutar el apeo hiciere alguna protesta cualquiera de los interesados, se admite sin suspender las operaciones, y concluidas en un todo, el que solicitó el apeo pide al juez lo apruebe interponiendo su decreto y autoridad; de cuya pretension se da traslado á todos los dueños confinantes en la forma que se les citó, con apercibimiento de aprobarlo si no acuden dentro de tanto tiempo á pedir su nulidad. Si no lo hacen, les acusa el actor de rebeldía, y en su consecuencia se aprueba cuanto ha lugar en derecho; pero si salen dentro del término señalado, se les oye en juicio ordinario: advirtiéndole que el juez debe autorizar el apeo estando *ritè et rectè* hecho, sin perjuicio de las partes, y sin poner en posesion á nadie en virtud de él, pues sobre ello no ha recaído contienda. Si lo hiciere no precediendo expreso consentimiento y conformidad de los interesados, ú otro formal correspondiente procedimiento de justicia, comete un verdadero despojo, que deberá reintegrarse con vista solo de los autos del apeo, y de lo que en su razon alegaren las partes, cuyos derechos se reservarán para que ejecutada la reposicion, los deduzcan como les convenga<sup>1</sup>.\*

16. „Si los términos en todo ó en parte no pueden cómodamente dividirse, dice finalmente en otro lugar el citado Elizondo<sup>2</sup>, bien porque son oscuros los derechos probados por los contendientes 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, 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.”

\*Asimismo, si los mojones de una heredad entrasen en la otra, y por ello creyere el juez que podrá haber alguna disputa, debe mandarlos poner de manera que esta quede evitada, condenando á aquel cuya heredad se aumente á pagar al otro el valor de lo que se le crezca, debiendo todos en este punto obedecer al juez, quien en caso de resistencia podrá multarlos<sup>3</sup>.\*

17. „Despues de declarada la cuestion de division de términos, si se atreviese 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

<sup>1</sup> L. 17. vers. Para que tit. 17. lib. 1. N. | <sup>2</sup> Tom. 2. pag. 120. | <sup>3</sup> L. 10. tit. 15. part. 6.

muy conveniente poner términos á ellos en los casos dudosos por medio de unas justas y arregladas transacciones que sofoquen las contiendas, aseguren el derecho de los pueblos, y cuya contravencion sea refrenada con la satisfaccion ó indemnizacion de todos los perjuicios que se causen en lo sucesivo.”

19. \*En este lugar creemos oportuno advertir, que el arreglo de los límites de los Estados, así como la terminacion de sus diferencias cuando no hayan convenido entre sí sobre la demarcacion de sus respectivos distritos, pertenece exclusivamente al congreso general<sup>1</sup>.\*

<sup>1</sup> Part. 5. del art. 50 de la Const. fed.

## CAPITULO II.

### Del dominio y de los modos de adquirirle.

- |          |   |  |
|----------|---|--|
| 1        | ¿Qué cosa es dominio, y de cuántas especies?  | nunciarse no solo en los fundos comunes, sino tambien en los particulares y en las poblaciones con varios requisitos.*   |
| 2        | ¿Por cuántos modos se adquiere el dominio?  | 21* Trámites para la adjudicacion de una mina descubierta.*  |
| 3 y 4*   | Explicase la naturaleza y requisitos de la ocupacion.*  | 22* Trámites para la denunciada.*  |
| 5*       | Especies de la ocupacion.*  | 23* Bienes <i>mostrencos</i> .*  |
| 6*       | Las fieras pueden cazarse aun en el fundo ageno con permiso del dueño de este.*                               | 24* Bienes de naufragos.*  |
| 7*       | ¿Qué se hará en los casos en que muchos concurren á la ocupacion?*  | 25* Depósitos sin dueño.*  |
| 8*       | Cuando salen los animales cazados del dominio del cazador.*   | 26* Propiedad de los autores en sus respectivas obras, derecho que compete á sus herederos, y penas de los que las hagan reimprimir sin su permiso.*             |
| 9*       | Disposiciones sobre la libertad de cazar y pescar, y á quiénes y con qué obligaciones se concede lo segundo.* | 27, 28 y 29* Disposiciones acerca de los privilegios exclusivos que pueden obtener los inventores, perfeccionadores ó introductores de algun ramo de industria.* |
| 10*      | Libertad del buceo de la perla.*  | 30   |
| 11*      | Ocupacion bélica.*  | ¿Cómo se adquiere el dominio por agregacion ó accesion? Diversas especies de estas, y primeramente de las naturales.   |
| 12*      | ¿Cuándo y cómo se adquiere el dominio de las cosas tomadas al enemigo?*                                       | 31* Accesiones industriales.*  |
| 13*      | ¿A quién pertenece la presa tomada á los enemigos?*   | 32* Requisito para la accesion y obligacion del que adquiere por ella.*  |
| 14*      | Disposiciones acerca del corso.*  | 33* Edificacion.*  |
| 15*      | No hay distincion de si la guerra es justa ó injusta en el fuero externo, aunque sí en el interno.*           | 34* Especificacion.*   |
| 16       | ¿Qué sea invencion y sus requisitos.  | 35* Conmixtion.*   |
| 17 y 18* | Disposiciones acerca de los tesoros.*   | 36* Accesiones mixtas.*  |
| 19*      | Adquisicion de las minas por descubrimiento ó por denuncia, y quiénes pueden adquirirlas.*                    | 37 y 38* Requisitos para la percepcion de los frutos de cosa agena.*   |
| 20*      | Las minas pueden descubrirse ó de-  | 39   |
|          |   | ¿Qué sea tradicion: sus especies,* y requisitos para adquirir el dominio en su virtud.*  |
|          |   | 40   |
|          |   | ¿Cuáles modos de adquirir se llama-  |

tar los jueces los reconocimientos con su asistencia, que siempre ha de entenderse subsidiaria para excusar gastos á los contendientes.

15. \* Si al tiempo de ejecutar el apeo hiciere alguna protesta cualquiera de los interesados, se admite sin suspender las operaciones, y concluidas en un todo, el que solicitó el apeo pide al juez lo apruebe interponiendo su decreto y autoridad; de cuya pretension se da traslado á todos los dueños confinantes en la forma que se les citó, con apercibimiento de aprobarlo si no acuden dentro de tanto tiempo á pedir su nulidad. Si no lo hacen, les acusa el actor de rebeldía, y en su consecuencia se aprueba cuanto ha lugar en derecho; pero si salen dentro del término señalado, se les oye en juicio ordinario: advirtiéndole que el juez debe autorizar el apeo estando *ritè et rectè* hecho, sin perjuicio de las partes, y sin poner en posesion á nadie en virtud de él, pues sobre ello no ha recaído contienda. Si lo hiciere no precediendo expreso consentimiento y conformidad de los interesados, ú otro formal correspondiente procedimiento de justicia, comete un verdadero despojo, que deberá reintegrarse con vista solo de los autos del apeo, y de lo que en su razon alegaren las partes, cuyos derechos se reservarán para que ejecutada la reposicion, los deduzcan como les convenga<sup>1</sup>.\*

16. „Si los términos en todo ó en parte no pueden cómodamente dividirse, dice finalmente en otro lugar el citado Elizondo<sup>2</sup>, bien porque son oscuros los derechos probados por los contendientes 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, 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.”

\*Asimismo, si los mojones de una heredad entrasen en la otra, y por ello creyere el juez que podrá haber alguna disputa, debe mandarlos poner de manera que esta quede evitada, condenando á aquel cuya heredad se aumente á pagar al otro el valor de lo que se le crezca, debiendo todos en este punto obedecer al juez, quien en caso de resistencia podrá multarlos<sup>3</sup>.\*

17. „Despues de declarada la cuestion de division de términos, si se atreviese 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

<sup>1</sup> L. 17. vers. Para que tit. 17. lib. 1. N. | <sup>2</sup> Tom. 2. pag. 120. | <sup>3</sup> L. 10. tit. 15. part. 6.

muy conveniente poner términos á ellos en los casos dudosos por medio de unas justas y arregladas transacciones que sofoquen las contiendas, aseguren el derecho de los pueblos, y cuya contravencion sea refrenada con la satisfaccion ó indemnizacion de todos los perjuicios que se causen en lo sucesivo.”

19. \*En este lugar creemos oportuno advertir, que el arreglo de los límites de los Estados, así como la terminacion de sus diferencias cuando no hayan convenido entre sí sobre la demarcacion de sus respectivos distritos, pertenece exclusivamente al congreso general<sup>1</sup>.\*

<sup>1</sup> Part. 5. del art. 50 de la Const. fed.

## CAPITULO II.

### Del dominio y de los modos de adquirirle.

- |          |   |  |
|----------|---|--|
| 1        | ¿Qué cosa es dominio, y de cuántas especies?  | nunciarse no solo en los fundos comunes, sino tambien en los particulares y en las poblaciones con varios requisitos.*   |
| 2        | ¿Por cuántos modos se adquiere el dominio?  | 21* Trámites para la adjudicacion de una mina descubierta.*  |
| 3 y 4*   | Explicase la naturaleza y requisitos de la ocupacion.*  | 22* Trámites para la denunciada.*  |
| 5*       | Especies de la ocupacion.*  | 23* Bienes <i>mostrencos</i> .*  |
| 6*       | Las fieras pueden cazarse aun en el fundo ageno con permiso del dueño de este.*                               | 24* Bienes de naufragos.*  |
| 7*       | ¿Qué se hará en los casos en que muchos concurren á la ocupacion?*  | 25* Depósitos sin dueño.*  |
| 8*       | Cuando salen los animales cazados del dominio del cazador.*   | 26* Propiedad de los autores en sus respectivas obras, derecho que compete á sus herederos, y penas de los que las hagan reimprimir sin su permiso.*             |
| 9*       | Disposiciones sobre la libertad de cazar y pescar, y á quiénes y con qué obligaciones se concede lo segundo.* | 27, 28 y 29* Disposiciones acerca de los privilegios exclusivos que pueden obtener los inventores, perfeccionadores ó introductores de algun ramo de industria.* |
| 10*      | Libertad del buceo de la perla.*  | 30   |
| 11*      | Ocupacion bélica.*  | ¿Cómo se adquiere el dominio por agregacion ó accesion? Diversas especies de estas, y primeramente de las naturales.   |
| 12*      | ¿Cuándo y cómo se adquiere el dominio de las cosas tomadas al enemigo?*                                       | 31* Accesiones industriales.*  |
| 13*      | ¿A quién pertenece la presa tomada á los enemigos?*   | 32* Requisito para la accesion y obligacion del que adquiere por ella.*  |
| 14*      | Disposiciones acerca del corso.*  | 33* Edificacion.*  |
| 15*      | No hay distincion de si la guerra es justa ó injusta en el fuero externo, aunque sí en el interno.*           | 34* Especificacion.*   |
| 16       | ¿Qué sea invencion y sus requisitos.  | 35* Conmixtion.*   |
| 17 y 18* | Disposiciones acerca de los tesoros.*   | 36* Accesiones mixtas.*  |
| 19*      | Adquisicion de las minas por descubrimiento ó por denuncia, y quiénes pueden adquirirlas.*                    | 37 y 38* Requisitos para la percepcion de los frutos de cosa agena.*   |
| 20*      | Las minas pueden descubrirse ó de-  | 39   |
|          |   | ¿Qué sea tradicion: sus especies,* y requisitos para adquirir el dominio en su virtud.*  |
|          |   | 40   |
|          |   | ¿Cuáles modos de adquirir se llama-  |

- man originarios, y cuáles derivativos?
- 41 ¿Qué cosa es prescripción y por qué se introdujo?
- 42 Circunstancias que se requieren para que tenga lugar.
- 43 El título debe ser verdadero.
- 44 ¿En qué consiste la buena fe?
- 45 ¿Qué es posesión y de cuántas maneras?
- 46 De la posesión continua y no interrumpida y (en la nota) \*; se entenderá interrumpida la prescripción por la citación á conciliación?\*
- 47 ¿Quiénes pueden adquirir posesión?

1. **S**e llama dominio el derecho que el hombre tiene de disponer de una cosa y percibir las utilidades que produzca, según su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador ó algún convenio. (a) Divídese en directo y útil, porque pueden 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 *útil* 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 tres, que son: *la ocupación, la accesión ó agregación, y la tradición ó entrega.* (b) Los segundos son: *la prescripción, la herencia, la donación y el legado ó fideicomiso.* (c) Siendo muy digna de notarse la distinción que se encuentra entre el *título y modo de adquirir dominio*, advertimos que tiene dos causas, *próxima y remota.* Próxima es aquella por la cual se consigue el dominio, y remota es la que da lugar á la existencia de la próxima: v. g. compro una alhaja de Ticio, y este, en cumplimiento de la obligación que ha contraído, me la entrega, y yo adquiero dominio. En este caso la tradición en virtud de la cual me hago señor, es la causa próxima, y el contrato de compra que constituyó á Ticio en obligación de verificarla, es la remota. La causa próxima se llama *modo de adquirir*, y la remota *título*.\*

3. Por *ocupación* se entiende *la aprensión que hacemos de las cosas materiales que no son de otro, con ánimo de retenerlas.* \* Se llama apren-

- (a) El dominio se llama también en las leyes *propiedad* (L. 27. al princ. tit. 2. part. 3. y 10. tit. 33. part. 7.); mas como advierte Lopez (gl. 3. de dicha ley 27), la voz dominio es mas lata y general, pues comprende tanto al dominio directo como el útil, cuando la palabra propiedad tan solo se toma por el directo. De aquí concluye, que cuando alguno demande una cosa con acción *rei vindicatoria*, no debe pedir se le declare la propiedad, sino el dominio.—E
- (b) El autor enumeraba cuatro modos de adquirir dominio, añadiendo á los expresados *„la invención ó hallazgo.*” Nosotros la hemos omitido en esa división general, por

hallarse comprendida en la ocupación, de la que es especie.—E.

- (c) El autor no refería, entre los modos de adquirir por derecho civil, el legado y fideicomiso; y en su lugar colocaba *„los demás contratos por los que nos hacemos dueños de las cosas ajenas.*” Juzgamos que se equivocaba, al asentar que los contratos son modos de adquirir dominio, no siendo como veremos adelante, sino puros títulos, que no producen ese efecto mientras no se les siga la tradición.—E.

I Esta idea está tomada de Alvarez (*Instit.* lib. 2. t. 1 § 3.) quien cita en su apoyo las LL. 46 y 47. tit. 28. part. 3. que no

cion *real* la ocupación, y esta debe ser tal cual lo requieran las circunstancias de la cosa: v. g. que coja la fiera, que ponga los pies en el fundo, &c.; pero se añade *con ánimo de adquirirla para sí*, porque si falta este, por sola la aprensión nada se adquiere, de la misma suerte que el ánimo solo no basta sin la aprensión. La razón porque se exigen ambos requisitos es, porque mientras la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece á uno mas que á otro; y si no hay ánimo ó intención de apropiarla, el acto no es humano, y no puede producir efecto alguno civil. Se añade finalmente que la cosa debe ser *de ninguno*, porque si ya tuviere dueño, será hurto y no ocupación.\*

4. \* En la ocupación debe tenerse presente un axioma que sirve de base á todas sus doctrinas, á saber, *las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa.* 2 Una cosa puede ser de ninguno, ó *por naturaleza*, como una fiera en el monte; ó *por tiempo*, como un tesoro de cuyo dueño no hay memoria; ó *por voluntad de su dueño* quien ha querido abandonarla y excluirla del número de sus bienes: en todos estos tres casos tiene lugar la regla establecida.\*

5. \* Las especies que hay de ocupación son tres: caza, ocupación bélica é invención. *Caza* se llama la aprensión de bestias fieras; y como estas son ó cuadrúpedos, ó aves, ó peces, de aquí nace que la caza es de tres maneras: caza propiamente dicha que es la de cuadrúpedos, caza de aves, y pesca de animales del agua. Hemos dicho que la caza es de fieras, para cuya inteligencia debemos advertir que las bestias se dividen en fieras mansas y amansadas. Fieras, son aquellas que no se cogen sino por la fuerza, y cuando se van no tienen ánimo de volver: v. g. un pájaro, un león. Mansos son los animales domésticos que van y vuelven, como los perros, gallinas, &c. Amansados son aquellos que por su naturaleza son salvajes, pero criados en las casas se amansan, como los pavos, gallinas monteses, &c. De todas estas especies, solo en las

la establecen expresamente, y solo pueden alegarse por vía de argumento. Sin embargo, no hemos dado las mismas definiciones que trae este autor, por parecernos muy confusas; y en su lugar hemos substituido otras que juzgamos mas claras.—E.

1 Arg. de las LL. 22. tit. 28. y 2. tit. 29. part. 3.

2 L. 5. al fin id. id. „Si se da el derecho de propiedad al primer ocupante, dice Bentham, (Trat. de legisl. 2.ª part. del cod. civ. cap. 1. § 1.), lo primero, se le evita la pena de esperanza engañada, la pena que sentiria al verse privado de una cosa que ha ocupado antes que todos: lo segundo, se previenen las contestaciones, los combates que podria haber entre él y los concurrentes sucesivos: lo tercero, se pre-

ducen goces que sin esto para nadie existirian; porque el primer ocupante temiendo perder lo que habia hallado, no se atreveria á gozar de ello públicamente por temor de descubrirse á sí mismo, y ningun valor tendria para él todo lo que no pudiese consumir en el instante: lo cuarto, el bien que se le asegura á título de recompensa, es un estímulo para la industria de los otros que trabajaran por adquirir bienes semejantes; y la riqueza general es el resultado de todas estas adquisiciones individuales: lo quinto, si una cosa no apropiada no perteneciera al primer ocupante, seria siempre del mas fuerte, y los flacos estarian en un estado de opresión continua.—E.

3 L. 17. al princip. id. id.



bestias de la primera puede recaer la caza, porque solo las de esa clase son de ninguno, cuyo requisito hemos dicho ser indispensable para la ocupacion<sup>1</sup>; mas de ninguna manera pueden ser adquiridas de este modo las mansas y amansadas, porque tienen dueño, y seria hurto aprenderlas<sup>2</sup>.\*

6. \* Como las fieras no dejan de ser de ninguno por hallarse en fundo ageno, es claro que podrán cazarse aunque se hallen en las posesiones de otro; lo cual se entiende con dos condiciones: la primera, que no se haga daño á las hembras; y la segunda, que no lo prohiba el señor del fundo; porque si lo impidiere como puede en virtud del dominio que tiene en su casa, todo cuanto se cazare despues de la prohibicion le pertenece<sup>3</sup>.

7. \* Cuando muchos concurren á la caza, como si uno hirió la fiera y otro la aprendió, dice la ley de Partida<sup>4</sup> que pertenece al segundo; mas otra del Fuero Real prohíbe que se aprenda la fiera herida mientras la persigue el que la hirió<sup>5</sup>; la cual, dice Gregorio Lopez<sup>6</sup>, que se observa en la práctica, y que es muy conforme á otra de Partida<sup>7</sup>. Sin embargo, creemos muy justo hacer en este caso las distinciones siguientes: si la fiera estaba mortalmente herida, el que la hirió la seguia, y habia por lo mismo una certeza moral de que la aprendiese, adquiere este su dominio, y si otro la coge deberá restituírsela, porque con la herida mortal se entiende que la cogió; pero si la herida era leve, de tal modo que la fiera todavia podria escaparse, si otro la coge en la huida, la hará suya, porque no habia aun perdido su natural libertad; mas cuando se dude si la herida era ó no mortal, si el que la infirió no dejó de perseguirla y otro la cogió, deberá entónces dividirse entre ambos, segun la parte que hayan tenido en la aprension de ella. Del mismo modo, cuando uno preparó un lazo en el que cayó la fiera, segun la ley citada debe ser del primer ocupante; aunque Lopez advierte, que generalmente se acostumbra lo contrario<sup>8</sup>. Nosotros creemos mas equitativo, que si la bestia cayó en el lazo á consecuencia de la persecucion de otro que la dirigió hácia él, se divida tambien entre ambos, pues los dos contribuyeron cada uno con su industria á la ocupacion<sup>9</sup>. En la pesca debe asimismo discurrirse en casos semejantes, con arreglo á estos principios.\*

8. \* Las bestias fieras estan en el dominio del cazador, mientras este las tenga en su poder; mas luego que salgan de él y recobren su natural libertad, pierde aquel el señorío que tenia en ellas, quedan otra vez de ninguno, y se harán de cualquiera que las ocupe de

1 LL. cit. y 22 id. id.  
2 L. 24. id.  
3 L. 17. cit.  
4 L. 21. id. id.  
5 L. 16. tit. 4. lib. 3. F. R.

6 Glos. 1. de dicha ley.  
7 L. 15. tit. 26. part. 2.  
8 En su gl. 3.  
9 Ferraris *Biblioth. verb. Dominium*, art. 2.  
ns. 10 y sig.

nuevo. Se entiende que han recobrado su libertad, cuando huyen y se alejan tanto que ya no se ven, ó aunque se vean es imposible cogérlas<sup>1</sup>. Las amansadas se consideran como mansas, mientras observan la costumbre de ir y volver; mas luego que la pierden vuelven á la clase de fieras, y se les aplican las mismas reglas que á estas<sup>2</sup>, y entónces se dirá que perdieron dicha costumbre, cuando no vuelven á vista de su señor, ó de aquellos domésticos á cuya presencia lo solian hacer<sup>3</sup>.\*

9. \* Aunque la facultad de cazar y pescar es de derecho natural, puede en el estado social limitarse ó modificarse por los soberanos en beneficio del comun, como prueba Covarrubias<sup>4</sup>. Segun este principio se leen varias limitaciones en nuestro derecho<sup>5</sup>, que sustancialmente se reducen á las siguientes: 1.ª que no se cace en tiempo de cria: 2.ª que no se armen cepos grandes en los montes; y 3.ª que para la pesca no se use de cal viva, tósigo, veneno ú otras cosas perjudiciales. Acerca de la pesca en rios y lagunas, está declarado ser libre para hacerla cualquiera que quiera dedicarse á ella; sin que pueda ponérsele embarazo por ningun individuo particular ni justicia, ni exigírsele derechos ó pensiones voluntarias é indebidas bajo ningun pretexto<sup>6</sup>. Esta disposicion se confirmó por otra posterior<sup>7</sup>, en la que al mismo tiempo, sobre la pesca de mar, se declaró tener libertad para hacerla los naturales y los extrangeros, sujetándose á las reglas establecidas, y que en adelante se establecieren para el fomento y seguridad de la pesca, matriculándose en la lista de hombres de mar, y obligándose á hacer servicio en la armada nacional, desde la edad de diez y ocho años hasta la de cuarenta, cuando sean llamados por la ley; con el cual cumplirán la obligacion que tiene todo ciudadano de hacer servicio militar en el mismo caso, y quedarán exentos de él en tierra. Los extrangeros ademas, para gozar de ese beneficio, necesitan obligarse á cumplir las leyes del país, y renunciar el fuero de tales<sup>8</sup>.\*

10. \* El buceo de la perla estaba antiguamente concedido por las leyes del tit. 2.º lib. 4 de la Recop. de Indias con varias limitaciones, y obligacion de pagar á la hacienda pública el quinto de las que se sacaren; debiendo ántes pedirse para ello licencia al superior. Despues

1 L. 19. tit. 28. part. 3.  
2 L. 23. id. id.  
3 Grog. Lop. en la gl. 3. de dicha ley.  
4 In cap. *Peccatum. De reg. jur.* in 6. § 8.  
5 LL. 1. 2. 6 y 9. tit. 8. lib. 7. R., ó 3. 1 y 8. tit. 30. l. 7. N.  
6 Bando de 19 de enero de 1786 inserto en las gacetas de Méjico, tom. 2. pag. 18.  
7 Arts. 1, 2, 4 y 5 del decreto de 8 de octubre de 1820, declarado vigente por los de 20 de noviembre de 1829 y 23 de ma-

yo de 1832.  
8 Art. 16. cit. dec. Siendo comun á todos los hombres el uso del mar, las leyes que prescriben el modo, tiempo y maquinas con que se ha de pescar, solo pueden regir en las costas ó riberas, rios, lagos, estanques y pesquerias determinadas, y no en alta mar, donde es inagotable la pesca, y puede cada uno pescar como mejor le parezca. Escricho *Diccion. art. Pesca.—E.*

se ha declarado absolutamente libre en toda la república, para todos los súbditos de ella; lo mismo que la pesca de la ballena, y particularmente la de nutria y lobo marino en los puertos, ensenadas y surgideros de ambas Californias. Se abolieron todos los derechos municipales, y cualesquiera otros que hayan podido cobrarse con los nombres de regalías, obvenciones y demas, para los comandantes generales y empleados. Se declararon enteramente libres los contratos que celebren entre sí los buzos y armadores, sin mas restricciones que las que estipulasen. Se prohibió á los gobernadores, jueces ó empleados interesarse en este tráfico bajo la pena de perder el empleo y las cantidades que inviertan, las cuales se aplicarán á la persona que justifique pertenecer á los dichos; y por último, se derogaron las leyes del titulo citado en cuanto se opusiesen á estas disposiciones<sup>1</sup>. \*

11. \*La segunda especie de ocupacion dijimos que se llamaba *ocupacion belicia*, y es la aprension de las cosas de los enemigos en la guerra; las cuales las hacemos nuestras<sup>2</sup> en compensacion de lo que aquellos nos deben, y de los gastos y perjuicios que nos han causado<sup>3</sup>. Alvarez dice que este derecho no tiene lugar en las guerras civiles<sup>4</sup>; mas Vattel distingue dos casos: uno cuando los súbditos toman las armas contra el soberano sin dejar de reconocerle, en el cual dice, que no pueden pretenderse los efectos que el derecho de gentes atribuye á las guerras públicas, y particularmente la adquisicion de las cosas tomadas en ellas; pero que sin embargo, los bienes muebles que tome el enemigo se reputan por perdidos para los propietarios, por la dificultad de reconocerlos, y á causa de los inconvenientes que originaria su reclamacion. El otro caso se verifica cuando la nacion se divide en dos partidos absolutamente independientes que ya no reconocen superior comun: entónces los beligerantes se consideran como dos naciones diferentes, que tienen obligacion de observar entre sí las leyes comunes de guerra que impone la razon natural á un estado para con otro<sup>5</sup>. El enemigo tiene tambien derecho para recobrar sus cosas que le han sido tomadas, pues nosotros somos tambien enemigos suyos, y así si las recobra no comete hurto<sup>6</sup>. \*

12. \*El dominio de las cosas tomadas á los enemigos se adquiere habiéndolas tenido una noche, ó puéstolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; de suerte que si otro de los nuestros se las quita des-

1 Dec. de 16 de abril de 1811.

2 L. 20. tit. 28. p. 3.

3 Alvarez (*Instituc.* l. 2. tit. 1. § 4.) asigna por fundamento de la ocupacion belicia, la ficcion del derecho romano que supone ser de ninguno las cosas del enemigo. Nosotros atendiendo, á que como ha

demostrado Bentham, (*Trat. de legisl.* tom. 1. cap. 13), la ficcion no es razon, hemos dado la que trae Vattel, que es ciertamente mas fundada y filosófica.—E.

4 Lug. cit.

5 Vattel *Derecho de gentes*, lib. 3. n. 295.

6 Alvarez lug. cit.

pues de haber trasnochado en su poder, ó despues de que ellos las hayan asegurado, no deben ser del primero que las perdió, sino del que las rescató<sup>1</sup>. Pero esto tiene lugar cuando la guerra á corso es por tierra, porque si fuere por mar no se adquieren las cosas hasta llegar al puerto y asegurarlas. La razon de la variedad de estos derechos es, porque en tierra es mas fácil asegurar las cosas que en el mar, en el cual miéntras no se llega al puerto, pueden venir los enemigos al alcance y recobrar lo perdido<sup>2</sup>. Sin embargo, está dispuesto que todo corsario que represe un buque nacional en el término de veinte y cuatro horas de su apresamiento, será gratificado con la mitad del valor de la presa, quedando la otra mitad al dueño primitivo del barco represado; pero si la represa se ha hecho pasadas veinte y cuatro horas del primer apresamiento, será todo del corsario apresador<sup>3</sup>. \*

13. \*La presa que se toma en la guerra, sea por mar ó por tierra, no es de los soldados que despojan á los enemigos, sino del soberano á cuya costa se hace<sup>4</sup>, porque él solo tiene pretensiones contra aquellos que le autorizan á apoderarse de sus bienes y á apropiárselos. Sus soldados no son mas que instrumentos con los cuales hace valer su derecho. Los mantiene y los paga, y todo lo que hacen es para él y en su nombre. La mayor parte de las naciones les deja en el dia todo el botin que pueden hacer en ciertas ocasiones en que el general permite el pillage; los despojos de los enemigos muertos en el campo, el saqueo de un campamento tomado á viva fuerza, y algunas veces las ciudades tomadas por asalto. El soldado adquiere tambien en muchos servicios todo lo que puede quitar á las tropas enemigas cuando va en partida ó destacamento, exceptuando la artillería, las municiones de guerra, los almacenes y convoyes de provisiones de boca y de forrages, que se aplican á las necesidades y uso del

1 L. 26. tit. 26. part. 2. Vattel en el lugar cit. n. 205. dice: „El soberano está obligado á proteger la persona y los bienes de sus súbditos, y á defenderlos contra el enemigo. Por consiguiente, cuando un súbdito ó parte de sus bienes, ha caido en manos del enemigo, si por algun feliz acenamiento vuelven al poder del soberano, es indudable que debe volverlos á su primer estado, restablecer las personas en todos sus derechos y acciones, entregar los bienes á los propietarios, y en una palabra, volver todas las cosas como estaban antes que se apoderase de ellas el enemigo.—E.

2 Arg. de las LL. 31. tit. 26. part. 2 y 13 tit. 9. part. 5., y Vattel lug. cit. n. 196.

3 Ced. de 24 de diciembre de 1624 suprimi-

da en la Recopilacion y copiada por Salcedo en su *Tratado del contrabando* cap. 11. n. 19, y el art. 39 de la 4. tit. 8. lib. 6. N. declarada vigente en la república como veremos adelante.

4 LL. 27 y 29. tit. 26. part. 2. Como las leyes 5 y 6 del mismo tit. y part. y la 20. tit. 4. lib. 6. R., ó 2. tit. 8. lib. 6. N. que previenen se aplique siempre al rey el quinto de las presas terrestres ó marítimas, no pueden tener ya lugar entre nosotros, supuesto que hoy los particulares no hacen la guerra, como sucedia en aquel tiempo, á sus expensas, hemos omitido referir sus disposiciones. Es cierto que los corsarios son una excepcion de esa regla; pero en ellos se observa distinto derecho, segun adelante explicaremos.—E.

ejército<sup>1</sup>. Los inmuebles, las tierras y las provincias son siempre del soberano<sup>2</sup>; pero no se consuma su adquisicion, ni su propiedad llega á ser estable y perfecta, sino por el tratado de paz, ó por la entera sumision ó extincion del estado á que pertenecian<sup>3</sup>.\*

14. \*Para conseguir la seguridad de las embarcaciones nacionales, han procurado las leyes fomentar á los que se aplican á hacer el corso<sup>4</sup>; y á mas de mandar se les dispense por el gobierno toda proteccion y auxilios para el armamento y habilitacion de los buques, conceder recompensas de honor á los que se distinguieren en acciones particulares, y gratificar á los que logren ventajas sobre los enemigos; les permiten tomar para sí todo cuanto les cogieren, haciendo de ello dos partes, una de tres quintos para la tripulacion y guarnicion del buque, y otra de dos quintos para la oficialidad<sup>5</sup>. Lo cual debe entenderse siempre que por los tribunales competentes<sup>6</sup> se declare buena la presa, esto es, hecha con arreglo al derecho de gentes y á las ordenanzas respectivas<sup>7</sup>; sin que ántes de esta declaracion pueda el apresador apropiarse, ni distraer nada de lo que tomó<sup>8</sup>, excepto cuando algunos géneros no puedan conservarse, pues entónces se podrán vender, celebrándose la venta á presencia del capitán de la embarcacion apresada en almoneda pública con las solemnidades de estilo, y con intervencion del empleado de hacienda que nombrare el administrador de la aduana, poniéndose el producto en manos de persona abonada para entregarlo á quien perteneciere despues de sentenciada la presa<sup>9</sup>.\*

1 Vattel lug. cit. n. 164.

2 LL. 5 y 6. cit.

3 Vattel lug. cit. n. 197.

4 Muchas veces se confunde la denominacion de pirata con la de corsario, quizá por razon de que tienen un mismo objeto. Ambos recorren los mares con la mira de apoderarse de buques; pero en realidad hay tan gran diferencia entre ellos que no hay razon para confundirlos. El pirata recorre los mares con un buque armado sin comision ó patentes de ningún príncipe ni estado soberano, sino solo por su propia autoridad, con el fin de apropiarse por la fuerza todas las naves que encuentre. Por esto se ha comparado en todos tiempos al pirata con el salteador, sin que haya entre los dos otra diferencia que practicar el uno sus roles en el mar, mientras que el otro los ejerce en la tierra. El corsario por el contrario es un simple particular, que arma uno ó muchos buques para enviarlos en corso contra los enemigos del estado; pero esto despues de haber obtenido de su gobierno un permiso autentico que se llama patente. Esto dió lugar á Cassa. regis para decir, „que un corsario no puede ni debe considerarse como un particular, antes bien como que representa la persona del prin-

cipe, y como un oficial de guerra, que relativamente al armamento tiene la misma economia y la misma jurisdiccion que el general de un ejército de tierra.” Azuni *Derecho marítimo* 2.<sup>a</sup> parte, cap. 4. art. 7. Entre nosotros las patentes de corso se expiden por el presidente de la república ajustándose por ahora, en lo adaptable, á las leyes 4, 5, 6 y 8. del tit. 8. del lib. 6. de la N. R., que son en la actualidad nuestras ordenanzas de corso. Así lo dispuso el decreto de 9 de julio de 1824.—E.

5 Art. 10. de la citada ley 4.  
6 En la república los tribunales competentes para calificar la legitimidad de las presas de mar ó tierra, son en primera instancia los juzgados de distrito, en segunda los tribunales de circuito, y en tercera la suprema corte de justicia. Arts. 24 de la ley de 14 de febrero, 10 de la de 20 de mayo de 1826, y 143 de la constitucion federal. En las leyes citadas puede verse la forma de proceder en estos juicios, así como todo lo demas relativo á la materia.—E.

7 Azuni lug. cit. art. 1.

8 Azuni lug. cit. art. 2.

9 Art. 50 cit. ley 4.

15. \*Lo dicho procede sin distincion de si la guerra es justa ó injusta. No habria, dice Vattel<sup>1</sup>, cosa estable entre los hombres, ni seguridad alguna para comerciar entre las naciones que estan en guerra, si se hubiese de distinguir entre la guerra justa é injusta, para atribuir á una efectos de derecho que se negasen á la otra, porque se daria motivo á una multitud de discusiones y de querellas. Es tan poderosa esta razon, añade, que ha obligado á atribuir, á lo ménos con respecto á los bienes moviliarios, los efectos de una guerra pública á varias expediciones que no reconocian sino el nombre de latrocinios, pero que eran hechas por ejércitos arreglados. Mas se advierte que aquí hablamos del fuero externo, porque en el interno y la conciencia deben restituirse las cosas tomadas al enemigo en guerra injusta<sup>2</sup>.\*

16. La tercera especie de ocupacion es la *invencion*, que no es otra cosa que la aprension de cosas muebles que nunca han sido de ninguno, ó fueron abandonadas por su dueño con intencion de que ya no sean suyas en lo de adelante. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demas que se encuentran en las riberas del mar ó de los rios<sup>3</sup>. Asimismo las cosas abandonadas por su dueño, siempre que concurren dos circunstancias: 1.<sup>a</sup> que este las abandone efectivamente; y 2.<sup>a</sup> que lo haga con ánimo de perder su dominio<sup>4</sup>. Por falta de la primera de estas circunstancias no podremos adquirir por ocupacion la propiedad de una cosa, cuyo señor proteste que ya no quiere que sea suya, pero que sin embargo aun la retiene<sup>5</sup>. Por defecto de la segunda no ganamos el dominio de aquellas cosas que se arrojan en el mar en tiempo de borrasca con objeto de aligerar la navegacion<sup>6</sup>, ni de las que caen de algun carro cuando va corriendo, sin advertirlo el conductor<sup>7</sup>, ni finalmente de aquellas posesiones á las que no se atreve á ir el dueño por temor de ladrones ó enemigos<sup>8</sup>.

17. \*Por la invencion se hacen nuestros los tesoros. Tesoro se llama un depósito muy antiguo de dinero de cuyo dueño no hay noticia<sup>9</sup>. De donde se infiere que si la moneda es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquiriria cosa alguna el inventor, pues ó existirá su dueño ó sus herederos á quienes se debe entregar<sup>10</sup>. Todo el que intente descubrir tesoros haciendo excavaciones, debe capitular primero con el gobernador la parte que haya de dársele de lo que sacare, y dar fianzas bastantes de que satisfará los daños que se

1 Lug. cit. n. 196.

2 Cap. 29. *De jurejurand.*

3 L. 5. tit. 28. part. 3.

4 LL. 49 y 50. id. id.

5 LL. cit.

6 LL. 7. tit. 9. part. 5. y 9. tit. 10. lib. 7.

R., 6 l. tit. 8. lib. 9. N.

7 § 47. in fin. *Inst. De rer. divis.*

8 L. 50. cit.

9 L. 45. tit. 28. part. 3.

10 Alvarez *Institut.* lib. 2. tit. 1. § 4.

siguieren en las casas y posesiones donde se hicieren, tasándose por peritos nombrados para ello. Las costas y gastos serán por cuenta del que intente el descubrimiento, y este se hará con asistencia de una persona de confianza designada por el gobernador, la cual asistirá y llevará cuenta al descubridor de lo que hallase, haciéndolo valuar; y de todo ello se le dará la parte concertada, sacándose los derechos y quinto que corresponden al fisco, al cual se aplicará lo restante<sup>1</sup> (a).\*

18. \*De los guacas ó tesoros que se hallen en sepulturas, casas ó adoratorios antiguos de los indios, sea que se busquen de intento ó que se encuentren por acaso, siendo de cosas de oro ó plata fundida ó labrada, piedras ó perlas, se ha de aplicar al fisco el quinto, y el uno y medio por ciento de fundicion, ensayador y marcador, si no constare estar ya pagado, debiendo sacarse primero esto que el quinto; y siendo cobre, plomo ó estaño, el uno por ciento y el quinto, y del resto se aplicará la mitad al fisco y la otra mitad al descubridor<sup>2</sup>; advirtiéndose que el que hallare algunas de las cosas susodichas, ántes de sacarlas debe parecer ante los oficiales de hacienda de la provincia, y manifestarlas y registrarlas allí cuanto ántes sea posible; pues si sin este requisito las aprendiere ó sacare, perderá en pena la parte que le correspondía<sup>3</sup>.\*

19. \*A la invencion pertenece tambien la adquisicion de las minas por descubrimiento ó por denuncia. El descubrimiento ha de ser ó de cerros minerales absolutamente nuevos, y en estos podrá adquirir el descubridor hasta tres pertenencias de las medidas señaladas, ó de veta nueva en cerro conocido, y entónces podrá tener dos pertenencias seguidas ó interrumpidas por otras minas, pero designándolas lo mismo que las expresadas, dentro de diez dias<sup>4</sup>. Mas el que descubriere mina nueva en veta conocida no se tiene por descubridor<sup>5</sup>. El denuncia se verifica respecto de minas que se han dejado desiertas y despobladas<sup>6</sup>, ó en las que se haya dejado de observar alguna de las ordenanzas que imponen la pena de caer en denuncia<sup>7</sup>. Ninguno puede denunciar dos minas contiguas en una misma veta no siendo descubridor; pero bien pueden poseerse una por denuncia,

1 L. 1. tit. 12. lib. 8. R. Ind. No hemos referido las disposiciones sobre este punto de la ley 45. tit. 28. part. 3. ni de la 1. tit. 13. lib. 6. R., ó 3. tit. 22. lib. 10. N., por no haber jamas estado en uso en América. - E.

(a) La aplicacion de los tesoros al fisco, dice Vinnio [en el § 39. *Instit. de rer. div.*] es en el dia un derecho comun y cuasi de gentes; porque así se observa en muchos lugares y particularmente, como atestigua Grocio, en Alemania, Francia, In-

laterra, España y Dinamarca. Covarrub. (in cap. *Peccatum de reg. jur.* in 6.) asegura tambien, ser esta la costumbre general de toda la Europa. - E.

2 L. 2. tit. 12. lib. 8. R. I.

3 L. 3. id. id.

4 Arts. 1 y 2. tit. 6. de las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1783.

5 Art. 3. tit. 6. id.

6 Art. 8.

7 Art. 11.

y otra ó mas por venta ó otro título justo<sup>1</sup>. No pueden adquirir minas los regulares de ambos sexos ó sus conventos, ni los eclesiásticos seculares<sup>2</sup>. Tampoco las autoridades, jueces ni escribanos de los asientos de minas, aunque podrán adquirirlas en otros departamentos<sup>3</sup>; ni los administradores y demas dependientes de los dueños de minas en mil varas en contorno de las de sus amos. aunque sí pueden denunciarlas para estos<sup>4</sup>. Los extranjeros por último no pueden descubrir ni denunciar minas; pues aunque por el art. 1.º del decreto de 7 de octubre de 1823 se suspendieron todas las disposiciones<sup>5</sup> que exigian en los extranjeros la calidad de naturalizados para poder adquirir y trabajar minas propias; por esta suspension, segun el art. 2.º, solo se habilitó á los extranjeros para poder adquirir en propiedad acciones en las negociaciones de minas que habilitasen, quedando subsistente por el art. 3.º la prohibicion de registrar minas nuevas ó denunciar las desamparadas.\*

20. Las vetas ó minas pueden descubrirse ó denunciarse, no solo en los términos comunes, sino tambien en los propios de algun particular, con tal que el descubridor ó denunciador le pague el terreno que ocupare en la superficie, y el daño que inmediatamente se le siga, á juicio de peritos nombrados por ambas partes y de tercero en discordia<sup>6</sup>. Pero si alguno denunciare mina dentro de la poblacion, de manera que pueda perjudicar á sus principales edificios, ó resulte otro semejante inconveniente, no se podrá conceder el denuncia sin previo aviso y consentimiento del superior<sup>7</sup>.\*

21. El que descubriere mina ó veta, se presentará con escrito al juez del lugar, expresando en él su nombre y los de sus compañeros si los tuviere, el lugar de su nacimiento, su vecindad, profesion y ejercicio, y las señas mas individuales y características del sitio, cerro ó veta cuya adjudicacion pretendiere: todas las cuales circunstancias, y la hora en que se presentare el descubridor, se sentarán en un libro de registros, que deberá tener el escribano de minas si lo hubiere; y así hecho se devolverá al descubridor su escrito proveido para su debido resguardo, y se fijarán carteles en las puertas de las iglesias, casas nacionales y otros lugares públicos de la poblacion para la debida inteligencia. Ademas, dentro de noven-

1 Art. 17. tit. 6. de las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1783.

2 Art. 2. tit. 7.

3 Art. 3.

4 Art. 4.

5 L. 12. tit. 10. lib. 5. R., 6 15. tit. 5. lib. 3. de la N. L. 5. tit. 8. lib. 6. R., 6 4. tit. 13. lib. 9. N., L. 1. tit. 10. lib. 8. y las del tit. 27. lib. 9. R. de Ind. y art. 1. al fin de dicho tit. 7.

6 Art. 14. tit. 6. La céd. de 23 de junio de 1803 publicada en bando de 14 de marzo del siguiente año, declaró comprendidos en la disposicion de este artículo los fondos y tierras vinculadas, y por consiguiente sujetos, como los comunales de los pueblos, y los de dominio particular, á la enagenacion forzada bajo las reglas y términos prevenidos en el mismo. - E.

7 Art. 15.

ta dias ha de tener hecho el descubridor en la veta ó vetas de su registro, un pozo de vara y media de diámetro en la boca, y diez varas de hondo ó profundidad; y luego que esto se haya verificado, pasará personalmente el juez acompañado del escribano si lo hubiere, y en su defecto de dos testigos de asistencia, y de un perito facultativo de minería, á inspeccionar el rumbo y direccion de la veta, su anchura y demas circunstancias, tomándose exacta razon de todo esto para que se añada á la correspondiente partida de su registro, con la fe de posesion que inmediatamente se le dará en nombre de la nacion, midiéndole su pertenencia y haciéndole fijar estacas en sus términos; lo cual hecho, se le entregará copia autorizada de las diligencias como título correspondiente<sup>1</sup>. Si durante los expresados noventa dias compareciere alguno pretendiendo tener derecho á aquel descubrimiento, se le oirá en justicia brevemente, y se adjudicará al que mejor probare su intencion; pero si ocurriere despues, no será oído<sup>2</sup>. Cuando se ofrezca cuestion sobre quién ha sido primer descubridor de una veta, se tendrá por tal el que probare que primero halló metal en ella aunque otros la hayan cateado ántes; y en caso de duda se decidirá á favor del que primero hubiere registrado<sup>3</sup>.\*

22.\* El que denunciare una mina por desierta y despoblada, debe, para que se le admita el denuncia, presentar escrito en los mismos términos que se ha dicho para el descubridor, expresando además la ubicacion individual de la mina, su último poseedor si hubiere noticia de él, y los de las minas vecinas si estuvieren ocupadas, los cuales serán legítimamente citados; y si dentro de diez dias no comparecieren, se pregona el denuncia en los tres domingos siguientes, y no habiendo contradiccion se notificará al denunciante que dentro de sesenta dias tenga limpia y habitada alguna labor de considerable profundidad, ó á lo ménos de diez varas á plomo y dentro de los respaldos de la veta, donde pueda el perito facultativo reconocer é inspeccionar todas las circunstancias de ella; debiendo además el perito examinar el estado de las diferentes labores de la mina, tomando razon y asiento de todo en el correspondiente libro de denuncias. Hecho el referido reconocimiento y la medida de las pertenencias, se dará posesion al denunciante sin embargo de contradiccion, que no será oída como no la haya habido dentro de los términos mencionados; pero si durante ellos se hubiere introducido, serán oídas las partes en justicia brevemente<sup>4</sup>. Si el anterior dueño de la mina compareciere á contradecir el denuncia pasado el término de los pregones, y

1 Art. 4. tit. 6. de las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1763.  
2 Art. 5.

3 Art. 7.  
4 Art. 8.

cuando ya el denunciante esté gozando de los sesenta dias para habilitar el pozo, no se le oirá en cuanto á la posesion sino en la causa de propiedad; y si obtuviere en ella, satisfará al denunciante los costos que hubiere hecho, salvo que resulte haber procedido de mala fe, que entónces debe perderlos<sup>1</sup>. Si el denunciante no habilitase el pozo ó labor como va prevenido, ni tomase la posesion dentro de sesenta dias, perderá el derecho, y otro podrá denunciar la mina; pero si por algun justo y grave obstáculo no hubiere podido hacerlo, deberá ocurrir al juez, para que averiguado y calificado el motivo, le amplie el término en cuanto fuere suficiente, sin que por esto se pueda admitir contradiccion del denuncia mas que en los sesenta dias del término ordinario<sup>2</sup>. Cuando alguno denunciare mina por perdida á causa de inobservancia de alguna de las ordenanzas que llevaren impuesta esta pena, se le concederá siempre que resultare legítimamente calificado y aprobado alguno de los indicados motivos<sup>3</sup>. Por último se advierte, que ninguno puede denunciar mina para otro simuladamente y con engaño, ni paladinamente si no tuviere su poder ó carta-orden; y que tampoco puede alguno denunciar mina para sí solo habiendo tratado compañía ántes del denuncia, debiendo el denunciante expresar sus compañeros en el escrito en que lo hiciere, pena de perder su parte si así no lo observase<sup>4</sup>.\*

23.\* A la invencion no pertenecen los bienes *mostrencos*, que son aquellos que se encuentran como perdidos sin saberse su dueño<sup>5</sup>. Acerca de estos está dispuesto que quien los encontrare los manifieste al juez de hacienda, so pena de perder la naturaleza y temporalidad si fuere eclesiástico, y sus bienes para el fisco si fuere lego<sup>6</sup>. Manifestados dichos bienes, recibirá el juez informacion de su hallazgo, y de que se ignoran sus dueños; y constando dichas calidades por deposicion á lo ménos de dos testigos, mandará en seguida ponerlos en depósito, y pregonarlos para que comparezcan aquellos; pero si no lo ejecutaren dentro de un año, declarará los bienes denunciados por mostrencos pertenecientes en consecuencia al fisco; los rematará públicamente en el mejor postor, y enterará su producto en la tesorería correspondiente<sup>7</sup>; compensando al denunciador con la cuar-

1 Art. 9. tit. 6 de las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1763.

2 Art. 10.

3 Art. 11.

4 Arts. 5 y 6. tit. 7.

5 Dijose *mostrenco* del verbo *monstrare*, que significa poner de manifiesto, ó enseñar y publicar la cosa perdida. Cornejo *Diccionario histórico y forense del derecho de España*, art. *Mostrencos*.—E.

6 L. 18. al fin, tit. 20. lib. 1. R. I. mandada observar por la céd. de 21 de octubre de 1782; advirtiéndose que la pena de

confiscacion está hoy abolida por el art. 147 de la const. fed.

7 LL. 11. tit. 5. lib. 5. y 6. tit. 12. lib. 8. R. I. Arts. 4 y 16 de la ley 6. tit. 22. lib. 10. N., la cit. céd. de 21 de octubre recopilada por Beleña, ult. fol. n. 133, y los arts. 83 de la Ordenanza de Intendentes de 1776 y 104 de la de 1803, de cuyas disposiciones, así como de la que va á citarse, se deduce no haber estado vigente en América la citada ley de la Novis. en cuanto dispone que los bienes mostrencos se apliquen al reparo y construccion de caminos.—E.

ta parte de su valor, si no excediere este de cien pesos, ó con lo que estime justo cuando ascendiere á mayor cantidad<sup>1</sup>. Si se presentaren algunos alegando derecho á los expresados bienes, se les oirá por los trámites de una via ordinaria, que siempre se procurarán abreviar en cuanto lo permita el derecho y las circunstancias<sup>2</sup>. Acerca de las veces que han de darse los pregones expresados dentro del término que se asigna á los dueños para comparecer, una ley<sup>3</sup> inserta en la Nueva y en la Novísima Recopilacion, dispone se den cada mes, y otra inserta solo en la última<sup>4</sup> y no comunicada á America, establece se repitan por tres veces dentro de él. Nosotros juzgamos que atendido el espíritu de una ley de Indias<sup>5</sup>, deberá estarse á la segunda disposicion.\*

24.\* En cuanto á bienes de náufragos está prevenido que los gefes militares de marina deban entender en las arribadas, pérdidas y naufragios de las embarcaciones en las costas ó puertos; y que si la embarcacion náufraga estuviere sin gente, se apoderará el gefe de marina de todos los papeles y libros, y hecho inventario de ellos y de lo demas reconocido, se hará la publicacion del naufragio por edictos, para que puedan venir en conocimiento los interesados; y si en el primer mes despues de hecha la publicacion no pareciere quien haga constar su derecho al todo ó parte de los efectos reconocidos, podrán venderse en almoneda los mas expuestos á deteriorarse. Cumplidos tres meses de hecha la publicacion, y no presentándose dueño, el comandante de marina de la provincia pasará al juez de hacienda mas inmediato copia testimonial de las diligencias practicadas, y del inventario de todos los efectos salvados, poniéndolos desde luego á su disposicion con reserva de los gastos, y con las formalidades convenientes para su mutuo resguardo. Cuando los pescadores sacaren del fondo del mar anclas perdidas, ó pertrechos de bajeles naufragados desde mucho tiempo, sabiéndose el dueño á quien pertenezcan, se le entregarán,

1 Así lo dispuso la junta superior de real hacienda celebrada en 16 de octubre de 1806, cuya resolucion se comunicó despues al intendente de esta capital en el oficio siguiente: „Sin embargo de estar prevenido por las leyes de Indias que se aplique á la real cámara el valor íntegro de los bienes mostrencos, ha determinado el Exmo. Sr. Virey en junta superior de real hacienda celebrada en 16 de octubre último por varias causas que se tuvieron presentes, que entretanto S. M. se digna resolver lo que sea de su soberano agrado, se compense á las personas que manifestaren dichos bienes, en los que se comprenden las alhajas de oro y plata, y cualquiera otra cosa vacante y sin dueño, con la cuarta parte de su valor si

no excediese de cien pesos, reservando á la misma junta la asignacion del premio que estime justo cuando ascienda á mayor cantidad; para lo que se le dará cuenta en estado con los expedientes respectivos. Y como delegado del expresado Sr. Exmo., comunico á V. S. esta providencia para su observancia en el distrito de la provincia de su cargo.—Dios &c. Mejico 11 de marzo de 1807.—Manuel del Castillo Negrete.—Señor Intendente de esta capital.—E

2 Art. 16. al fin de la cit. ley 6. tit. 22. lib. 10. N.

3 L. 7. tit. 13. l. 6. R., ó 4. tit. 22. l. 10. N.

4 L. 6. cit.

5 L. 6. tit. 12. lib. 8. R. I.

pagando de hallazgo la tercera parte del valor; pero ignorándose la propiedad de los efectos, y hecha la publicacion prevenida, si en el discurso de un mes no pareciere quien justifique ser el dueño, se entregará á los que los extrajeron<sup>1</sup>. De las diligencias que deben practicarse cuando alguno muere intestado sin dejar herederos conocidos, se tratará en su lugar.\*

25. \* Por último advertimos, que siempre que se hallaren algunos depósitos, que segun la razon y estado de los pleitos ú órdenes de que proceden, se tenga por cierto que ha cesado la causa de ellos porque no hay persona á quien se restituyan, ni herederos que la representen; en este caso particular se entrará haciendo juicio á pedimento del fiscal de hacienda pública, oyendo al depositario por el derecho de su oficio, y á las personas interesadas, en que queden estos depósitos como vacantes, ó en estado en que se pudiesen reputar como tales. Pero si despues parecieren las partes legítimas y justificaren su derecho, se les guardará justicia<sup>2</sup>.

26. \* En este lugar nos parece conveniente tratar del derecho que tenemos en nuestras producciones intelectuales. Siendo los escritos una propiedad de su autor, este solo ó quien tuviere su permiso podrá imprimirlos durante la vida de aquel, cuantas veces le convinieren, y no otro ni aun con pretexto de notas ó adiciones. Muerto el autor, el derecho exclusivo de reimprimir la obra pasará á sus herederos por el espacio de diez años contados desde el fallecimiento de aquel. Pero si al tiempo del fallecimiento del autor no hubiere ni aun salido á luz su obra, los diez años concedidos á los herederos se empezarán á contar desde la fecha de la primera edicion que hicieren. Cuando el autor de una obra fuere un cuerpo colegiado, conservará la propiedad de ella por el término de cuarenta años contados igualmente desde la primera edicion. Pasados los términos expresados, quedarán los impresos en el concepto de propiedad comun, y todos tendrán expedita la accion de reimprimirlos cuando les pareciere. Siempre que alguno contravinieren á lo dicho, podrá el interesado denunciarlo ante el juez, quien le juzgará con arreglo á las leyes vigentes sobre usurpacion de propiedad ajena; entendiéndose lo mismo con los que fraudulentamente hicieren reimpresiones literales de cualquiera papel periódico, ó de algunos de sus números<sup>3</sup>.

1 Caps. 10, 12 y 18 de la Ordenanza de matrículas de 12 de agosto de 1802, transcritos en la nota 4. del tit. 22. lib. 10 N. El art. 46 del decreto de 8 de octubre de 1820 declaró extinguida dicha Ordenanza; sin embargo no disponiéndose en él nada acerca del punto de

que hablamos, hemos admitido lo dispuesto en aquella, conformándonos con el auto 1. tit. 1. lib. 2. R., ó nota 2. tit. 2. lib. 3. N.—E

2 L. 7. tit. 12. lib. 8. R. I mandada guardar por céd. de 13 de abril de 1761.

3 Decreto de 10 de junio de 1813.

27.\* Los inventores y perfeccionadores de algun ramo de industria pueden obtener derecho exclusivo para poder usar de ella en toda la Federacion, los primeros por espacio de diez años, y los segundos por el de seis, contados desde el dia en que se les expida su patente<sup>1</sup>. Por inventor se entiende aquel que hace por primera vez una cosa que hasta entónces no se habia hecho, ó se habia hecho de otro modo; y por perfeccionador el que añade, quita ó varía algo esencial á las invenciones con el objeto de hacerlas mas útiles. Por consiguiente será inventor el que idée una máquina, aparato ó procedimiento desconocido; lo será tambien el que haga la aplicacion de las invenciones á mecanismos ó métodos ya conocidos; pero no lo será el que haga la aplicacion de cosas ya conocidas á mecanismos ó métodos conocidos tambien: advirtiendo que los privilegios de invencion ó mejora, no pueden recaer ni sobre las formas, ni sobre las proporciones indiferentes al objeto, ni sobre los adornos de cualquier género que sean<sup>2</sup>. El que invente ó perfeccione alguna industria, si quiere que el gobierno le asegure su propiedad, presentará ante este ó ante el ayuntamiento del lugar en que desée plantar su proyecto, ó ante el de su residencia, ó ante el gobernador del estado ó territorio á que pertenezca ese lugar, la descripcion exacta acompañada de los dibujos, modelos y de cuanto se juzgue necesario para la explicacion del objeto que se propone, firmado todo por él, y estas autoridades deberán darle testimonio de ello. La autoridad local, en caso de que el empresario no se haya presentado directamente al gobernador del Estado, deberá remitir á este el expediente con todos los documentos, y el gobernador tomada razon de él, lo dirigirá en caso de que el empresario no quiera ocurrir por sí, al ministerio de relaciones en el primer correo ordinario. Elevada al gobierno general una solicitud de esta clase, mandará publicarla por tres veces en los periódicos, y se concederán dos meses de plazo, contados desde el primer dia de la publicacion, para que puedan ocurrir los que quieran alegar algun derecho de preferencia. El gobierno por medio del secretario de relaciones expedirá al inventor ó perfeccionador la patente solicitada, sin examinar si son ó no útiles los inventos ó perfecciones, sino solamente si son contrarios á la seguridad y salud pública, á las buenas costumbres, ó á las órdenes y reglamentos, y no siéndolo, no podrá negar su proteccion al que la hubiere solicitado<sup>3</sup>. Los derechos de una patente se-

1 Arts. 1, 7 y 8 de la ley de 15 de mayo de 1832: advirtiendo que cuando los inventores ó perfeccionadores pretendieren se les amplie el privilegio por mas tiempo que el expresado, ocurrirán al gobierno y este con su informe dará cuenta al congreso,

conforme al art. 13 de la misma ley.—E.

2 Arts. 16 y 18 del decreto de 2 de octubre de 1820.

3 Art. 2, 3, 4, 5 y 6. del cit. decreto de 15 de mayo.

rán desde diez hasta trescientos pesos. El gobierno hará publicar en su periódico la concesion de cada patente tan luego como la haya expedido, y dispondrá un local oportuno para que esten á la espectacion pública los dibujos, planos y modelos que se le hubieren presentado; excepto cuando el invento ó perfeccion deba permanecer oculto, pues entónces no se verificará lo dicho hasta que espire el término del privilegio<sup>1</sup>. El que trate de llevar á efecto cualquier invencion ó mejora, y tema que por haber de valerse de manos intermedias, por ser precisos ensayos en público, ó por otro cualquier motivo haya quien se le anticipe á reclamar su propiedad, podrá consignar en manos de la autoridad política su pensamiento expresándolo de una manera que se dé idea clara del objeto; y aquella sin exigir por esto contribucion alguna, le dará un testimonio ó certificado de ello, y le prescribirá el tiempo necesario para la ejecucion, que no excederá de seis meses, durante los cuales se decidirá el aspirante á solicitar ó no la patente, y no se le podrá anticipar otro á reclamar la propiedad<sup>2</sup>. Cuando el inventor ó perfeccionador quiera que su privilegio no sea exclusivo mas que respecto de un estado, ocurrirá para que se le conceda la patente á las autoridades de él. El introductor de algun ramo de industria que á juicio del congreso general sea de grande importancia, podrá obtener privilegio exclusivo ocurriendo por conducto del gobierno al mismo congreso<sup>3</sup>.

28.\* Los inventores ó perfeccionadores no podrán usar de sus respectivas industrias como privilegiados, hasta no haber obtenido del gobierno general la patente que debe servirles de título. En caso de disputa sobre la propiedad de invencion ó mejora, se decidirá por las leyes comunes<sup>4</sup>; advirtiendo, que si hubiese una semejanza absoluta entre dos descubrimientos, será válido el que se haya presentado ántes á la autoridad correspondiente; pero si hubiere desemejanza, el posterior se considerará como mejora<sup>5</sup>. Si expedida una patente á favor de una invencion se solicitare privilegio para perfeccionarla, el privilegio del perfeccionador dejará subsistente el del inventor, sin perjuicio del acomodamiento que ambos puedan tener. Cuando alguno hubiere obtenido privilegio para una invencion ó mejora que ya estuviere planteada sin privilegio por algun particular, perderá el privilegio aunque no se reclame por el dueño de aquella. Del mismo modo, cuando se probare que los privilegios

1 Arts. 17, 18 y 19. id. En su art. 11 se dispone, que cuando la invencion ó mejora sean de tal naturaleza que puedan permanecer ocultas, y el inventor ó perfeccionador hubiere pedido privilegio, cumplido el término de este deberá hacerse pú-

blico.—E.

2 Art. 25. cit. decreto de 2 de octubre.

3 Arts. 9 y 21. cit. dec. de 15 de mayo.

4 Arts. 14 y 15. id.

5 Art. 17. dec. de 2 de octubre.

se han obtenido de mala fe, haciendo pasar por invencion ó mejora lo que no es mas que introduccion, perderá la patente el que la hubiere solicitado. La mitad á lo ménos de los individuos que los privilegiados hayan de emplear en los trabajos mecánicos, deberán ser precisamente naturales de la república, si los hubiere<sup>1</sup>.\*

29. \*El propietario de una invencion, mejora ó introduccion podrá ceder su derecho en todo ó en parte, unirse en sociedad, vender, permutar ó contratar en los términos establecidos por las leyes para los contratos. Además tiene derecho de perseguir ante los tribunales civiles á cualquiera que le turbe en el uso exclusivo de su propiedad. Las penas que el tribunal impondrá á actores ó reos se limitarán á las costas del proceso, y á los perjuicios cuando no haya intervenido mala fe; y á las costas y al cuatro tantos del perjuicio, cuando el actor ó el reo hayan procedido de mala fe<sup>2</sup>.

30. Dominio por *agregacion* es el derecho que se adquiere al aumento que recibe una cosa nuestra, y se divide en natural, industrial y mixta. Natural es la agregacion que se verifica por obra de la naturaleza por sí sola; industrial, la que procede de la industria del hombre, y mixta la que resulta del concurso de una y otra. A la primera clase pertenecen: 1.º los partos de los animales; y son de aquel de quien fueren las hembras<sup>3</sup>. 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 agena, pues esto pertenece al dueño de esta, y no al de la heredad á que quedó adherida<sup>4</sup>, á ménos 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 sufriese<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup> (a). Tambien acrece al dueño del campo vecino el terreno que deja un rio cuando muda de madre, sin que tenga derecho á ninguna reclamacion el de las heredades, que por

1 Arts. 10, 12, 17 y 20. del decreto de 15 de mayo.

2 Arts. 19, 20 y 22 del cit. dec. de 2 de octubre.

3 § Inst. *De rer. div.* 19. ley 25 tit. 28. p. 3.

4 L. 26. tit. 28. part. 3.

5 Greg. Lop. en dicha ley 26. gl. 6 y 7.

6 L. 27. tit. 28. part. 3.

(a) Si alguno tuviere la propiedad de un cam-

po, otro el usufruto, y apereciere una isla en medio del rio, la parte de esta correspondiente á aquel, pertenecerá en pleno derecho al propietario; mas si el campo se aumentare por ayuda del rio, el usufruto de lo aumentado pertenecerá al usufrutuario, y la propiedad al propietario. L. 30. tit. 28. part. 3.—E.

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 pasajera<sup>1</sup>.

31.\* La accesion industrial puede ser por *adyuncion* ó *conjuncion*, por *especificacion* ó *formacion* de nueva especie, ó por *commixtion* ó *mezcla*. Por *adyuncion* se verifica cuando á una cosa existente se añade otra que la completa ó perfecciona. Esto puede hacerse por *inclusion*, como si una piedra agena se engasta en anillo propio; por *soldadura*, como si á una estatua mia se suelda con el mismo metal el brazo ageno; por *intextura*, como si en tela propia se borda con seda agena; por *edificacion*, como si en suelo propio se fabrica con materiales agenos, ó con materiales propios en suelo ageno; por *escritura*, escribiendo en papel ageno; y por *pintura*, pintando en lienzo ó tabla de otro. En todos estos casos el dueño de la cosa que existia, adquiere por la accesion el dominio de la cosa añadida, siempre que en la *adyuncion* hubo buena fe, esto es, que se creyera que la cosa que se añadía era propia; fundándose esta doctrina general en que lo accesorio sigue á lo principal<sup>2</sup>, reputándose tal la cosa que existia, ménos en la *pintura*, en la cual por la nobleza de la obra, el lienzo cede á ella<sup>3</sup>. Así lo dispone la ley de Partida; acerca de la cual advertimos con Ferraris<sup>4</sup>, que si la *pintura* fuese de poco mérito, y la tabla muy preciosa, como por ejemplo de plata, cederá aquella á esta; observándose lo mismo cuando la *pintura* se ponga por adorno en alguna cosa, aunque esta sea de vil precio, como si para adornar un mueble se la pintase una figura. Acerca de la *escritura* el mismo autor atestigua<sup>5</sup>, que atendiendo al inferior precio del papel que hoy usamos para escribir, y á la superioridad que respecto de él tienen las producciones del entendimiento, ha prevalecido la costumbre de que aquel ceda á lo escrito, cuya doctrina creemos podrá fundarse por analogía en la citada ley de Partida sobre *pintura*<sup>6</sup>.\*

32. \*El requisito de la buena fe es tan esencial en la *adyuncion* para la adquisicion del dominio, que faltando en el dueño de la cosa que existia, no sólo no lo adquiere respecto de la cosa añadida, sino que al dueño de esta se le concede accion de hurto contra aquel<sup>7</sup>; y si el que hizo la *adyuncion* fué este y no con buena fe, pierde su cosa presumiéndose que la dona, como si el dueño del brazo de metal lo une á la estatua que sabe que es mia<sup>8</sup>. Mas aunque habiendo buena fe se adquiere el dominio de las cosas age-

1 LL. 31 y 32.

2 LL. 35, 36, 37 y 38. tit. 28 part. 3.

3 L. 37. cit.

4 *Bibliotheca verb. Dominium* art. 3. ns. 68

y 69.

5 Log. cit. n. 67.

6 Cit. ley 37.

7 I.L. 35 y 36. cit.

8 La misma ley 35.



nas por la accesion industrial, es con la obligacion de parte del que lo adquiere de satisfacer al otro el valor de la cosa cuyo dominio pierde, ó de devolvérsela si se puede, como sucede en el caso de la estatua, en el que su dueño tiene la eleccion, ó de retener el brazo añadido pagándolo, ó de devolverlo, si nó. Esta disposicion es consecuencia de aquel principio de derecho que establece que nadie debe enriquecerse con daño de otro<sup>1</sup>. \*

33. \*En la edificacion es digno de notarse, que aun cuando no hubiese buena fe en el que tomó los materiales agenos para edificar en terreno propio, no tiene el dueño de ellos el derecho de vindicarlos, por evitar la deformidad que resultaria á las poblaciones arruinando las casas; pero al que las toma se le impone la obligacion de pagar duplicado el valor de ellos<sup>2</sup>. Como en este caso el dueño de los materiales no pierde absolutamente su dominio, si el edificio se arruinase ántes de que hubiese conseguido su valor duplicado, puede vindicarlos, pues cesa ya la razon que hemos dicho hay para lo contrario<sup>3</sup>. Una ley<sup>4</sup> distingue al que edificó con buena fe del que lo hizo con mala: respecto del primero concede la accion al doble, y del segundo dice que deberá pagar cuanto jure interesarle el que recibió el daño; de manera que cotejada esta ley con la que citamos arriba, resulta que contra el que edificó de mala fe hay accion para pedir el interes, ó el valor doble de los materiales. Sala asegura<sup>5</sup> no haber visto nunca en la práctica, y crée que jamas se verá, que al que edificó con buena fe se le condene al doble; y Berni<sup>6</sup> aconseja al dueño de los materiales, que si de bien á bien consigue su valor intrínseco, guarde silencio.

34. \*La especificacion ó formacion de nueva especie, se verifica cuando de una cosa agena se hace otra nueva distinta; advirtiéndose que para ella es indispensable se dé á la antigua materia una nueva forma, como por ejemplo, que de la lana se haga paño, de las uvas vino, &c., de manera que resulte una cosa conocida en el comercio humano con un nombre distinto, sin que baste mutacion de circunstancias puramente accidentales, como que la lana blanca se tiña, por ejemplo de negro, en cuyo caso no habrá especificacion, ni adquisicion de dominio<sup>7</sup>. En la verdadera especificacion debe distinguirse si la materia se puede restituir á su primera forma ó no. Si no se puede, el dominio de la materia pertenece al que formó la especie, y así será mio el vino ó el aceite que hice de uvas y aceitunas agenas; mas si se puede restituir la materia á su primitiva forma, como

1 Regla 17. tit. 34. part. 7.

2 L. 38. tit. 28. part. 3.

3 § 29. Inst. De rer. divis. y sobre el Vin. nio n. 1.

4 L. 16. tit. 2. part. 3.

5 *Illustr. al der.* lib. 2. tit. 1. n. 28 al fin.

6 *Instituta civil y real* lib. 2. tit. 1. § 29.

7 L. 26. § 3. D. De acquir. rer. dom.

si de mi plata pasta se hace un vaso, que puede fundirse y recobrar su estado, pertenece al dueño de la materia; y en uno y otro caso tienen accion entre sí ambos dueños, ó el de la materia á que le pague su valor el que formó la especie, si él se la lleva, ó este á que el otro le satisfaga las expensas si se queda con la cosa<sup>1</sup>. Pero debe advertirse, que esto se entiendo habiendo buena fe en el especificante, pues si no la tuvo, sino que sabia que era agena la materia en que trabajaba, pierde la obra y las expensas<sup>2</sup>. Berni<sup>3</sup> atestigua que la práctica en este caso se reduce á que la parte que fabrica, paga costas, daños y perjuicios al dueño de la materia.\*

35. \*La tercera especie de accesion industrial es la conmixtion ó mezcla, que puede ser de cosas secas que conservan mezcladas su naturaleza, como el trigo mezclado con cebada, ó de líquidas que mudan su naturaleza en la mezcla resultando una nueva especie, y á esta suelen llamar *confusion*. En cualquiera de las dos, si se hizo con la voluntad de ambos dueños, la masa se hace comun y deberán partirse con proporcion á las cantidades que cada uno puso. Si solo se hizo por uno, siendo separables las cosas, cada uno vindica su materia<sup>4</sup>; y si no lo son, como en el caso de la confusion, el que la hizo deberá pagar al dueño de la cosa su estimacion, los daños y perjuicios. Si la mezcla se hizo por acaso pudiéndose separar las cosas, cada uno vindica la suya; mas si no se pudiere, se hace comun el todo partiéndolo los dueños entre sí con proporcion á la parte de cada uno.\*

36. \*La accesion mixta comprende la *planta, la siembra y la percepcion de los frutos de cosa agena*. Para la planta y la siembra es regla general que *todo lo que se siembra y planta cede al suelo*, porque este se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio; y así, sea que se siembre semilla agena en campo propio, ó semilla propia en campo ageno, la siembra será del señor del suelo, pero debe pagar los gastos hechos en ella y en la semilla<sup>5</sup>; y del mismo modo toda planta puesta en campo ageno, se hace del dueño de él, pero no ántes de que arraigue<sup>6</sup>. De los árboles puestos en los confines se puede dar otra regla general, y es que el dominio del árbol se estima en derecho por la raiz<sup>7</sup>; de manera que si las raices estan en una heredad, y las ramas caen para otra, el árbol pertenecerá al dueño de aquella, y estando las raices en dos heredades el árbol será comun á los dueños de ellas<sup>8</sup>.\*

37. \*Para la percepcion de frutos de cosa agena se requiere: 1. ° poseerla no con una posesion natural, que es la mera detencion de la

1 L. 33. tit. 28. part. 3.

2 La misma al fin.

3 En la ley cit.

4 L. 34. id. id.

5 La misma y Alvarez *Institue.* lib. 2. tit.

1. § 6.

6 L. 43. tit. 28. part. 3.

7 La misma.

8 La misma, vers. Otrosí.

9 Ley cit.

cosa, sino con la posesion civil que resulta de la detencion de la cosa, y el ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio: 2.º buena fe, esto es, el juicio recto por el que uno se crée dueño de la cosa sin motivo para juzgar lo contrario; debe ser continua ó no interrumpida, porque luego que hay razon para no creerse dueño, deja de haber buena fe: 3.º justo título y bastante para trasferir el dominio; y así es que el que tiene la cosa agena en comodato, aunque posée de buena fe y con justo título, no hace suyos los frutos de ella, porque el título no es bastante á trasferir el dominio. Con estos requisitos adquiere para sí el poseedor de cosa agena los frutos que hubiere percibido de ella, hasta que apareciendo el verdadero dueño se haya contestado el pleito estando consumidos ó gastados; pues los no gastados ó existentes los debe entregar al dueño de la finca, sacando primero las expensas, lo cual tambien puede hacer el poseedor de mala fe. Esta doctrina debe entenderse de los frutos que se llaman *industriales*, porque no vienen sin la industria y trabajo del hombre.\*

38. \*Mas respecto de los frutos *naturales*, que son los que dan los campos sin que intervenga el trabajo del hombre, debe restituirlos el poseedor con la heredad, aunque los haya percibido y consumido de buena fe: respecto del poseedor de mala fe, si los ha consumido, dice la ley<sup>2</sup> que debe restituir su precio; y así parece igualado en cuanto á la obligacion de devolver los frutos naturales el poseedor de buena fe con el de mala; mas Gregorio Lopez<sup>3</sup> la explica asentando, que la devolucion del precio de los frutos consumidos por el poseedor de buena fe, solo debe ser en cuanto se hizo mas rico, y por el de mala en el todo. Esta interpretacion, dice Sala<sup>4</sup>, ademas de ser conforme á la equidad, tiene fundamento en la misma ley, que habiendo dicho del poseedor de buena fe que debe restituir los frutos despendidos, varía de locucion cuando habla del de mala, diciendo que debe *pechar* el precio de ellos; cuya variacion en el modo de explicarse indica que la hay en la doctrina, y no puede ser otra que la dicha. Una ley<sup>5</sup> distingue entre los poseedores de mala fe, aquellos que han robado la cosa, ó entrado en su posesion sin título, de los que la tienen por compra, donadio ú otro título justo, pero sabiendo que aquel de quien la han no tiene derecho de enagenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubiera podido llevar su dueño; y de los segundos, que deben restituir los frutos percibidos, pero no los que hubieran podido percibirse; de cuya limitacion po-

1 L. 39. tit. 28. part. 3.

2 Ley cit.

3 Glosa 9 de la misma ley.

4 *Ilust. al der.* lib. 2. tit. 1. n. 33.

5 L. 40. tit. 28. part. 3.

ne cuatro especies: 1.º cuando la cosa se vende en fraude de los acreedores, y el comprador es partícipe en el engaño: 2.º cuando se enagenase por fuerza ó miedo: 3.º cuando se comprare la cosa del fisco sin las solemnidades que prescribe el derecho; y 4.º cuando la compra se hiciere contra las leyes. A las cuales creemos muy justo añadir otras dos, á saber: cuando ya maduros los frutos no se cortan, sino que se dejan podrir maliciosamente<sup>1</sup>; y cuando algun menor con dinero prestado compró un fundo en mayor precio del que valia, en cuyo caso deberá ser restituido, y recobrar el precio con los intereses percibidos y que debia percibir, devolviendo el fundo igualmente con los frutos percibidos, y que hubieran podido percibirse<sup>2</sup>.\*

39. La *tradicion* ó entrega de las cosas es de tres maneras: *corporal*, *ficicia* y *simbólica*(a). La *corporal* es cuando se entrega realmente la cosa en manos del que la compra ó adquiere por otro título. La *ficicia* cuando no interviene entrega real y 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 trasferir: v. gr. si se dan las llaves del granero en que está encerrado el trigo que se vende. \*Acercas de la *tradicion* es preciso notar, que para que por ella se transfiera el dominio, debe hacerse por el señor, tener este ánimo y voluntad de enagenar<sup>3</sup>, y por último preceder título hábil para trasferir el dominio<sup>4</sup>. En cuanto á este requisito asientan los autores por axioma, *que ni el título basta* (para adquirir el dominio) *sin tradicion, ni la tradicion sin título*. La razon de la primera parte es, que no puede decirse que cualquiera cosa es de alguno, mientras no esté completamente á su disposicion, de tal manera que puede hacer de ella lo que guste, y lo que no sucede hasta que no la haya recibido de mano del señor<sup>5</sup>. Pero esto se entiende atendido el derecho civil, porque conforme al natural y

1 *Lop.* en dicha ley 40. n. 4. y la gl. en la ley 17. C. *D. rei vindic.*

2 *Glos.* in leg. 26. § 1. D. *De minoribus.*

(a) La *tradicion* solo puede tener lugar en las cosas corporales, porque unicamente estas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno á otro. En las incorporales, como los derechos, no hay *tradicion* sino *cuasi tradicion*, la cual consiste en el ejercicio del uno y la paciencia ó sufrimiento del otro.—E.

3 Alvarez *Instituc.* lib. 2. tit. 1. § 7.

4 Arg. de la ley 46. tit. 28. part. 3.

5 Vinio en el § 40. *Instit. De rer. divis.*

n. 1. Esta doctrina general tiene sin embargo algunos casos de excepcion, en los que se adquiere el dominio ó derecho en la cosa por

solo el título sin necesidad de *tradicion*. Así sucede 1.º En las herencias por testamento en las que basta su adición 2.º En los legados. 3.º En las donaciones ó ventas hechas á las iglesias, lugares pios ó ciudades, en las que solo se requiere la aceptacion por parte de estos. 4.º Cuando se da alguna cosa á otro bajo la condicion de que preste los alimentos, pues no cumpliendo con ella pasa luego el dominio de la cosa donada á aquel de quien antes era: (Pichler, *Jus. canonic.* Prolegom. n. 4). 5.º En las servidumbres negativas. 6.º En las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios. (Alvarez *Instituc.* lib. 2. tit. 1). 7.º En la hipoteca. (L. 13 tit. 13 part. 5). 8.º En la compañía universal. (L. 47. tit. 28. part. 3).—E.

al de gentes, basta para la traslación del dominio la sola voluntad del señor manifestada de cualquier modo<sup>1</sup>. Se requiere además que á la tradición preceda el título, porque ninguno se presume que quiere hacer á otro dueño de su cosa sin que haya un motivo que lo determine á ello<sup>2</sup>. Ni se diga que cuando no interviene título puede presumirse donación, porque en caso de duda, ninguno se presume que dona y prodiga sus cosas<sup>3</sup>. En la compra y venta hay la particularidad de que para la traslación del dominio se requiere además de la tradición, la numeración del precio al vendedor, ó que se caucione con fianza ó prenda, ó que aquel haga confianza del comprador<sup>4</sup>. La razón es, porque en este contrato no se presume que el dueño de la cosa quiere hacerla del otro, mientras no se le pague el precio<sup>5</sup>.

40. Se advierte que de los tres modos de adquirir de que hemos hablado, los dos primeros se llaman *originarios*, porque por ellos entra en el dominio de alguno lo que no tenía dueño ó había dejado de tenerlo. El tercero se dice *derivativo* por cuanto por él se trasfiere el dominio de un dueño á otro.

41. De los modos de adquirirlo por derecho civil, el primero es la *prescripción ó el derecho que nace de la posesión no interrumpida de una cosa por el tiempo que las leyes prefijan*: ó más propiamente es una excepción perentoria, (á) por la cual el poseedor de buena fe puede repeler después del tiempo prevenido por derecho al que pretende el dominio de la alhaja que dice ser suya y de que está mucho tiempo desposeído<sup>6</sup>. Introdújose la prescripción: lo primero, por el bien público, á fin de que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo ó casi siempre incierto: lo segundo, para evitar los innumerables y perpetuos litigios que de lo contrario se podían originar: lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarían lo que de buena fe disfrutaban; y lo cuarto, para castigar la desidia de los que sean morosos en recuperar sus bienes; por lo que deben imputarse á sí mismos

1 Grocio *De jure belli ac pacis* lib. 2. cap. 6 y 8. Heineccio *Elem. jur. nat.* lib. 1. cap. 10. n. 275.

2 Vinnio lug. cit. n. 4.

3 LL. 25. D. *De probationibus.* et 53. D. *De reg. jur.*

4 Cit. ley 45.

5 Vinnio en el § 41 *Instit. de rer. div.* n. 1.

(a) La palabra *prescripción* algunas veces significa excepción perentoria, y en ese sentido se toma en el título del Digesto: *De exceptio-nibus et prescriptionibus*; pero aquí significa un modo de adquirir el dominio, el cual comúnmente produce la correspondiente acción real, como se colige del caso de excepción que

trae la ley 21. tit. 29. part. 3; por lo mismo reprobamos al autor, se haya valido de la voz *excepción perentoria* al explicar la definición de la prescripción. Al mismo tiempo advertimos que aunque suelen usarse como sinónimos las palabras *usucapion* y *prescription*, la primera, según observa Marillo, (*Curs. jur. can.* lib. 2. n. 234) se aplica solamente á las cosas corporales, cuando la segunda se extiende también á las incorporales. D

6 Todo el tit. 26 *De praescriptionibus* en las Decret. el tit. 6. *Instit. De usucap. et longi temporis praescription.* y el tit. ff. *De usurpation. et usucap.*

la pérdida de ellos<sup>1</sup>. Pero es de advertir que donde está prohibida la enagenación lo está también la prescripción ó tolerancia, que es enagenación tácita, y se comprende en el nombre general de enagenación<sup>2</sup>.

42. Para que tenga lugar este modo adquirir el dominio, son necesarias las circunstancias siguientes: 1.º título de adquisición, es decir, que se tenga la cosa por compra, donación, herencia ú otro contrato de los que transfieren dominio: 2.º buena fe: 3.º posesión continuada: 4.º tiempo prescrito por la ley: 5.º capacidad del que prescribe y de la cosa prescrita, es decir, que el poseedor no tenga impedimento para prescribir, ni aquella para ser objeto de la prescripción<sup>3</sup>. \*Estos cinco requisitos se comprenden en el siguiente dístico:

*Sit res apta: fides bona: et titulus quoque justus.  
Posideas justè; completo tempore legis.\**

43. El título ha de ser verdadero, y así el que tenga una cosa creyéndola suya por estar persuadido que se la dieron, no podrá obtener prescripción de ella, á ménos que esta creencia provenga de hecho ajeno que no le es imputable: v. g. 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 prescripción<sup>4</sup>.

44. La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa que es dueño de ella por haberla adquirido legalmente<sup>5</sup>. Así 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<sup>6</sup>. Por las leyes romanas bastaba al poseedor la buena fe al tiempo de adquirir la cosa, excepto el caso de compra en que era también precisa al tiempo de contratar, doctrina que se adoptó en la de Partida<sup>7</sup>; pero nuestros más célebres jurisconsultos son de opinión 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 prescripción<sup>8</sup>, apoyándose también en una ley del reino, cuyo espíritu encuentran conforme con la indicada doctrina<sup>9</sup>.

45. La posesión se llama la *tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo ó del entendimiento*<sup>10</sup>; es decir, el poderío legal que el hombre tiene en las cosas habidas corporalmente y 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

1 L. 1. tit. 29. part. 3.

2 L. 28. ff. *De verborum signification.*

3 LL. 6 y 7. 9 y 18. tit. 29. part. 3.

4 LL. 14 y 15. tit. 29. part. 3.

5 L. 9. tit. 28. part. 3.

6 LL. 10 y 11. id. id.

7 L. 12. tit. 29. part. 3.

8 Cap. ult. *De praescriptionibus.*

9 L. 5. tit. 15. lib. 4. R., ó 2. tit. 8. lib. 11. N.

10 L. 1. tit. 30. part. 3.

corporalmente, como una casa, un reloj, &c. La civil es cuando no corporalmente sino con la voluntad se tiene la cosa, v. g. si uno solo sale de su casa ó hereda l con ánimo de no desampararla<sup>1</sup>. 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., \*y esta se llama *cua i posesion*.<sup>2</sup>\*

46. La posesion, como se ha dicho, debe ser *continuada*<sup>3</sup>, 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. Por cualquiera de estos dos modos queda cortada la prescripcion, y debe empezar de nuevo<sup>4</sup>. \*Advirtiendo, 1.<sup>o</sup> que cuando el prescribente no puede ser demandado por estar ausente ó furioso, ó por ser de menor edad y no tener curador, ó si fuere persona poderosa, ó hubiere muerto, bastará para interrumpir la prescripcion, protestar ante el juez ó ante los vecinos de su casa, que por aquel impedimento no se le demanda<sup>5</sup>; y 2.<sup>o</sup> que interrumpida la prescripcion en cuanto á la posesion, se interrumpe tambien en cuanto á la propiedad, y al contrario<sup>6</sup>. \*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<sup>7</sup>. \*Alvarez<sup>8</sup> sobre este punto asienta por regla, que el sucesor continúa la posesion de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular, siempre que ambos tengan buena fe; y que para comenzar la prescripcion por sí solos, no les daña la mala de su antecesor. Heineccio<sup>9</sup> distingue entre el sucesor universal y el singular: acerca del segundo establece la misma doctrina; mas respecto del primero dice, que teniendo el difunto buena fe, continuará la prescripcion aunque él la tenga mala; y del mismo modo, que habiéndola tenido mala el antecesor, no podrá comenzar la prescripcion, á pesar de que por su parte la haya buena, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto, y por lo mismo aun en sus vicios.

47. 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 ménos

1 L. 2. ibid.

2 Cit. ley 1. tit. 30.

3 L. 9. tit. 29. part. 3. allí. „*continúadamente*.”

4 L. 29. tit. 29. part. 3. ¿La citacion á conciliacion interrumpe la prescripcion? Nosotros creemos que sí, fundados en la citada ley 29 que al fin establece ser bastante para el efecto, que el acreedor demande al deudor *delante de amigos ó de acaudalados*. El código frances resuelve expresamente este punto por la afirmativa,

añadiendo que eso se entiendo siempre que la demanda se instaura dentro de un mes contado desde el día de la no-comparecencia, ó de la no-conciliacion. — E.

5 L. 30. tit. 29. part. 3.

6 L. 7. tit. 15. lib. 4. R., ó 6. tit. 8. lib. 11. N.

7 L. 16. tit. 29. part. 3.

8 *Instituc.* lib. 2. tit. 6.

9 *Em. jur. sec. ord. inst.* lib. 2. § 446, y la nota.

presunto en los términos que se dijo hablando de la tradicion simbólica, esto es, por medio de un signo que acredite la posesion<sup>1</sup>. Por lo mismo no pueden ganarla por sí los arrendadores, comodatarios, depositarios y otros semejantes que tienen la cosa en nombre ageno<sup>2</sup>, ni los que entran por fuerza en la cosa ó la roban, porque su tenencia no es legal<sup>3</sup>.

48. La posesion se pierde de dos modos: 1.<sup>o</sup> Siempre que la cosa se reduzca á tal estado que no pueda tenerse corporalmente ni con la voluntad: 2.<sup>o</sup> 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 así puede demandar el despojado á quien tenga sus bienes<sup>4</sup>, pues para ello estan en uso los juicios sumarios de momentánea posesion, llamados así 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.

49. 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<sup>5</sup>. \*Esto se entiende cuando tanto el que recibe la cosa, como el que la enagena tienen buena fe, porque si el segundo la tuviese mala, son necesarios para la prescripcion treinta años; á ménos que el señor de la cosa supiere la enagenacion y no reclamare, pues entónces bastan los diez ó veinte años respectivamente<sup>6</sup>. \*Tambien se prescribe por posesion inmemorial, lo cual se prueba por medio de testigos de buena fama, que deponen haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que así lo oyeron á sus mayores, sin que nunca viesen ni oyesen cosa en contrario. Por esta posesion se adquiria el señorío de ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion, aunque no la suprema que corresponde al soberano, ni los tributos<sup>7</sup>; \*lo cual no puede tener lugar entre nosotros, supuesto que la soberanía reside radical y esencialmente en la nacion<sup>8</sup>, á lo que es consiguiente que sea intransmisible, esto es, que la nacion no puede por cualquier titulo despojarse de ella y cederla á particulares<sup>9</sup>. \*

1 LL. 6, 7, 8 y 9. tit. 30. part. 3.

2 LL. 32. tit. 29. y 5. tit. 30. part. 3. y 4.

3 tit. 15. lib. 4. R., ó 1. tit. 8. lib. 11. N.

4 L. 10. tit. 30. part. 3.

5 LL. 49. tit. 28. y 14 y 17. tit. 30. part. 3.

6 LL. 9 y 18. tit. 29. part. 3.

6 L. 19. id. id.

7 LL. 4, 6 y 9, tit. 29. part. 3 y 1. tit. 7.

Lib. 5. R.

8 Art. 3. de la Acta constitutiva.

9 Rivero *Lecciones de política*, cap. 3. lecc. 1.

50. 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<sup>1</sup>.

51. 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.

52. No todas las acciones se prescriben por igual espacio de tiempo. Así 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 6. tit. 15. lib. 4. R. ó 5. tit. 8. lib. 11. N., 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.

53. 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, cuya última disposicion no puede renunciarse, y si se renunciare no producirá la renuncia efecto alguno<sup>2</sup> \*. 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<sup>3</sup> (\*).

54. 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 li-

1 L. 3 tit. 15 lib. 4. R. ó 3. tit. 8. lib. 11. N.  
2 LL. 32. tit. 16. lib. 2. y 9. tit. 15. lib. 4.  
R. ó 9 y 10. tit. 11. lib. 10. N.  
3 Cit. ley 9. tit. 15. &c.

(\*) Se ha hablado aquí ligeramente de la pres-

cripcion en materia de acciones, reservando para cuando se trata de estas, de las excepciones y de los juicios, la correspondiente doctrina que se explicará con la debida extension.

bre<sup>1</sup>. Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de los pueblos que estan destinados al uso comun de sus vecinos; \*pero las que no son de uso comun, pueden prescribirse por espacio de cuarenta años<sup>2</sup>. \* Las cosas forzadas ó robadas<sup>3</sup>: las de los menores de veinte y cinco años; las de los hijos que estan bajo la patria potestad: y las dotales<sup>4</sup>; á ménos que á pesar de ser el marido pró tigo callase la muger sin pedirle la restitucion de su dote.

55. No corre la prescripcion contra los hijos de familia mientras estan bajo el dominio paterno, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelele 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<sup>5</sup>, \*advirtiéndole que lo dicho de la dote se ha de entender de la inestimada, pues en lugar de la estimada se subrogó el precio<sup>6</sup>: ni contra los menores de veinte y cinco años, mientras lo son, á ménos 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. \*Esto se entiende de las prescripciones de veinte ó ménos años, pues las de mayor tiempo corren sin distincion contra los mayores de catorce, pudiendo sin embargo pedir restitucion<sup>7</sup> \*. Lo propio milita para con el fisco, concejos y comunidades, pretendiéndola dentro de los cuatro siguientes á su cumplimiento<sup>8</sup>; y para con el ocupado en servicio de la nacion 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<sup>9</sup> (\*).

1 L. 6. tit. 29. part. 3.

2 L. 7. ibid.

3 LL. 4. ibid. y 5. tit. 15. lib. 4. R., ó 2. tit. 8. lib. 11. N.

4 L. 8. tit. 29. part. 3.

5 L. 8. gl. 5. tit. 29. part. 3. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 8. Paz, tom. 1. part. 1. temp. 2. n. 32.

6 Sala Ilustr. al d. r. lib. 2. tit. 2. n. 8.

7 L. 9. tit. 19. part. 6.

8 L. 10. tit. 19. part. 6. Covar. in regul. possessor. part. 3. § 3. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. ns. 3 y 7.

9 L. 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. ns. 10 y 17.

- |    |  |         |   |
|----|--|---------|---|
| 1  | Division de las servidumbres en reales y personales, y definicion de cada una de estas especies. | 11      | ¿Quién puede imponerse servidumbre?   |
| 2  | Subdivision en rústicas y urbanas.   | 12      | La servidumbre es una calidad inherente á la cosa en que está constituida, y es indivisible de su naturaleza. |
| 3  | De las urbanas.  | 13      | ¿En qué cosa no puede constituirse servidumbre?   |
| 4  | De las rústicas.   | 14      | ¿De cuántos modos pueden constituirse las servidumbres?   |
| 5  | Especies de servidumbre personal.  | 15      | De los modos de acabarse ó extinguirse las mismas.  |
| 6  | Del usufruto.  | 16 y 17 | Continuacion de lo mismo.   |
| 7  | En qué cosas puede constituirse.   |         |   |
| 8  | Diferencias entre el usufruto y el uso.  |         |   |
| 9  | Obligaciones peculiares del usufruario.  |         |   |
| 10 | Del derecho de habitacion.   |         |   |

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 y 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<sup>1</sup> (a). 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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>. Rústica la que se debe á las fincas destinadas á la agricultura<sup>4</sup> (b).

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 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

1 L. 1. tit. 31. part. 3.

(a) Como en estas servidumbres siempre un fundo sirve á otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en utilidad del otro *serviente*.—E.

2 La misma ley.

3 L. 2. del mismo tit.

4 L. 3. alli.

(b) Tambien se dividen las servidumbres en *afirmativas* ó *negativas*. Cuando aquella consiste en que el señor de la cosa permita hacer algo en ella á aquel á quien concedió la servidumbre, es *afirmativa*; mas cuando solamente ha quedado obligado á no hacer alguna cosa en beneficio del otro, se llama *negativa*.—E.

ajena, y finalmente el poder entrar por la casa ó el corral ajeno para entrar en la propia ó salir de ella<sup>1</sup>.

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 prodrá 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 piés de ancho y diez y seis si hubiere vuelta<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. 5.<sup>a</sup> El derecho de beber en fuente ó pozo ajeno para si, sus labradores y bestias de labor ó ganados (a), 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<sup>4</sup> (b). 6.<sup>a</sup> El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa ajena<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>.

5. Las especies de servidumbre personal son el *usufruto*, el *uso* y la *habitacion*. *Usufruto* 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

1 L. 2. tit. 31. part. 3.

2 L. 3. tit. 31. part. 3.

3 L. 4. tit. 31. part. 3.

(a) A esta especie de servidumbre debe referirse el derecho de sacar agua de la fuente ajena para regar la heredad propia de que habla la ley 5. tit. 31. part. 3; siendo digno de notar, que en este caso el dueño de la fuente no puede conceder á otro el mismo derecho, sin consentimiento de aquel á quien primero lo otorgó; á menos que la agua abunde tanto que sea suficiente para los dos.—E.

4 L. 6. del mismo tit.

(b) Generalmente hablando, ninguno puede entrar en heredad ajena sin permiso de su dueño, excepto en los casos siguientes: 1.<sup>o</sup> cuan-

do tuviese en su campo un árbol cuyas ramas colgasen en el del vecino, y en el cayesen los frutos, pues entonces podrá entrar á cogerlos, en tres dias, é non en mas, como se expresa la ley: 2.<sup>o</sup> si alguno hubiese escondido dinero en campo ajeno, y así lo asegurare, jurando que no procede de malicia; en estas circunstancias, debe el dueño del campo permitirle la entrada y dejarle llevar lo que allí escondió sin embargo ninguno: 3.<sup>o</sup> si hubiese comido los frutos de campo ajeno, pues entonces podrá entrar á cortarlos, sin que el señor de aquel pueda impedirlo. L. 18. tit. 28. part. 3.—E.

5 Dicha ley 6.

6 L. 7. del mismo tit.

deteriorarla<sup>1</sup>. *Habitacion* es el derecho de habitar en casa ajena, con la compañía que uno tuviere, y de alquilarla<sup>2</sup>.

6. Dividese el usufruto en *natural, industrial, legal y convencional*. *Natural* se llama aquel cuyos frutos produce la naturaleza, 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<sup>3</sup>.

7. El usufruto puede constituirse en bienes raices, en muebles que no se consumen, pero se deterioran ó envejecen con el uso, v. gr. trastos 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 usufruto, porque necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufrutuário, se llaman impropriadamente usufruto (a) este uso, como tambien en los semovientes; v. gr. ciervos, bueyes, vacas, ovejas y otros ganados.

8. Diferenciase el usufruto y el uso: lo primero, en que el que tiene el usufruto gana y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufrutúa, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufrutuar, 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<sup>4</sup>. Lo segundo, en que el que tiene el usufruto, debe hacer á expensas de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las alhajas y bienes que usufrutúa, y satisfacer de ellos las pensiones anuales; pero el que tiene solamente el uso, á nada está obligado, á ménos 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<sup>5</sup>.

9. Aunque tanto el usufrutuário como el usuario no deben deteriorar la cosa en que está constituido el usufruto ó el uso<sup>6</sup>, sin embargo, el usufrutuário está ademas obligado á mantener-

1 L. 29. tit. 31.

2 L. 27. id.

3 El usufruto segun queda explicado, es el que los juriconsultos llaman *formal*, para distinguirlo del *casual*, denominando así al que disfruta el dueño en su propiedad; pero este realmente no es usufruto, pues pa-

ra serlo ha de considerarse separado de aquella.

(a) A este nombran Heineccio y Alvarez *casual usufruto*.—E.

4 L. 21. tit. 31. part. 3.

5 L. 22. id. id.

6 L. citada.

la y cuidarla bien. de manera que si fuere casa ha de repararla, y si heredad, labrarla y cultivarla bien. Si el usufruto consiste 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<sup>1</sup> \*.

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<sup>2</sup>; pero por el mero uso no puede habitarla mas que el usuario, su familia y algun huésped, mas no alquilarla á otro<sup>3</sup>.

11. Ninguno puede imponer servidumbre en una heredad ó edificio sino el dueño<sup>4</sup>, reputándose tambien por tal el enfiteuta que solo tiene el dominio útil<sup>5</sup>; y si la heredad fuere de muchos, todos han de otorgarla cuando la ponen. Si unos la otorgaren y otros no, aquellos no pueden resistir el uso de ella; pero estos pueden contradecirla, así 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<sup>6</sup>: 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, ántes bien pasa al nuevo poseedor<sup>7</sup>. De aquí 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 ménos 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<sup>8</sup>, 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 herederos, ya del predio dominante, ya del sirviente, se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos<sup>9</sup>.

1 L. 22. tit. 31. part. 3.

(\*) Tratándose en este capítulo de las servidumbres en general, no se ha tenido por conveniente insertar en él toda la doctrina de Ferrero relativa al usufruto, que se hallará en el tratado de Testamentos y en capítulo separado con este título: *Del uso de fruto en las herencias y legados*.

2 L. 27. tit. 31. part. 3.

3 L. 21. del mismo tit.

4 LL. 9 y 13 del propio tit.

5 L. 11. allí.

6 L. 10. del mismo tit.

7 LL. 8 y 12. tit. 31. part. 3.

8 Dicha ley 12.

9 LL. 9 y 18. del mismo tit. 31.

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<sup>1</sup>.

14. De tres modos pueden constituirse las servidumbres<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>; á ménos que el que prescribe tenga justo título dimanado de algun tercero, pues entónces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años<sup>4</sup>. 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 prescribiente 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 prescribiente apoyase su uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso ó transcurso del tiempo legal, sin necesidad de la ciencia del dueño<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>: 2.º por la remision ó con donacion que hace el dueño del campo á quien se debe la servidumbre<sup>7</sup>, bastando que esta remision sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la debe hacer algo que impida su uso<sup>8</sup>: 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<sup>9</sup>; pero si fuere rústica se perderá por el no uso inmemorial siendo continua, y

1 L. 13. tit. 31.  
2 L. 14. del propio tit.  
3 L. 15. tit. 31. part. 3. Greg. Lop. en la glos. 3.  
4 Greg. Lop. en la gl. 12 de la misma ley. Ant. Gom. ibi. 2. cap. 15. n. 27. *Variar. vers. Advertendum.*  
5 Greg. Lop. en la gl. 3. de la ley 15. tit. 31. part. 3. Ant. Gom. dicho cap. 15. n.

27. *vers. Servitus.*  
6 L. 17. tit. 31. cit.  
7 La misma ley 17.  
8 L. 19. del mismo tit. 31.  
9 L. 16. alli. Esto se entiende si el que debia la servidumbre impidiese el uso de ella con buena fe, pues á no ser así, no se perderia por tal impedimento, aunque fuese de diez á veinte años.

por el no uso en el espacio de veinte años si fuese discontinua<sup>1</sup>. Advertiase 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 si el predio, solo perderá el derecho á la servidumbre aquel que no usase de ella despues de la division<sup>2</sup>.

16. El usufruto, ademas de extinguirse tambien como las servidumbres reales por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el usufrutuario el dominio de la cosa, ó al revés, 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 usufrutuario<sup>3</sup>. Por enagenar este su derecho de usufruto 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<sup>4</sup>. Por destruirse la cosa que se usufrutuaba á causa de algun accidente ó caso fortuito; por ejemplo, si fuere una casa, y se quemase<sup>5</sup>, siendo de advertir que el usufrutuario no podrá reedificarla sin licencia del dueño. Ultimamente por cumplirse el plazo por el cual fué adquirido ó concedido. El usufruto 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<sup>6</sup>, y en cuanto á la habitacion dice la ley 27. tit. 31. Part. 3 lo siguiente: *E 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 Dicha ley 16.  
2 L. 18. del mismo tit.  
3 L. 24. de dicho tit. 31.  
4 Dicha ley 24 y 3. tit. 8. part. 5.

5 § 1. Inst. De usu et habit. L. 25. tit. 31. part. 3.  
6 L. 24. del mismo tit. 31.

FIN DEL TOMO PRIMERO.





**INDICE**

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS QUE COMPRENDE EL TOMO PRIMERO.

**TITULO PRELIMINAR.**  
*Del Derecho, de la Jurisprudencia y de la Justicia.*  
 CAP. I. Del derecho en general, de la Jurisprudencia y de la Justicia..... 1  
 CAP. II. Del derecho escrito o de las leyes..... 7  
 CAP. III. De los códigos que contienen el derecho escrito de la República Mexicana..... 26  
 CAP. IV. Del derecho no escrito, ó de la costumbre..... 55

**LIBRO PRIMERO.**

DE LAS PERSONAS.

**TITULO PRIMERO.**

*Del estado de las personas.*

CAP. I. Del estado natural de las mismas. 62  
 CAP. II. Del estado civil de las personas. 71

**TITULO II.**

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

CAP. I. De la patria potestad, de sus principales efectos civiles, y de los modos de adquirirla, y de las obligaciones mutuas entre padres ó hijos..... 98  
 CAP. II. De los esponsales..... 107  
 CAP. III. Del matrimonio..... 123  
 CAP. IV. De las escrituras matrimoniales. 155  
 CAP. V. De la dote..... 164  
 CAP. VI. Del privilegio de la dote..... 179  
 CAP. VII. De la restitucion de la dote..... 182  
 CAP. VIII. De los bienes parafernales..... 201  
 CAP. IX. De las arras..... 203  
 CAP. X. De los bienes gananciales..... 217

**TITULO III.**

*De las prohibiciones, legitimaciones y emancipaciones.*

CAP. I. De las prohibiciones..... 236  
 CAP. II. De las legitimaciones..... 240  
 CAP. III. Del modo de acabarse la patria potestad..... 244

**TITULO IV.**  
*De la tutela y curaduría.*

PAG.  
 CAP. I. De la tutela..... 256  
 CAP. II. De la curaduría..... 267  
 CAP. III. Obligaciones de los tutores y curadores..... 270  
 CAP. IV. De los modos de acabarse la tutela y curaduría..... 276  
 CAP. V. De la decima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion..... 288

**LIBRO SEGUNDO.**

DE LAS COSAS.

**TITULO PRIMERO.**

*Division general de las cosas, del dominio y de las servidumbres.*

CAP. I. De las cosas y sus diversas especies..... 296  
 Apendice á este capitulo, sobre los limites de las heredades..... 319  
 CAP. II. Del dominio y de los modos de adquirirle..... 325  
 CAP. III. De las servidumbres..... 354

ESCRITURAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Escritura de aprendiz..... 104  
 — de pupilo..... 106  
 — de palabra de casamiento ó esponsales de futuro..... 120  
 — de apartamiento y dissolution de esponsales..... 122  
 Licencia de padre a hijo para casarse..... 154  
 Capitalaciones matrimoniales..... 158  
 Escritura de capital..... 162  
 Carta de pago y recibo de dote..... 194  
 — de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales..... 197  
 — de dote confesada..... 199  
 Modo de extender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial..... 200  
 Escritura de arras..... 215  
 Pedimento y demas diligencias para la adopcion..... 249  
 Escritura de adopcion..... 250  
 Memorial pidiendo la legitimacion..... 252  
 Escritura de emancipacion..... 253  
 Forma de extender los autos de tutela y curaduría de bienes..... 291  
 Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora..... 10.  
 Discernimiento de la tutela y curaduría de bienes..... 293

FIN DEL INDICE.

FONDO BIBLIOTECA PUBLICA DEL GOBIERNO DE NUEVO LEON

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEÓN  
 BIBLIOTECA DE BIBLIOTECAS



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS



NOTE