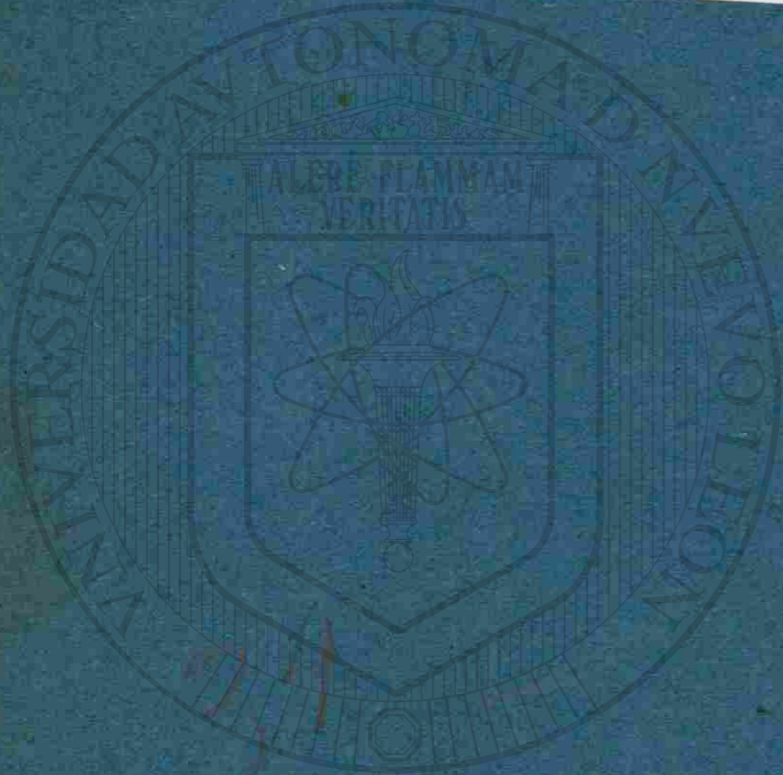


DAD A
CIÓN C

COLECCION
DE
DERECHO.

KB122
G6
c.1

E
340
G



10# 567 11/15

U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

COMPENDIO

DE LAS VARIAS RESOLUCIONES

DE

ANTONIO GOMEZ,

COMPUESTO

EN OBSEQUIO DE LOS JOVENES FACULTATIVOS

Y AÑOTADO

SEGUN LAS RESOLUCIONES DE AILLON Y SUAREZ, Y LAS LEYES
POSTERIORES A LA PUBLICACION DE LA OBRA,

POR EL LIC. D. C. G. G.

D. Jose Marcos Gutierrez.

MEXICO.

IMPRESA DE CUMPLIDO, CALLE DE LOS REBELDES N. 2.

1852.

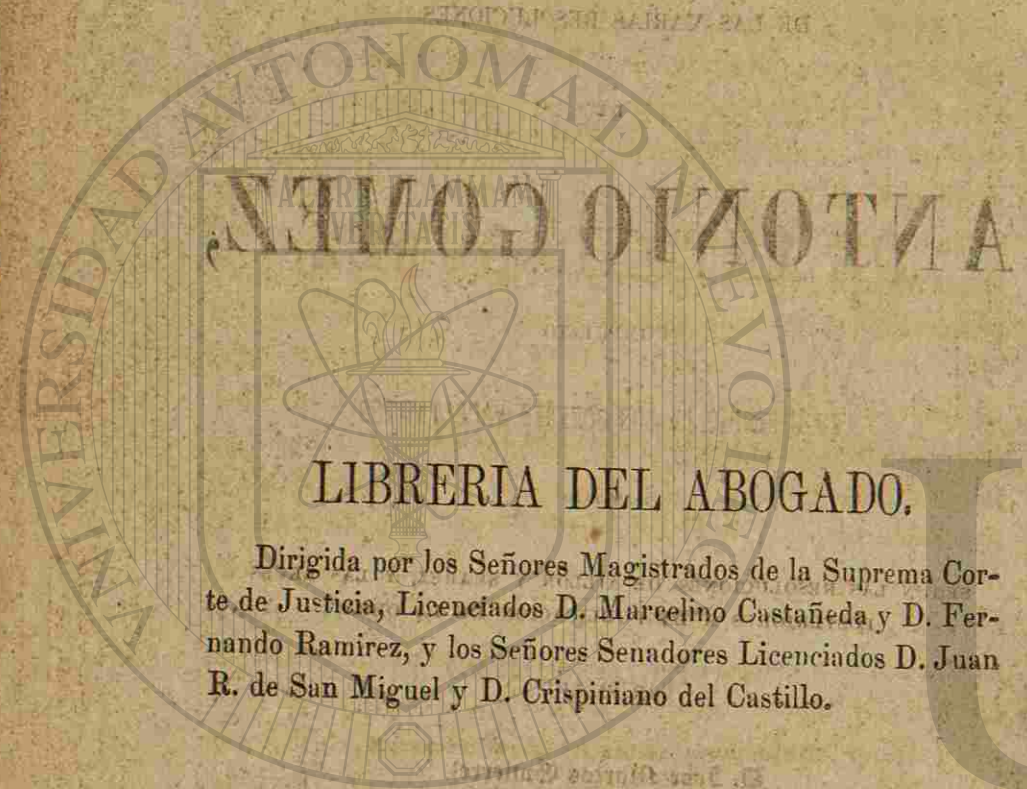
53864
FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
CENALFO DE NUEVO LEON



KB122
196

COMPENDIO

DE LAS LEYES DE LOS REYES



Dirigida por los Señores Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, Licenciados D. Marcelino Castañeda y D. Fernando Ramirez, y los Señores Senadores Licenciados D. Juan R. de San Miguel y D. Crispiniano del Castillo.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

VARIAS RESOLUCIONES
DE ANTONIO GOMEZ.

TOMO PRIMERO.

DE LOS TESTAMENTOS.

CAPITULO PRIMERO.

De las herencias que se defieren abintestato.

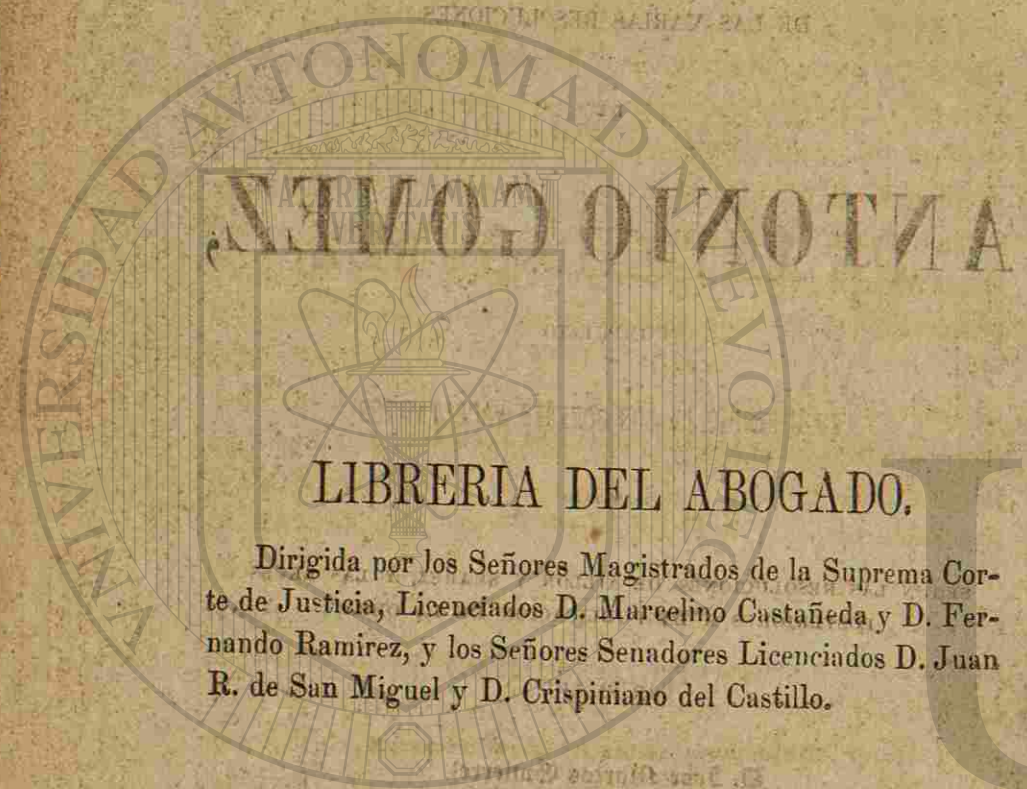
1. Tres líneas suelen constituir los juriconsultos con respecto á las sucesiones abintestato: línea de descendientes, línea de ascendientes, y línea de colaterales. En este lugar se trata únicamente de la primera, porque de la segunda tiene hablado nuestro autor en la esposicion de la ley 6 de Toro, y de la tercera en la esposicion de la ley siguiente (núm. 1).
2. Muriendo alguna persona abintestato, sea varon, ó sea hembra, le suceden por todos derechos sus hijos de uno y otro sexo, bien se hallen constituidos en la patria potestad, bien emancipados, igualmente y sin preferencia alguna con esclu-



KB122
196

COMPENDIO

DE LAS LEYES DE LOS REYES



Dirigida por los Señores Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, Licenciados D. Marcelino Castañeda y D. Fernando Ramirez, y los Señores Senadores Licenciados D. Juan R. de San Miguel y D. Crispiniano del Castillo.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

VARIAS RESOLUCIONES
DE ANTONIO GOMEZ.

TOMO PRIMERO.

DE LOS TESTAMENTOS.

CAPITULO PRIMERO.

De las herencias que se defieren abintestato.

1. Tres líneas suelen constituir los juriconsultos con respecto á las sucesiones abintestato: línea de descendientes, línea de ascendientes, y línea de colaterales. En este lugar se trata únicamente de la primera, porque de la segunda tiene hablado nuestro autor en la esposicion de la ley 6 de Toro, y de la tercera en la esposicion de la ley siguiente (núm. 1).
2. Muriendo alguna persona abintestato, sea varon, ó sea hembra, le suceden por todos derechos sus hijos de uno y otro sexo, bien se hallen constituidos en la patria potestad, bien emancipados, igualmente y sin preferencia alguna con esclu-



sion de otros cualesquiera ¹. Y entonces habrá lugar á esta sucesion, cuando los hijos adan ó pidan la herencia dentro del término prefinido por la ley, ó cuando esto mismo haga otro en su nombre, siempre que la ratificacion de aquellos intervenga en el mencionado tiempo, segun sucede, apelando una persona por otra, ó retrayendo un extraño por un consanguíneo; pues en uno y otro caso la aprobacion de aquel, en cuyo nombre se apela ó se retrae, ha de verificarse en el término señalado para apelar, y en los nueve dias concedidos para retraer (n^{úm.} 2 y 3).

3. Se funda la preferencia que tiene el hijo al abuelo, sin embargo de hallarse tambien en el primer grado (aunque de la línea ascendental) en que aquel representa la persona de su padre premuerto, de cuya sucesion se trata, pareciendo una misma persona con éste, y perpetrando su memoria por la sustancia que de él recibió en la generacion, cuyas ficciones no pueden admitirse en el padre respecto del hijo difunto: infiriéndose de esta doctrina que si muere con ascendientes alguna persona, cuyo hijo se halla en algun monasterio, ha de sucederle éste, porque ocupa el lugar del hijo, como tambien que si fallece algun religioso, debe heredarle el monasterio, sin embargo de que tenga padres: (n^{úm.} 4) y siendo digno de advertir que la espuesta identidad de personas dió fundamento á las leyes para introducir en las de los hijos la suidad, sus privilegios y efectos, la transmision de la herencia y la continuacion de su dominio (n^{úm.} 6 al principio).

¹ La legítima tomada absolutamente proviene del derecho natural, aunque su cuota dimana del positivo, y por consiguiente las facultades régias, que se conceden frecuentemente en España para fundar mayorazgos en perjuicio de la legítima de los hijos, deben concederse dejando á éstos los competentes alimentos. (Letra A).

4. Quanto hemos dicho de los hijos, no solo se entiende de los nacidos antes de la muerte del padre, sino tambien de los póstumos, á los cuales por razon de la aptitud y potencia que tienen para hallarse en la potestad de sus padres, si viviendo estos naciesen, les conceden y reservan las leyes para despues de su nacimiento todos los derechos y privilegios mencionados, considerándolos nacidos en órden á todo lo que pueda serles favorable: (dic. n^{úm.} 6.) pero esta doctrina solamente tiene lugar, concurriendo en el póstumo las circunstancias de nacer todo vivo, de vivir veinte y cuatro horas, de ser bautizado y de nacer en tal tiempo, que segun el del matrimonio y el de la ausencia del marido, se conceptúe parto legítimo: porque la ley 13 de Toro (que es la 2. tit. 8. lib. 5. de la Recop.) previene que de otra suerte sean habidos los hijos por abortivos, y que no puedan heredar á sus padres ni demas ascendientes (n^{úm.} 7). ¹

5. Estas circunstancias son dignas de atencion, no obstante de que el hijo muera despues de haber vivido las veinte y cuatro horas, porque verificadas, como que ecsiste heredero *ipso jure* mediante la suidad, y no habiendo lugar á ésta, por tratarse de suceder á la madre ó abuelos maternos, como que puede adir por medio de su curador de bienes, haciéndose de consiguiente los bienes suyos en ambos casos, podrán venderse para sus alimentos y otras cosas necesarias: deberán sucederle la madre y abuelos maternos escludidos los hijos y descendientes del padre difunto: no tendrá entrada el fisco, aun muriendo el padre sin descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del

¹ Este número se ha epitomado con arreglo á lo que previene la citada ley 13, sin atender á lo que en él espresa el autor; pues si aquella se mira con reflexion, se advertirá que procedió equivocadamente en su inteligencia.

décimo grado ¹; y finalmente, si por ventura algun hijo ó hija hubiere renunciado la herencia de su padre con juramento, en cuyo caso es válida la renuncia, podrá aquel ó aquella suceder al hijo de que se habla aun en los bienes paternos (núm. 8).

6. A falta de los hijos suceden los nietos, viznietos y demas descendientes sin límites (*dic. núm. 8 vers. Sed postquam, y núm. 15.*) *in stirpes* y no *in capita*, por cuanto vienen representando las personas de sus padres premuertos, y ocupando el grado que estos ocupaban: bien sucedan solo los nietos de diferentes hijos, ó bien sucedan los nietos con algun tio suyo, hijo ó descendiente de aquel á quien se trata de heredar: de modo que si de dos hijos difuntos uno dejase seis y otro dos hijos, tanto percibirían éstos como aquellos, porque lo mismo percibiría su padre si hubiera vivido (núms. 12 y 13).

7. Para que los nietos y demas descendientes, faltando la persona media, sucedan á sus abuelos, es indispensable que nazcan ó se conciban durante la vida de éstos, (*dic. núm. 8. vers. Quod tamen intellige*); porque no existiendo al tiempo de la muerte del abuelo ó persona á quien se ha de suceder, no pueden tener la cualidad de suyos, agnados ó cognados, por la cual se defiere la sucesion (núm. 9).

¹ Segun la ley sexta *tít. 13. Part. 6.* han de suceder los colaterales hasta el décimo grado, despues el marido á la muger, como por el contrario, y finalmente el fisco; pero muchos de nuestros AA. controvierten si esta ley de Partida se halla derogada por el derecho de la Recopilacion. Unos afirman que conforme á las *leyes 3. tít. 9 y 9. tít. 10. lib. 1. de la Recop.* no habiendo colaterales dentro del cuarto grado, se ha de admitir el fisco con exclusion así de los demas como del marido y muger: citando asimismo en contra de los consortes la *ley 12. tít. 8. lib. 3. de la Recop.* que despues de los tres órdenes de descendientes, ascendientes y colaterales llama al fisco sin hacer mencion de ellos. Otros, con cuyo dictámen me conformo, sostienen que el derecho de las Partidas en nada se ha derogado por el de la Recopilacion. Por lo que hace á los colaterales, ha de tenerse por cierto

8. Dos casos pueden proponerse, en los que el descendiente se conciba despues de la muerte del ascendiente á quien se pretende suceder, y no se le defiera la herencia. Uno de ellos es, cuando muere el abuelo, dejando un hijo heredero por testamento ó abintestato, el cual miéntras deliberaba, tiene otro hijo, y despues repudia la herencia, en cuyo caso no puede el nieto suceder abintestato en la herencia del abuelo (núm. 10).

9. Esta doctrina debe limitarse en caso de que el nieto

que todos los contenidos dentro del décimo grado pueden venir á la sucesion, pues si se admitieran tan solo los que se hallan dentro del cuarto, haciendo el cómputo por derecho civil que rige en las sucesiones abintestato, no pasaria la sucesion de los primos hermanos, como observa Don José Febrero; *Librería de Escribanos tom. 1. núm. 229.* Y aun es de mas consideracion la *Real Cédula de 9 de Octubre de 1766* en la cual se dice: *He tenido á bien declarar por regla general, que para lo sucesivo en conformidad de lo dispuesto en las citadas leyes sexta tít. 13 lib. 6. y la 12 tít. 8. lib. 3. de la Recop. y tambien en la 6. tít. 13. part. 6 toca el conocimiento &c., y mas abajo: Que verificado ser los bienes vacantes y mostrencos, evacuadas las solemnidades necesarias, los adjudiquen á mi Real Cámara, como mandan las citadas leyes &c.,* cuyas palabras manifiestan evidentemente que dicha Real Cédula apetece se siga acerca de la sucesion lo dispuesto en la citada ley de Part. Y por lo que hace á los consortes, ademas de lo que acaba de esponeerse, prueba Acevedo en la referida *ley 12. de la Recop.* que ésta se ha de entender en el caso de que el difunto no haya dejado consorte. Véase el *Aillon n. 21. vers. Ibi quartus y al citado Don José Febrero en el mencionado lugar núm. 231.*

Novísimamente S. M. por Real resolución que comunicó á la via de Hacienda en 18 de Agosto de 1779, y por su Real decreto espedido en San Lorenzo á 27 de Noviembre de 1785, ha mandado que los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos de incierto dueño ó sucesor estén sin perjuicio de las regalías de S. M. á la disposicion del primer Secretario de Estado (que lo es actualmente el Esmo. y Dignísimo señor conde de Floridablanca) como Superintendente General de correos y caminos, para que se apliquen á la construccion y conservacion de éstos, ú otras obras públicas de regadíos y policia, ó fomento de industria.

quiera suceder por la persona de su padre, mediante el derecho de transmision por la potencia de la suidad, de la sangre ó derecho de deliberar: como asimismo en la sustitucion fideicomisaria, en la cual es gravado el hijo á restituir á otro la herencia ó parte de ella, siempre que pueda valer el gravámen; pues entonces se entiende tácita la condicion, *si el gravado fallece sin hijos*, y escluyen al sustituto los hijos y descendientes del gravado, aunque hayan sido concebidos despues de la muerte del testador, por ser presumible que así como éste quiso preferir el gravado al sustituto, quiso tambien preferir todos sus hijos, mayormente si se espresase la mencionada condicion. Y no puede correr la espuesta doctrina en los demas derechos fuera de la sucesion de la herencia; como v. gr., en los honores y dignidades, en los contratos á los cuales son llamados por el abuelo sus descendientes, segun suele hacerse en el enfiteusis, en el retracto ó derecho de tanteo, en los mayorazgos, ya sean fundados por contrato entre vivos, ya por última voluntad, en la mejora de tercio y quinto y gravámen en ella puesto, y últimamente en los feudos (núm. 11).

CAPITULO II.

De la sucesion universal por testamento.

1. Aunque la última voluntad y disposicion del hombre haya de surtir efecto en el tiempo que ya no es dueño, es á saber, despues de su muerte; sin embargo, es válida y se sostiene por benignidad y privilegio, bien instituya á uno ó á muchos, bien sea el testamento escrito ó nuncupativo (núm. 1).

2. Para adquirir el dominio de las cosas contenidas en la herencia, defiérase por testamento ó abintestato, es suficiente

la adiccion, y no se necesita de la entrega de ellas, como sucede en los contratos, ya se trate de la enagenacion de una cosa solamente, ó ya se trate de la enagenacion de todos los bienes, (dic. núm. 1. al fin).¹

3. Si el testador instituye muchos herederos, uno de por sí y otros de un modo colectivo, como si dijese: *instituyo por herederos á Francisco y á los hijos de Pedro*, percibirán éstos la mitad de la herencia, por tenerse en lugar de una persona, y aquel la otra mitad. Lo mismo sucede diciendo: *Antonio, sé mi heredero: Juan y Diego, sed mis herederos* (núm. 3.); bien que en muchos casos debe observarse lo contrario. El primero: si el testador añade alguna espresion, por la cual parezca que quiso sucediesen todos por partes iguales: v. gr. *Todos igualmente sean herederos*. El segundo: si en la institucion usa de alguna palabra distributiva: v. gr. *Antonio, sé mi heredero y cualquiera de los hijos de mi hermano*. El tercero: si los llamados con palabra colectiva no habian nacido, como si dijera: *instituyo á Diego y al póstumo ó póstumos de Maria*; pues cada uno de estos percibiria tanto como Diego en uno y otro caso, porque se presume que el testador no los nombró por no haber podido. El cuarto: cuando instituye de un mo-

1. Por la adiccion del heredero se adquiere el dominio, mas no la posesion, esceptuando la quasi que se tiene en las cosas incorporales, la cual pasa al sucesor sin la aprehension. Tambien debe esceptuarse el caso en que el difunto poseyese con su ánimo y cuerpo ageno, v. gr. por medio de un colono; pues si éste continúa la posesion en nombre del heredero, se le trasfiere sin aprender la cosa (núm. 3.) Puede el monasterio adir por sí solo la herencia dejada al monge, aunque éste lo ignore, contradiga ó repudie; bien que para evitar litigios que pueda originar la diversidad de opiniones, podrá el monasterio compeler al monge con penas á la adiccion (núm. 4). En los contratos se le trasfiere el dominio á la Iglesia sin tradicion (núm. 5).

do colectivo muchos herederos entre los cuales hay lugar al orden de la naturaleza y del afecto, como si nombra por herederos á su hijo y á los hijos de éste; porque en este caso es de creer que no los llamó todos á un tiempo, sino por el orden sucesivo (núm. 4). Y por no ser esto último verosímil en el caso de que el testador instituya al hijo y á uno de sus nietos solamente, mediante á que los demas quedan preteridos, suceden ambos á un tiempo: el primero en todos los bienes excepto el quinto, que hacen su legítima segun las leyes de Toro, y el segundo en aquel únicamente; pues aunque pudo el abuelo haberlo mejorado en el tercio y quinto, no se entiende que lo hizo, por no haberlo expresado (*dic. núm. 4. al fin, vers. 6. & finaliter*).

4. La institucion de heredero se puede hoy poner en cualquiera parte del testamento, aunque sea de ciego, y de comun estilo de los escribanos se pone en el fin, despues de los legados y fideicomisos; si bien antiguamente era necesario que se pusiese en la cabeza de él (núm. 5).^{1 2}

5. No es indispensable que el testador escriba ó espresese el nombre del heredero, pues siempre bastará que lo demuestre con alguna señal indubitable que á él únicamente pueda aplicar-

1 Es válido el testamento sin institucion de heredero segun la ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. y por ella es la mas comun sentencia, que lo que se deja en los codicilos no necesita de confirmarse por la adiccion de la herencia (núm. 8).

2 El ciego solo puede hacer testamento nuncupativo y en su otorgamiento han de intervenir precisamente cinco testigos, como lo espresa la ley 3. de Toro (2. tit. 4. lib. 5. de la Recop.) que corrige la 14. tit. 1. part. 6. en cuanto á decir que intervengan siete y un escribano público. Los dichos testigos pueden ser no vecinos, y asistiéndoles las demas cualidades que se apetecen, y concurriendo escribano, valdrá el testamento; pero si no asiste escribano han de presenciar el otorgamiento ocho testigos, segun lo previene la citada ley 14, que no se halla enmendada por derecho mas nuevo: debiéndose en este caso hacer publicacion y

se, porque ésta hace las veces del nombre (núm. 6.)^{1 2}: en cuya atencion si la ley ó estatuto requiere en algun acto espresion del nombre de persona ó cosa, ó ecsige principalmente alguna solemnidad por causa de demostracion ó certidumbre, basta que conste de la tal persona ó cosa por alguna señal indubitable ó equivalente al nombre, ya requiera la ley ó estatuto la referida espresion llanamente, ó ya para forma y validacion del acto; mas si la ley ó estatuto pide la dicha espresion, no por causa de demostracion y certidumbre, sino principalmente por forma sustancial y validacion del acto, ha de intervenir precisamente (núm. 7).

6. Si se instituye un heredero desde cierto dia ó tiempo, ó hasta cierto tiempo ó dia, no se hace aprecio de estos, y se reputa pura la institucion, porque, segun derecho, es imposible que una persona pueda morir en parte con testamento, y en parte abintestato (núm. 8.); bien que en el último caso si el testador dice que el instituido no sea heredero mas tiempo que el señalado, pasado éste deberá el tal heredero restituir la heren-

practicar las mismas diligencias que para los testamentos hechos verbalmente ó en cédula. Y sin embargo de que la mencionada ley previene que el escribano y todos los testigos lo sellen y firmen, ó unos por otros, no se observa esta disposicion, y lo que se practica es, que uno de los testigos lo firme por el ciego, y el escribano por sí, como hace en otro cualquiera, nombrándose los demas al fin de él, segun se ejecuta en toda clase de instrumento, y estimándose por suficiente esta solemnidad. (Don José Febrero en su célebre *Librería de Escribanos tom. 1. fol. 166. núms. 214. y sig.*)

1 De la espuesta razon se infiere que si el testador preguntado por cualquiera notario, si quiere que Francisco sea su heredero, responde que sí, valdrá la institucion (*Letra E.*)

2 Asimismo se infiere que la institucion hecha en una cédula privada, á la cual se refiere el testador en su testamento, será subsistente, siempre que no se dude de aquella (núm. 11.)

cia al coheredero, si lo tiene, y si no á los herederos abintestato (núm. 10). Pero si el testador instituyere á Pedro hasta cierto tiempo, y despues de éste á Francisco por universales herederos, el primero corrido el término, se halla obligado á restituir al segundo toda la herencia por fideicomiso: sosteniéndose de este modo la voluntad del testador, ya que por la repugnancia del derecho no se puede sostener directamente, segun se practica muchas veces (núm. 9).¹

7. Así como un heredero extraño puede ser instituido bajo una ó muchas condiciones, ya casuales, ya mistas, y ya potestativas, y hasta el cumplimiento de todas no puede adirse la herencia; así tambien se puede instituir una persona desde un día ó tiempo en un todo incierto, por dudarse no tan solo si existirá, sino cuando ó en parte incierto porque se ignora únicamente cuando, segun se verifica en la institucion hecha despues de la muerte de algun tercero, por ser incierto si al tiempo de la muerte vivirá el instituido; pues el tiempo incierto se tiene por condicion y se equipara enteramente á ella. Dijí-

¹ En el día, atendida la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. puede cualquiera morir en parte con testamento, y en parte abintestato, en cuyo supuesto no se halla obstáculo para instituir heredero desde tiempo cierto y hasta cierto tiempo, con el fin de que despues del tiempo y ántes que éste venga, se defiera la herencia á los herederos abintestato: infiriéndose de la derogacion del espresado principio, que si el testador instituye á un heredero en una parte de la herencia puramente, y en otra bajo condicion, obtendrán esta los herederos abintestato, dejando de cumplirse la condicion, y no el heredero instituido contra lo que dice el Gomez (núm. 12. vers. *Unum tamen*), ó la obtendrá el sustituto, si por ventura lo ha dejado el testador en la parte dejada bajo condicion: todo lo cual ha de tenerse presente en la resolucion de muchos casos semejantes que pueden ofrecerse y trae el Autor en varias partes de este primer tomo, para que no siguiendo sus opiniones y doctrina ciegame, resolvamos segun la simplicidad ó naturalidad (digámoslo así) de nuestro derecho con desprecio de muchas vanas sutilezas que religiosamente adoptaron los Romanos.

mos despues de la muerte de algun tercero; porque si se hace la institucion desde el fallecimiento del mismo heredero, no se considera el tiempo y queda la institucion pura, mediante á que es cierto ha de existir el día en vida del instituido heredero, por cuanto viviendo uno principia á morir (núms. 11 y 12.)

8. El heredero instituido universalmente bajo condicion, sea hijo, descendiente ó extraño, pendiente ella podrá administrar todos los bienes como curador de ellos, aunque lo repugnen todos los acreedores, y sea muy considerable el patrimonio, precediendo decreto de juez que está obligado á prestar su autoridad (núm. 13.), y dando suficiente caucion fideyusoria de restituir la herencia con los frutos, si faltase la condicion á los herederos abintestato, al sustituto ó á otro cualquiera, que segun derecho deba suceder: con advertencia que si falta el heredero, pendiente la condicion, sin embargo de que administre la herencia, no la trasmite á sus herederos porque esta circunstancia ningun derecho franquea para la transmision (núm. 14. vers. *Item adde quod.*)

9. Hallándose en la administracion de los bienes hereditarios el instituido bajo condicion, si ésta se verificase, aunque esté ignorante, se hace verdadero heredero y señor de los dichos bienes, porque la detentacion que tenia en ellos, se convierte en posesion civil sin acto alguno. Lo mismo sucede aun no cumpliéndose la condicion, siempre que el instituido sea el mas próximo consanguíneo á quien pertenece la sucesion abintestato, respecto á que en lo dependiente del ánimo, muy bien se convierte una disposicion en otra, y fácilmente el ánimo aplicado á una se trae á otra (*dic. núm. 14.*)

10. La facultad de poder administrar el instituido bajo condicion, pendiente ésta, los bienes que se le dejan, se estiende al caso de que tenga coheredero puramente instituido en algu-

na parte de la herencia; y no pidiendo aquel la administracion, se nombra por el Juez otro curador, segun todo se infiere de la ley 1. tit. 4. part. 6. que dispone no tenga el heredero instituido simplemente toda la herencia, sino tan solo su parte (núm. 15).

ALERE FLAMMAM
VERITATIS CAPITULO III.

De la sustitucion vulgar.

1. La sustitucion se divide en vulgar, pupilar, fideicomisaria, ejemplar, compendiosa y brebilocua. De estas cinco últimas se habla en los capítulos siguientes, y en el presente de la primera, que se define: *segunda institucion directa que puede hacerse por cualquiera testador á cualquiera heredero; como si habiendo aquel instituido por heredero á Pedro dijese: si Pedro no lo fuese, séalo Francisco.* Cuando se hace á un extraño ó adulto, se llama *simple*, y cuando se hace al impúbero que se halla en la patria potestad, se apellida *doble*, por contener en sí la pupilar (núm. 1). Tambien se dice hecha en el primer caso con respeto á la pupilar que se dice hecha en el segundo (núm. 2). Esta sustitucion vulgar no tan solo puede hacerse al heredero instituido, sino tambien al legítimo sucesor abintestato; v. gr., *instituyo á Juan, si mi legítimo heredero no quiere vindicar mi herencia:* de lo cual se deduce que aunque la disposicion testamentaria se prefiere á la de abintestato, con todo en el presente caso por la voluntad del difunto sucede lo contrario (núm. 3).¹

¹ El Suarez, letra C, y el Aillon en las adiciones á este número, opinan que en la referida cláusula se embebe una institucion condicional, y que el legítimo heredero no puede suceder sino abintestato; pero segun mi dictámen se hallan con-

2. Diciendo el testador: *instituyo á mi hijo ó á Francisco, y sustituyo á Pedro*, por hacerse llanamente la sustitucion, se entiende vulgar y no de otra especie; á no ser que se infiera lo contrario de las palabras é intencion del difunto, ó por la cualidad de la persona á quien se sustituye pueda tambien comprenderse la pupilar, como si el testador instituyese á su hijo impúbero, y sustituyera á Juan: porque entonces la sustitucion será vulgar espresa, no adiéndose la herencia; y muriendo el instituido en la edad pupilar despues de adida, será pupilar tambien espresa, segun acontece en la sustitucion recíproca hecha á personas iguales, entre las que hay lugar á una y otra (núm. 4).

3. Si el testador dice: *instituyo á Pedro heredero, y si no quisiere serlo, restituya la herencia á Francisco*, parece que no debe admitirse ni la sustitucion vulgar ni la fideicomisaria,

tenidas en la cláusula espresada una institucion tácita con respecto al legítimo heredero, mayormente si no es forzoso, y una sustitucion vulgar espresa: porque el testador insinúa claramente en sus palabras, que quiere sea preferido en su herencia su legítimo heredero, y que en caso de no serlo, suceda Juan. ¿Y qué otra cosa ha de necesitarse para contemplar instituido al legítimo heredero, y decir que sucede por testamento en la herencia, que la voluntad evidente (aunque tácita) del difunto en la disposicion testamentaria? Parece absurdo el aseverar que el legítimo heredero no sucede por testamento, habiendo en éste manifestado su voluntad el difunto, de que sea preferido en la herencia. Nada obstan las palabras *instituyo á Juan*, de que usó el testador; pues segun todos los AA. no deben atenderse los términos ni hacerse aprecio de ellos, estando conocida la voluntad del difunto. Tampoco obstan los textos del derecho romano que aparezcan contrarios, por prescindir de ellos á causa de que entre nosotros no tienen fuerza por sí segun el auto 1. tit. 1. lib. 2. de la Recop. Y es de advertir, que segun el Suarez en la nota citada, bajo las palabras de la dicha cláusula *mi legítimo heredero*, se entiende llamado únicamente el que obtiene el primer grado. Puede verse al autor en los núms. 23 y 24, los cuales dejamos de compendiar, por suplir su defecto esta nota.

na parte de la herencia; y no pidiendo aquel la administracion, se nombra por el Juez otro curador, segun todo se infiere de la ley 1. tit. 4. part. 6. que dispone no tenga el heredero instituido simplemente toda la herencia, sino tan solo su parte (núm. 15).

ALERE FLAMMAM
VERITATIS CAPITULO III.

De la sustitucion vulgar.

1. La sustitucion se divide en vulgar, pupilar, fideicomisaria, ejemplar, compendiosa y brebilocua. De estas cinco últimas se habla en los capítulos siguientes, y en el presente de la primera, que se define: *segunda institucion directa que puede hacerse por cualquiera testador á cualquiera heredero; como si habiendo aquel instituido por heredero á Pedro dijese: si Pedro no lo fuese, séalo Francisco.* Cuando se hace á un extraño ó adulto, se llama *simple*, y cuando se hace al impúbere que se halla en la patria potestad, se apellida *doble*, por contener en sí la pupilar (núm. 1). Tambien se dice hecha en el primer caso con respeto á la pupilar que se dice hecha en el segundo (núm. 2). Esta sustitucion vulgar no tan solo puede hacerse al heredero instituido, sino tambien al legítimo sucesor abintestato; v. gr., *instituyo á Juan, si mi legítimo heredero no quiere vindicar mi herencia:* de lo cual se deduce que aunque la disposicion testamentaria se prefiere á la de abintestato, con todo en el presente caso por la voluntad del difunto sucede lo contrario (núm. 3).¹

¹ El Suarez, letra C, y el Aillon en las adiciones á este número, opinan que en la referida cláusula se embebe una institucion condicional, y que el legítimo heredero no puede suceder sino abintestato; pero segun mi dictámen se hallan con-

2. Diciendo el testador: *instituyo á mi hijo ó á Francisco, y sustituyo á Pedro*, por hacerse llanamente la sustitucion, se entiende vulgar y no de otra especie; á no ser que se infiera lo contrario de las palabras é intencion del difunto, ó por la cualidad de la persona á quien se sustituye pueda tambien comprenderse la pupilar, como si el testador instituyese á su hijo impúbere, y sustituyera á Juan: porque entonces la sustitucion será vulgar espresa, no adiéndose la herencia; y muriendo el instituido en la edad pupilar despues de adida, será pupilar tambien espresa, segun acontece en la sustitucion recíproca hecha á personas iguales, entre las que hay lugar á una y otra (núm. 4).

3. Si el testador dice: *instituyo á Pedro heredero, y si no quisiere serlo, restituya la herencia á Francisco*, parece que no debe admitirse ni la sustitucion vulgar ni la fideicomisaria,

tenidas en la cláusula espresada una institucion tácita con respecto al legítimo heredero, mayormente si no es forzoso, y una sustitucion vulgar espresa: porque el testador insinúa claramente en sus palabras, que quiere sea preferido en su herencia su legítimo heredero, y que en caso de no serlo, suceda Juan. ¿Y qué otra cosa ha de necesitarse para contemplar instituido al legítimo heredero, y decir que sucede por testamento en la herencia, que la voluntad evidente (aunque tácita) del difunto en la disposicion testamentaria? Parece absurdo el aseverar que el legítimo heredero no sucede por testamento, habiendo en éste manifestado su voluntad el difunto, de que sea preferido en la herencia. Nada obstan las palabras *instituyo á Juan*, de que usó el testador; pues segun todos los AA. no deben atenderse los términos ni hacerse aprecio de ellos, estando conocida la voluntad del difunto. Tampoco obstan los textos del derecho romano que aparezcan contrarios, por prescindir de ellos á causa de que entre nosotros no tienen fuerza por sí segun el auto 1. tit. 1. lib. 2. de la Recop. Y es de advertir, que segun el Suarez en la nota citada, bajo las palabras de la dicha cláusula *mi legítimo heredero*, se entiende llamado únicamente el que obtiene el primer grado. Puede verse al autor en los núms. 23 y 24, los cuales dejamos de compendiar, por suplir su defecto esta nota.

por la repugnancia que en sí contiene la mencionada cláusula; pues para la esencia y valimiento de la primera se requiere que el instituido no ada la herencia, y el sustituido la perciba directa y autoritativamente, y para la esencia de la segunda, que aquel sea heredero y restituya despues la herencia á éste, en lo cual se halla muy manifiesta la oposicion. Pero sin embargo, debe conceptuarse vulgar, porque en duda mas bien se presume ésta que otra cualquiera, sin que obste la palabra *restituya* de que usó el testador, mediante á que en el presente caso induce una restitucion de hecho y no de derecho (núm. 5).

4. Si en un mismo testamento se sustituye alguno vulgarmente y por fideicomiso, valen ambas sustituciones, y el sustituto podrá elegir aquella, en virtud de la cual quiera ser admitido, verificándose su caso; y lo mismo se entiende cuando á estas sustituciones se añade la pupilar (núm. 7).

5. Dando el testador al heredero dos sustitutos, uno vulgar y otro fideicomisario, como si dijese: *si Francisco no fuere mi heredero, séalo Pedro, y mando á Francisco que restituya la herencia á Maria*; deberá ser admitido Pedro con exclusion de Maria, muriendo Francisco en vida del testador, ó despues, como sea ántes de la adición de la herencia y compulsión de adir, y en el caso que no pudo aquella trasmitirse: sucediendo lo mismo si espresamente repudia, y el fideicomiso no se reitera en la persona de Pedro; mas si se reitera en la persona de éste, ó Francisco ade la herencia, se preferirá Maria, y quedará escludido Pedro (núm. 8).

6. Cuatro son las especies de sustitucion vulgar: la primera de un todo espresa que comprende los dos capítulos de nolicion é impotencia general ó particularmente; v. gr., *si Luis no fuere heredero, ó no quisiere, ó no pudiere serlo, séalo Antonio* (núm. 9. vers. *item quero quod*).

7. La segunda es en parte espresa y en parte tácita, como cuando se espresa un solo capítulo ó caso; v. gr., *si Diego no quisiere ser heredero, séalo Pedro*: porque entónces, segun la disposicion de derecho se comprende tambien el capítulo de impotencia, como por el contrario: todo conforme á la voluntad del testador, por ser verosímil que habiendo éste hecho la sustitucion en un solo caso ó capítulo, la hubiera hecho igualmente en otros, si la memoria se los hubiese presentado. Por este fundamento la sustitucion vulgar concebida en un solo caso particular é individuo comprende otro semejante, y contiene la pupilar tácita, aunque sea con respecto al sustituto del sustituto: todo lo cual debe tambien decirse de la sustitucion pupilar concebida en un solo caso individuo. Asimismo la sustitucion ejemplar hecha en un solo caso de furor, se estiende á otro; bien es verdad que siempre ha de explorarse la voluntad del difunto, á la cual de ningun modo podemos contravenir: en cuya atencion si el testador instituye por heredero á su hijo impúbbero, espresando que si muere antes de los diez años sea Francisco heredero; si por ventura muriese despues de los diez, aunque sea ántes de los catorce, no se admite Francisco, por repugnarlo la manifiesta voluntad del difunto que no quiso sustituir fuera de aquel tiempo (núm. 10).

8. En esta sustitucion pupilar coartada se contiene la vulgar tácita, por ser aquella verdaderamente pupilar y tener lugar dentro del tiempo señalado, cuanto se halla dispuesto en la pupilar plena y espresa de todo el tiempo (núm. 11).

9. La tercera especie de sustitucion vulgar es la espresa en género, como aquella que se contiene en la compendiosa ó brebilocua, pues se juzga comprendida en la generalidad de palabras, y tiene los efectos de sustitucion espresa (núm. 12). Y la cuarta especie de sustitucion vulgar es la tácita en un to-

do, cual es la que se contiene en la pupilar espresa, no por la fuerza de las palabras, sino por la tácita voluntad del difunto y estension de la ley (núm. 13).¹

10. Siendo el heredero instituido espurio, deportado ó incapaz por otro cualquiera capítulo, sucede el sustituto vulgar con exclusion del fisco y de los herederos abintestato; y repudiando el instituido, de tal suerte se admite el sustituto, que tiene entrada, aun cuando aquel sea menor, y pueda ser restituido *in integrum*, ó sea hijo que se abstuvo de la herencia, y pueda revocar dentro de un trienio el hecho de haberse abstenido; porque la regla de que no se admita el sustituto, pudiendo tener lugar el instituido, se entiende cuando esto es por derecho comun y ordinario, y no por derecho especial y privilegiado (núm. 14).²

Al hijo se puede sustituir vulgarmente con respecto á su legítima, y podrá suceder en ella el sustituto, no cuando el hijo murió sin adir ó mezclarse en la herencia, sino cuando la repudió ó se abstuvo; porque de esta suerte ningun perjuicio se infiere al hijo, y consiguientemente se juzga que ningun gravámen se le impone en su legítima (núm. 21. *vers. Tertia principalis opinio*).

12. En el tercio de sus bienes que puede el testador dejar á cualquiera de sus hijos ó nietos, no se admite la sustitucion vulgar como en la legítima. Consiste la razon de diferencia en que solamente por favor del hijo no puede imponerse gravámen en ésta, y la sustitucion que se haga no le es nociva; y en aquel no puede imponerse por favor de los descendientes, y

¹ Algunos modernos sostienen que en la sustitucion pupilar no se comprende la vulgar; y el Pichardo, que sigue la misma opinion, exceptúa un caso (núm. 18).

² Tambien se admitirá el sustituto, no repudiando el heredero dentro del año que le concede la ley 2. tit. 6. part. 6. (núm. 23).

en su defecto, de los ascendientes, y á falta de estos, de los consanguíneos, segun el orden que previene la *ley 28 de Toro*, que es la 11. tit. 6. lib. 5 de la *Recop.* Pero aunque no tiene entrada en el tercio de los bienes la sustitucion vulgar (como ni tampoco la fideicomisaria), mediante á que en virtud de ella se sucede al testador, por cuya disposicion no se puede conferir el tercio á un extraño, se admite la sustitucion pupilar, á causa de que por ella se sucede al pupilo, y así como éste podria disponer del dicho tercio despues de adquirirlo, así tambien el padre en fuerza de la institucion pupilar directa, que se considera testamento del hijo, mayormente cuando aquel tiene facultades, haciendo la sustitucion pupilar, para disponer de los bienes propios de éste, lo cual sin duda es de mas consideracion (núm. 22).¹

13. El derecho de la sustitucion, su virtud y efectos no pasan á los herederos, si no es que aquel se halle unido con el derecho de acrecer, por cuanto es un derecho condicional, el cual no es trasmisible (núm. 29).

14. No espira con la pubertad la sustitucion vulgar tácita contenida en la pupilar espresa, ya ésta se haga llanamente, ya espresamente hasta el tiempo de la pubertad, ya con la modificacion de cierto tiempo antes de la pubertad, ó ya se haga hasta mas dilatado tiempo despues de la pubertad; y así perpetuamente, y aun despues de haber corrido el cierto tiempo señalado, surtirá su efecto la sustitucion vulgar, en el caso de no adirse la herencia. Fúndase esta opinion, ademas de otras varias razones que espresa el Gomez, en que la sustitucion vulgar tácita no proviene de la pupilar espresa, sino de la dis-

¹ Puede sustituirse al hijo en la mejora del tercio vulgar, pupilar y ejemplarmente; pero siempre observando el orden de la citada ley (núm. 32).

posicion de la ley y presunta voluntad del difunto: y en atencion á este fundamento y los omitidos, si el hijo impúbero llega á la pubertad en vida de su padre, ó éste le sobrevive, sin embargo de que en estos casos por derecho se estingue la sustitucion pupilar espresa, no espira la vulgar tácita que en ella se contiene, si no es que el fallecimiento del padre se verifica en tal tiempo que lo tiene para mudar y no lo hace, pues no practicándolo habiendo visto que se estinguió la pupilar, parece que quiere cese y no se admita la vulgar tácita (núm. 30).¹

15. La sustitucion pupilar inútil que hace la madre á cualquiera de sus hijos, ó el padre al hijo emancipado ó natural, ó á un extraño, contiene la vulgar tácita del mismo modo que la pupilar útil y válida, porque en ambas sustituciones pupilares está evidente la voluntad del difunto, de la cual proviene en parte la sustitucion vulgar, segun se dijo en el anterior. Nada obsta la inutilidad de la sustitucion pupilar, pues sin embargo de que las cosas inmuebles de menores no se pueden enagenar por estos, sus tutores ó curadores sin decreto judicial, con todo, si el padre da licencia para enagenarlas en su testamento, aunque este sea inválido, valdrá la enagenacion, mediante á que el acto nulo del difunto, igualmente que el válido, demuestra y prueba su voluntad. Tampoco obsta que la sustitucion pupilar inútil hecha por la madre ó á cualquiera extraño, se convierta en fideicomisaria, que es contraria á la vulgar, por cuanto ambas pueden tener lugar en sus respectivos casos, es á saber, la primera adiéndose la herencia y mu-

1. Llama absurda con razon el Suarez, letra M, esta distincion ó escepcion que abraza el Autor al fin de este número siguiendo á Bártulo, porque los fundamentos que espone aquel á favor de su opinion desvanecen toda la doctrina de éste, y prueban que aún en el caso exceptuado no espira la sustitucion vulgar tácita.

riendo el hijo dentro de la edad pupilar, la segunda no adiéndose aquella (núm. 31 y 32.)¹

CAPITULO IV.

De la sustitucion pupilar.

1. La sustitucion pupilar es aquella que hace el padre al hijo impúbero en estos términos: *Si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, sustituyo á Diego.* La edad pupilar dura en el varon hasta los 14 años, y en la hembra hasta los 12, así con respecto á la presente materia, como con respecto al matrimonio, testamento y demas disposiciones de aquellos; bien que si legan los alimentos á cierta persona hasta que sea mayor, de mayor edad, ó tenga íntegra y perfecta edad, se entiende el legado hasta los 18 años en el varon, y hasta los 14 en la hembra (núm. 1, ley 5, tít. 5, part. 6 y 31, de Toro, que es la 5, tít. 4, lib. 5 de la Recop.)

2. Para la forma y validacion de la sustitucion pupilar han de concurrir seis circunstancias: la primera, que aquel á quien se hace sea hijo ó descendiente del que sustituye: la segunda, que esté en su potestad: la tercera, que sea impúbero; la cuarta, que se halle instituido ó desheredado legítimamente: la quinta, que despues de la muerte del testador se haga padre de familias, y no recaiga en la potestad de otro; y la sexta, que en virtud del testamento paterno se ada la herencia². De aquí se infiere que el testador no puede sustituir

1 Si alguno se sustituye para despues de algun tiempo ó con condicion, y el instituido es incapaz, gozarán de la herencia en el medio tiempo los herederos abintestato. (núm. 46.)

2 Este requisito no es hoy necesario por la citada ley 1, tít. 4, lib. 5, de la Recop. (núm. 4, vers. *Hoc requisitum.*)

pupilarmente al hijo emancipado, al natural, al consanguíneo, ni al extraño con mayor motivo; como tampoco la madre al hijo ó descendiente, por no hallarse en la potestad materna. Asimismo se infiere que el abuelo no podrá sustituir pupilarmente á su nieto de su hijo casado y velado, porque habiendo este salido de la patria potestad, y teniéndose por emancipado, segun la *ley 48 de Toro*, que es la *8. tit. 1. lib. 5 de la Recop.*, no se hallará el nieto en la potestad del abuelo; mas reflexionando que la citada ley requiere por forma que el hijo se case y vele para que se tenga por emancipado, si no interviene la velacion, podrá el abuelo dar sustituto pupilar al nieto que se halla en su potestad, y se admitirá aquel, muriendo el hijo en vida del abuelo, por cuanto de otra suerte el nieto recaeria en la potestad de su padre (*núm. 2.*)

3. Es válida la sustitucion pupilar hecha al impúbero, que por ser capaz de dolo y haber cometido crimen digno de la desheredacion, es desheredado, no obstante que falte la expresion de causa, y aun tambien segun la *ley 1, tit. 4, lib. 5, de la Recop.* la institucion universal en el testamento paterno (*núm. 3, vers. Hodie y núm. 4.*)

4. La sustitucion pupilar inútil hecha por la madre, ó la que se hace al hijo emancipado, consanguíneo ó extraño, se convierte en fideicomisaria, y en su virtud el heredero abintestato que sucedió al pupilo, tiene obligacion de restituir la herencia de la madre ó testador al sustituto. Esta resolucion se comprueba con otras muchas semejantes que se hallan en el derecho. Cuando se da sustituto pupilar directamente en los codicilos, como por defecto de solemnidad no puede valer la sustitucion directa, se oblicúa y vale por derecho de fideicomiso. La institucion universal y directa contenida en los codicilos ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar, se

convierte en fideicomisaria, para que los herederos abintestato restituyan la herencia al instituido. El segundo testamento desvanece *ipso jure* el primero sin revocacion alguna, y si en aquel se aprueba este, aunque la aprobacion no confirma directamente el primer testamento, induce un fideicomiso por el que ha de restituir el heredero del segundo testamento los bienes del testador al instituido en el primero. Pero es de advertir que por la sustitucion fideicomisaria, en el caso de que principalmente hablamos, los bienes contenidos en ella no se hallan sujetos á restitucion, porque la sustitucion pupilar directa se convierte en fideicomisaria, vistiéndose esta de la naturaleza, cualidad y efecto de aquella, en cuyo lugar se subroga, y es constante que por la sustitucion popular, ni el testador ni la ley impone al pupilo el gravámen de no enagenar, segun puede hacerlo aun en perjuicio del sustituto con intervencion de causa justa y decreto del juez á causa de su menor edad. En esta atencion tendrá lugar la sustitucion fideicomisaria en los bienes del testador que se encuentren al tiempo del fallecimiento del pupilo, y habiéndose enagenado en el precio ó bienes adquiridos de nuevo que se subrogaron (*núm. 6.*)

5. La legítima se debe á los padres, no por derecho natural, sino por el positivo, y de aquí proviene que los ascendientes puedan renunciar sin juramento la herencia de sus descendientes: que entre aquellos no tenga lugar la colacion: que se pueda instituir al hijo natural, excluyendo al ascendiente de su legítima, conforme á la *ley 10 de Toro (hoy la 8, tit. 8, lib. 5, de la Recop.)*; y asimismo que el padre, mediante la sustitucion pupilar y compendiosa, pueda escluir á la madre de la legítima que le corresponde en los bienes del hijo, segun la *ley 12 tit. 5, part. 6*, pudiendo el sustituto percibirla y retenerla con seguridad de conciencia, sin embargo de que el hijo en su

testamento no puede privar á la madre de su legítima, porque el padre no hace la sustitucion en nombre del hijo, sino en el suyo, disponiendo de los bienes de este en fuerza de la patria potestad (núm. 7.)¹

(1) Abrazan esta opinion el doctísimo Señor Covarrubias (*cap. cum esses de testament.*) el Señor Gregorio Lop. (*ley 7, tit. 5, part. 6, glos. 3.*) y casi todos nuestros Regnicolas, pronunciándose con arreglo á ella á favor del sustituto en los tribunales superiores é inferiores, de lo cual es un recomendable testigo el erudito D. José Febrero en su Librería de Escribanos (*cap. 1, n. 15.*) Pero yo con la venia de tan ilustres AA. no puedo menos de admirar que haya logrado tanta aprobacion una sentencia contra la equidad, destituida de toda razon, y casi desnuda de autoridad legal. La equidad clama eficazmente por los privilegios naturales y civiles de la maternidad, mayormente cuando el grande Agustino (lo que no es tan considerable) no deja salva la conciencia del que dispone de su hacienda á favor de un extraño, en perjuicio de su hermano pobre, segun dice en el tercer tomo de su *Práctica universal forense* (fol. 85, núm. 6.), y exclamó en estrados á presencia mia con la mas enérgica elocuencia el Señor D. Francisco Antonio de Elizondo, fiscal de lo civil en la Real Chancillería de Granada. Se halla destituida de toda razon la espresada sentencia, porque la sustitucion pupilar, bien deba su ser á la costumbre, bien traiga su origen de las leyes de las doce tablas, fué introducida en favor de los impúberos, para evitar que los consanguíneos, á quienes pertenecia su herencia abintestato, no les privasen de la vida con el fin de sucederles antes que llegasen á la pubertad, en cuyo tiempo podian hacer testamento desheredándolos; y ningun perjuicio se sigue á los pupilos de no privar de las legítimas á las madres, en quienes por el particular afecto que profesan á sus hijos, nunca es presumible la impiedad ó crimen que pueden cometer los parientes. Este fundamento aun es mas eficaz, si se considera que los hijos, en sus disposiciones testamentarias, conforme á lo prevenido en la *ley 6 de Toro*, que es la 1, tit. 8, lib. 5 de la *Recop.*, forzosamente han de dejar á sus madres las dos terceras partes de todo su caudal, que componen la legítima: siendo así que por derecho romano la legítima materna consistia solo en la cuarta parte de lo que habian de heredar abintestato. Y aun en el caso de que sin embargo de lo dicho pueda concebirse alguna sospecha contra la madre, respecto de la otra tercera parte, puede muy bien el padre prevenirlas, sustituyendo en esta á cualquiera persona al

6. Pero esta doctrina no puede admitirse en la sustitucion pupilar tácita, que no tiene la eficacia de escluir á la madre (núm. 8.), á no ser que haya presunciones para creer que el testador quiso escluirla. Por tanto se preferirá el sustituto á la madre, si el testador espresó á presencia de varias personas no queria que su consorte y madre del pupilo percibiese cosa alguna de la herencia de este: si legó alguna cosa á su muger, espresando que con ella se contentase y no pidiera mas al sustituto pupilar: si habia entre los dos enemistad por adulterio ú otro motivo; y si es sustituto vulgar del impúbero un hermano de este é hijo del testador, ó por la sustitucion pupilar tácita viene alguna causa pia (núm. 10); bien que por virtud de la sustitucion pupilar tácita no se escluirá la madre, si pasa á segundas nupcias (núm. 11.)

tiempo que á la madre en su legítima. Finalmente, se halla casi desnuda de autoridad legal la referida opinion, porque la citada *ley de Part.* se derogó expresa ó tácitamente por la dicha *ley de Toro*. Segun ésta, los ascendientes legítimos por su orden han de suceder por testamento y abintestato á sus descendientes, y les han de ser legítimos herederos, como lo son estos de aquellos, *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar.....* de suerte que la ley esceptúa este caso, y no el de la sustitucion pupilar, llamando los ascendientes á la herencia de los descendientes. Y aunque el Gom. (en este n. vers. octavo) afirma que se habla de los sustitutos pupilares en aquella espresion, *ó que hayan derecho de les heredar*, debe despreciarse como violenta y contraria á una buena gramática su interpretacion, reflexionando que esta cláusula no puede dejar de hacer relacion á las palabras *hijos, descendientes*, para distinguir los contenidos en ella, que son los hijos legitimados por el subsecuente matrimonio ó rescripto del Príncipe de los hijos legítimos, que anteriormente se mencionan. Esta interpretacion que se me ha ocurrido, y acaso adoptarán los eruditos profesores, juntamente con lo que antes tengo dicho, eleva, segun mi dictámen, al grado de probabilísima la opinion que favorece á la madre.

7. El padre que sustituye puede gravar al sustituto pupilar, ó al heredero abintestato del pupilo si no le dió sustituto, así en la legítima como en los bienes propios del impúbero que obtuvo de su madre, ó adquirió por otros medios, por cuanto uno y otro reciben beneficio considerable del testador: y no en otro caso será válido el gravámen que en el de que fallezca el pupilo antes de la pubertad, y de consiguiente en el caso que surtió ó pudo surtir efecto la sustitucion pupilar (núm. 12).

8. Cuando alguna persona instituye por heredero á su hijo impúbero, dándole sustituto en estos términos: *Si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, sea heredero Diego en tal cosa*, muriendo el pupilo antes de la pubertad, conseguirá el sustituto todos los bienes así de este como del testador (núm. 13.)¹

9. Diciendo el padre: *Si mi hijo impúbero fallece, sustituyo á Pedro*, será pupilar la sustitucion, porque la palabra impúbero se pone dispositiva y condicionalmente, no para significar que en el tiempo de la sustitucion era pupilo la persona á quien se hace, sino es que lo contrario se deduce de algunas conjeturas ó cláusulas puestas en el testamento, como si se dijese: *si mi hijo impúbero fallece sin hijos, sustituyo á Francisco*; en cuyo caso será compendiosa la sustitucion, y por virtud de ella sucederá el sustituto al pupilo en cualquiera tiempo que fallezca. Asimismo calificaremos de esta especie la que se haga, no con palabras condicionales como las anteriores, sino con palabras absolutas: v. gr. *Sustituyo tal persona á mi hijo impúbero* (núm. 14.).

En conformidad de lo que espuse en mi nota última del cap. 2, arreglándome al Derecho Español, el sustituto deberá contentarse con la cosa espresada.

CAPITULO V.

De la sustitucion fideicomisaria.

Llámase *sustitucion fideicomisaria* aquella, en cuya virtud queda alguno gravado á restituir la herencia ó cuota de ella. Puede definirse diciendo que es *cierta sustitucion oblicua, ó restitucion de toda la herencia ó de alguna cuota que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante, mediante la cual el fideicomisario se hace heredero efectiva y útilmente* (ley fin. tit. 5. part. 6.).¹ Dicese *fideicomisaria* por la fé ó palabra que daba el heredero gravado de restituir la herencia ó parte de ella: *oblicua*, porque el fideicomisario no percibe directamente los bienes hereditarios sino por medio del instituido: *de toda la herencia ó de alguna cuota*, por cuanto el gravámen respectivo á una cosa particular no induce la obligacion de adir, y la dejacion de esta en nada se diferencia de un legado: *que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante*, porque contra su voluntad se le compele á la adiccion y restitucion²; y finalmente, dicese *mediante la cual el fideicomisario, &c.* á causa de que este, habiendo sido el gravado una vez heredero, en quien residen las acciones activas y pasivas, y el

¹ Vistas las notas que se pondrán en el discurso de este capítulo, conceptúo fácil el formar una definicion adaptable á nuestro derecho y conforme á nuestra práctica.

² Mediante á que segun nuestro derecho no es necesaria la institucion de heredero en el testamento, como queda advertido en la letra B, ni de consiguiente su adiccion, no será precisado á adir el heredero, y el fideicomisario no necesitará de este medio para el fin de percibir la herencia, á cuya sentencia que siguen célebres AA. se inclina el Aillon al fin del núm. 5.

7. El padre que sustituye puede gravar al sustituto pupilar, ó al heredero abintestato del pupilo si no le dió sustituto, así en la legítima como en los bienes propios del impúbero que obtuvo de su madre, ó adquirió por otros medios, por cuanto uno y otro reciben beneficio considerable del testador: y no en otro caso será válido el gravámen que en el de que fallezca el pupilo antes de la pubertad, y de consiguiente en el caso que surtió ó pudo surtir efecto la sustitucion pupilar (núm. 12).

8. Cuando alguna persona instituye por heredero á su hijo impúbero, dándole sustituto en estos términos: *Si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, sea heredero Diego en tal cosa*, muriendo el pupilo antes de la pubertad, conseguirá el sustituto todos los bienes así de este como del testador (núm. 13.)¹

9. Diciendo el padre: *Si mi hijo impúbero fallece, sustituyo á Pedro*, será pupilar la sustitucion, porque la palabra impúbero se pone dispositiva y condicionalmente, no para significar que en el tiempo de la sustitucion era pupilo la persona á quien se hace, sino es que lo contrario se deduce de algunas conjeturas ó cláusulas puestas en el testamento, como si se dijese: *si mi hijo impúbero fallece sin hijos, sustituyo á Francisco*; en cuyo caso será compendiosa la sustitucion, y por virtud de ella sucederá el sustituto al pupilo en cualquiera tiempo que fallezca. Asimismo calificaremos de esta especie la que se haga, no con palabras condicionales como las anteriores, sino con palabras absolutas: v. gr. *Sustituyo tal persona á mi hijo impúbero* (núm. 14.).

En conformidad de lo que espuse en mi nota última del cap. 2, arreglándome al Derecho Español, el sustituto deberá contentarse con la cosa espresada.

CAPITULO V.

De la sustitucion fideicomisaria.

Llámase *sustitucion fideicomisaria* aquella, en cuya virtud queda alguno gravado á restituir la herencia ó cuota de ella. Puede definirse diciendo que es *cierta sustitucion oblicua, ó restitucion de toda la herencia ó de alguna cuota que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante, mediante la cual el fideicomisario se hace heredero efectiva y útilmente* (ley fin. tit. 5. part. 6.).¹ Dicese *fideicomisaria* por la fé ó palabra que daba el heredero gravado de restituir la herencia ó parte de ella: *oblicua*, porque el fideicomisario no percibe directamente los bienes hereditarios sino por medio del instituido: *de toda la herencia ó de alguna cuota*, por cuanto el gravámen respectivo á una cosa particular no induce la obligacion de adir, y la dejacion de esta en nada se diferencia de un legado: *que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante*, porque contra su voluntad se le compele á la adiccion y restitucion²; y finalmente, dicese *mediante la cual el fideicomisario, &c.* á causa de que este, habiendo sido el gravado una vez heredero, en quien residen las acciones activas y pasivas, y el

¹ Vistas las notas que se pondrán en el discurso de este capítulo, conceptúo fácil el formar una definicion adaptable á nuestro derecho y conforme á nuestra práctica.

² Mediante á que segun nuestro derecho no es necesaria la institucion de heredero en el testamento, como queda advertido en la letra B, ni de consiguiente su adiccion, no será precisado á adir el heredero, y el fideicomisario no necesitará de este medio para el fin de percibir la herencia, á cuya sentencia que siguen célebres AA. se inclina el Aillon al fin del núm. 5.

dominio directo, solamente puede tener las acciones y el dominio útiles (núm. 1.)¹

2. El heredero puede retener para sí la cuarta parte de la herencia ó cuota en que es gravado, para que con este incentivo no repudie la herencia (*ley fin. tit. 5. y ley fin. tit. 11. part. 6.*): en cuyo evento todas las acciones, así activas como pasivas, se dividen entre el heredero y el fideicomisario con respecto á sus partes; transfiriéndose *ipso jure* en el fideicomisario la instancia principiada con el difunto sobre alguna cosa de la herencia, y por medio de la cesion la principiada con el heredero: teniendo este facultades antes de la restitucion para reconvenir, admitir las pagas y comprometer los litigios en árbitros y arbitradores; y pasando al fideicomisario las virtudes y efectos de estos compromisos (núm. 2.)²

1 No adiendo el gravado sino es solamente el heredero fideicomisario conforme á lo prevenido en la nota antecedente, es regular que este adquiera las acciones y dominio directo, aunque en el caso de adir y restituir el gravado, seria conveniente desterrar sus acciones y dominio directos como fútiles y fomento de disputas superfluas, segun desterró el Emperador en la *ley unic. C. de iud. jur. Quirit. toll. el vano dominio ex jure Quiritum.*

2 Disputan los doctores si despues de la *ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* que previene valgan los fideicomisos y todo lo demas sin la adición del heredero escrito, tendrá lugar la deducción de la cuarta trebeliánica. La opinion afirmativa es la mas seguida, aunque Cevallos (al fin de la *question 30*) afirma haber obtenido y practicado lo contrario (Aillon *núm 4*), que es lo que segun mi dictámen debe seguirse. El senado romano, siendo cónsules Pegasio y Prusio, determinó que el heredero gravado á restituir la herencia pudiera retener la cuarta parte de ella, del mismo modo que por la *ley falcidia* era lícito al heredero deducir otra cuarta parte de los legados. Sirvió de estímulo á esta determinacion el que los herederos gravados por el poco ó ningun lucro se escusaban á la adición de la herencia, con cuyo defecto se invalidaban los fideicomisos; y habiendo cesado esta razon por la citada ley, debe cesar asimismo conforme á la regla del derecho la disposicion del senadoconsulto y de las leyes de Partida mencionadas.

3 Así como haciendo testamento puede cualquiera imponer á su heredero el gravámen de que restituya la herencia ó parte de ella, puede abintestato imponer el mismo gravámen á sus herederos, teniendo lugar abintestato respecto á la sustitucion fideicomisaria cuanto lo tiene, hecho testamento (núm. 4.)¹

4. El primer fideicomisario á quien se ha restituido la herencia, puede tambien ser gravado á restituir; y en tal caso se transfieren las acciones útiles en el segundo fideicomisario, y ningunas quedan en el primero (núm. 5).

5. Hecha la restitucion real ó verbal competen al fideicomisario tres acciones; conviene á saber, la reivindicatoria, la accion por testamento, y la hipotecaria; mas no habiéndose hecho la restitucion, no compete la reivindicatoria por no haberse trasferido el dominio, del cual nace, sin embargo de que todo lo contrario sucede con respecto al legado ó fideicomiso particular: consistiendo la razon de diferencia en que si se traspasara el dominio y lo favorable en el fideicomisario universal, se trasferirian así mismo los gravámenes contra su voluntad, lo cual es repugnante antes de la restitucion. Tampoco compete la accion por testamento contra el heredero gravado antes de la adición, porque esta es el fundamento de la obligacion ó cuasi contrato. La hipotecaria sí compete contra el gravado así antes como despues de la adición, mediante á que no verificada ésta, compete el oficio del juez, al cual puede adherirse la hipotecaria, siendo de un efecto considerable, si por ventura

1 Hay grande controversia entre los AA. sobre si despues de la dicha *ley 1.* se conserve la sustitucion fideicomisaria, no habiendo heredero ni por testamento ni abintestato, y el Pichardo (*in rep. tit. ff. de adquir. hered. cap. 30, núm. 15.*) lleva que subsiste lo escrito en el testamento, aunque ninguna adición intervenga, pero que para pedir con las acciones directas es necesaria la adición (núm. 6. *al fin.*)

las cosas propias del heredero se enagenaron antes de la adición (núm. 7.)

6. Falleciendo el heredero gravado, bien sea antes de la adición, bien sea después, bien en otro cualquiera caso sin excepción alguna, dura la sustitución fideicomisaria y se transmite á los herederos del gravado, según se infiere de la *ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* en la cual se previene que valga y se observe todo lo contenido en el testamento, ya se ada ó no la herencia; y aunque no haya heredero escrito ó instituido, bien que no interviniendo adición, como que no hay heredero que satisfaga los legados, se dará curador á la herencia yacente, y tendrá el mismo cargo (núm. 8.)

7. Muerto el fideicomisario antes de la adición y restitución se transmiten á sus herederos el derecho y acciones que le competen, siempre que la sustitución se hubiese hecho pura; pues si se hizo condicional sucede lo contrario, y aunque el fideicomisario sea de los descendientes no transmite por la potencia de la sangre (núm. 9.)

8. El heredero gravado condicionalmente ó para cierto día, no vedándolo el testador, se halla obligado después de la restitución á dar cuentas al fideicomisario, de lo cual se infiere que aquel ha de formar inventario como principal fundamento de ellas, y ha de dar á este una copia, en la cual aparezca qué y cuando debe restituirse, viniendo el tiempo ó verificándose la condición (núm. 10.)¹

9. Por dejar de hacer inventario el heredero no pierde la cuarta trebeliánica del fideicomiso universal, y si lo hace le

1. En el número siguiente sostiene el Gomez la opinión de que el testador puede prohibir la deducción de la cuarta trebeliánica al gravado, de cuya sentencia no podrá dudarse en el día, por lo que en mi nota anterior queda espuesto.

aprovechará al fideicomisario, quien gozará de sus efectos, útiles, aunque no se le haga cesion, del mismo que haciéndolo por sí cuando no lo hizo el gravado: y es de advertir que sin embargo de que este por defecto de inventario se halla obligado *in solidum* á los acreedores y legatarios, no pierde lo que el difunto le debia, que puede deducir, retener ó pedir al fideicomisario (núm. 12.)

10. De dos modos puede hacerse la sustitución, realmente que es cuando el heredero gravado ú otro en su nombre, v. gr. un procurador restituye de hecho las cosas hereditarias al fideicomisario ó permite aquel que se posean; y verbalmente, que se verifica restituyendo el heredero la herencia y sus derechos solamente con palabras. En el primer caso pasa el dominio útil y la posesión plena al fideicomisario. En el segundo se transfieren el dominio y todos los derechos del difunto, no la posesión, así como no se traspasa en el verdadero y directo heredero por la adición verbal; y de aquí es que antes de esta restitución no puede el fideicomisario, por no habersele transferido ningún derecho, reconvenir á los deudores del difunto y poseedores de las cosas hereditarias (núm. 13.)

11. Hecha la sustitución real ó verbal tan solo de una cosa, consigue el fideicomisario el dominio y demás derechos de todas las cosas hereditarias, según sucede al heredero en quien la sustitución particular se conceptúa universal (*dic. núm. vers. Item adde quod*): y así como pasa el dominio por la sustitución verbal cuando el difunto era señor, pasa también la acción publiciana cuando no lo era y le competía (*dic. núm. Item adde & extende*).

12. Adiendo el heredero y restituyéndose verbalmente la herencia al fideicomisario, le compete contra el tercero particular poseedor de la acción universal y fideicomisaria petición

de la herencia, igualmente que compete al heredero directo la petición de la herencia despues de la adición, la cual causa en éste los mismos efectos que la restitución verbal en el fideicomisario; y si el gravado ade y restituye plenamente la herencia, perdiendo el fideicomisario la posesión de algunas cosas no usará de la petición fideicomisaria de la herencia, porque del mismo modo que la petición de la herencia no compete al heredero conseguida la posición, no compete tampoco aquella al fideicomisario sino la reivindicatoria y publiciana en sus respectivos casos (*núm. 14. vers. Si veró heres gravatus*).

13. Unas veces ha de restituir el heredero gravado los frutos que percibió, y otras no debe restituirlos. Cuando se percibieron despues de adida la herencia presente y omiso el fideicomisario, ó estando la herencia yacente y despues adió el heredero voluntariamente, en cuyo caso se conceptúa negligencia de parte del fideicomisario, no tiene aquel obligación de restituirlo. Asimismo no la tiene cuando los percibió por voluntad del testador, como si lo gravó á restituir condicionalmente ó en algun día, porque entonces lo computa en la cuarta y no restituye los sobrantes; pero si se percibieron los frutos despues de la adición é intervino morosidad en el heredero para hacer el pago, deben computarse en la cuarta restituyéndose los que resten: y si el heredero gravado hizo la restitución á lo menos verbal, ó se presenta caso en que la restitución del fideicomiso se juzga hecha *ipso jure*, se deben los frutos percibidos despues al fideicomisario aunque haya sido moroso, como mandados de cosa propia. Finalmente si los frutos se percibieron vivo el testador, y se hallan en la herencia al tiempo de su muerte, vienen en la restitución deducida la cuarta, segun se ha de decir con respecto á los frutos pendientes al tiempo del fallecimiento: siendo de advertir, que mandando el tes-

tador se restituyan, ó manifestando ser esta su voluntad, ha de restituirse indistintamente (*núm. 15*).

14. Cuando el heredero es gravado á restituir lo que restase de la herencia al tiempo de su muerte, puede libremente enagenar tres partes reservando la cuarta (que asimismo podrá enagenar por causa de dote, donación *propter nuptias*, redención de cautivos, y por alimentos ó espensas que necesite), y dando la competente caución al fideicomisario, quien en caso de enagenación tiene facultad para reconvenir á los poseedores con las acciones reivindicatoria ó hipotecaria, aunque si en la especie propuesta ningunos bienes enagenó el heredero gravado, ha de restituirlos todos al fideicomisario sin deducción de cuarta, por no ser tal fideicomiso universal ni seguir su naturaleza (*núm. 16*).¹

15. Si el heredero gravado restituyó la cuarta en vida al fideicomisario reteniendo los demas bienes, no podrá éste despues de la muerte de aquel pedir lo que hubiese restado, por conceptuarse entre ellos un pacto tácito de no pedir mas: no siendo de omitir que si con el dinero que se halló en la herencia, ó se obtuvo con la venta de algunas cosas de ella, se compraron otras, vienen en la restitución á causa de suceder el precio en lugar de la cosa y por el contrario en lo universal (*dic. núm. vers. Item adde quod si heres*).

16. Siendo alguno instituido heredero con un pupilo, sustituido pupilarmente á éste y gravado en la restitución de la herencia ó bienes, no han de venir en aquella los adquiridos por la sustitución pupilar, cuando esta se hizo despues de haber

¹ Menochio (*de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 188*) pone otros dos casos: el primero, cuando el testador impuso al heredero llanamente el gravámen del fideicomiso, y entonces no puede enagenar: el segundo, cuando le dió facultad libre para la enagenación, por lo que podrá enagenar todos los bienes (*núm. 18*).

hecho la sustitucion fideicomisaria llanamente; pero si esta se hizo despues de aquella, ó espresó el testador que el gravado habia de restituir todos los bienes que tiene y se le dejan, se comprenden en la sustitucion fideicomisaria así los del testador como los del pupilo (núm. 17).

17. Si se instituyen muchos herederos dejándole á uno un prelegado, y gravándolo en la restitucion de todos los bienes que tuvo el testador ó de otro modo semejante, se comprenden en la sustitucion fideicomisaria así el prelegado como los bienes hereditarios; pero tan solo se contienen estos, cuando se sustituye generalmente, espresando que el heredero restituya la herencia ó parte de ella que se le ha dejado. Y si el testador dijo absolutamente que nombraba á Francisco por sustituto de Pedro heredero sin declarar en qué bienes, es necesario inspeccionar si la sustitucion se hizo despues de la institucion y prelegado, ó despues de aquella y ántes de éste. En el primer caso ademas de la herencia viene el prelegado en la restitucion y no en el segundo (núm. 18. ley 6. tit. 11. part. 6).

18. En el caso de que el heredero gravado al restituir su parte obtenga por derecho de acrecer la de su coheredero, viene aun ésta en la restitucion, porque acreció no á la persona sino á la cosa, y por tanto la sigue (núm. 19).

19. Cuando el testador instituye muchos herederos é impone á uno el gravámen de que restituya su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente sino con respecto á las porciones en que el difunto los hubiese instituido, porque el afecto que le sirvió de incentivo en la institucion para dejarles mas ó menos, se juzga concurrir en la sustitucion de cualquier especie que sea (ley 3. tit. 5. part. 6). Mas esto ha de entenderse sustituyendo el testador con nombres apelativos (segun se presume siempre en duda), aunque denoten consan-

guinidad, oficio ó cualidad de los instituidos; pues si se hace la sustitucion usando de los nombres propios, v. gr. *restituya á Juan y á Diego*, ha de practicarse por partes iguales la restitucion, mediante á que se conceptúa en este caso tener afeccion y respeto á las mismas personas y no á las porciones hereditarias como en el anterior: debiéndose inspeccionar cuando en la oracion se esprimen los dos nombres propio y apelativo, cuál es el que precede ¹. Tambien ha de hacerse la restitucion por partes iguales en el caso de que los sustitutos hayan sido gravados igualmente á dar alguna cantidad, bien fuesen llamados con nombres propios, bien con apelativos (núm. 20).

20. Haciéndose la sustitucion vulgar á muchos herederos separadamente, v. gr. *si Pedro no es heredero, séalo Diego: si Francisco no es heredero, séalo Diego*: alternativamente, v. gr. *Si Pedro ó Francisco no es heredero, séalo Diego*: ó distributivamente, como si se dijese: *Si alguno de ellos ó cualquiera de ellos no es heredero, séalo Diego*; y repudia ó es excluido alguno de los dos, aunque el otro ada, se admite el sustituto en la parte de aquel, á no ser que los instituidos sean hijos y el sustituto extraño, en cuya especie por favor de aquellos solo tiene este entrada, cuando todos repudien ó sean excluidos. Pero si la sustitucion se hace á muchos absoluta, copulativa ó unidamente, v. gr. *Si Pedro y Francisco no son herederos: si ninguno de ellos es heredero; ó si ambos no son herederos, séalo Diego*; ó con otras espresiones semejantes: se requiere necesariamente para la admision del sustituto que to-

¹ Aunque la distincion que aquí se admite con respecto á los nombres, fuese indudable segun el Derecho Romano, deberiamos proceder hoy éantamente en admitirla, por quanto el fundamento en que se apoya, no puede desvanecer segun mi dictámen la solidísima razon espuesta anteriormente, ni la determinacion de la citada ley de Partida.

dos los instituidos repudien ó sean escluidos, si no es que el testador prohíba el derecho de acrecer entre los instituidos: segun todo se colige de su voluntad y es conforme á reglas jurídicas (núm. 21).¹

21. Asimismo siendo la sustitucion pupilar respecto de muchos hijos impúberos instituidos, debe seguirse la distincion antecedente: coligiéndose de ella que si son muchos los hijos del testador y á dos impúberos tan solo da sustituto pupilar copulativa ó unidamente, falleciendo antes uno de ellos le sucederán abintestato el padre ó sus hermanos. Mas si despues el otro impúbero fallece en la edad pupilar, podrá sucederle el sustituto hallando en sus bienes la porcion que obtuvo abintestato de su hermano impúbero, y no entrará en las otras partes que percibieron los demas hermanos y coherederos, por no quedar suspensa y haberse anulado la sustitucion respecto del que primero falleció (*dic. núm. vers. Si verò loquimur in substitutione pupillare*); bien que si el sustituto es hijo ó descendiente, sucederá al pupilo que falleció primero, excluyendo al hermano y coheredero por virtud de la sustitucion pupilar, presunta voluntad del difunto y derecho de sangre (*dic. núm. vers. Quod tamen notabiliter*).

22. En la sustitucion fideicomisaria se encuentra diversidad. Cuando el testador instituye muchos herederos y los grava á la restitucion separada ó particularmente v. gr. *Instituyo por herederos á Juan y á Luis, y despues de la muerte de Juan restituyase su parte á Felix, y despues de la muerte de Luis restituyase su parte á Felix*; ambas partes percibirá

¹ En el verso *Secundo limita* de este número dice el Gom. que sin embargo de ser el sustituto causa pia, no se admite por la repudiacion de uno solo en el caso que segun acabamos de decir, es necesaria la exclusion de todos; pero al fin del núm. 35. del cap. 3. afirma lo contrario.

el sustituto sucesivamente verificado cualquiera fallecimiento en todo caso y sin distincion alguna (*dic. núm. vers. Si verò loquimur*). Si sustituye genérica y absolutamente, como v. gr. *Instituyo á Juan y á Luis, y los gravo en que restituyan la herencia á Felix despues de la muerte*; sucede lo mismo: infiriéndose que si dos personas á un tiempo y en un mismo instrumento donan para despues de su muerte á otra sus bienes, y llega á faltar una ántes que otra, se admitirá en sus bienes al punto el donatario. No obsta que suceda lo contrario en la sustitucion vulgar. Consiste la razon de diferencia en que como esta se verifica antes de adir la herencia, se juzga en duda que el testador quiso conservar entre los herederos el derecho de acrecer, el cual cesa en la sustitucion fideicomisaria por verificarse, adida ya la herencia (*dic. núm. vers. Si verò substituit simpliciter*). Pero esto no tiene lugar entre hijos y descendientes, por quedar persona que escluya al sustituto segun la tácita voluntad del difunto (*vers. Quod tamen limita*). Y el testador sustituye copulativa ó unidamente: v. gr. *Instituyo á Manuel y á Fernando, y los gravo en que si ambos fallecen, restituyan la herencia á Pedro*; se ha de decir lo mismo que en el caso antecedente y con la espuesta limitacion, que tambien ha de limitarse, siempre que el sustituto sea igualmente de los descendientes con arreglo á lo dicho al fin del núm. 21. (*vers. Si verò substituit copulativè*).

23. Ademas de lo espresado si el testador instituye dos hermanos ó consanguíneos entre los cuales tiene lugar la sucesion abintestato, y los grava en la restitucion á un extraño, no se admite éste hasta que todos fallezcan, por creerse que el testador quiso conservar la sucesion abintestato. Lo mismo acontece cuando el marido y muger son instituidos y gravados á un tiempo en que restituyan la herencia despues de su muerte

á otro, pues ha de esperar el sustituto la muerte de ambos: debiendo esto limitarse si existen otros consanguíneos que puedan escluirlos; y siendo digno de advertir que para escluir al sustituto la persona que queda, es necesario que pueda suceder por testamento ó abintestato al difunto, de cuya voluntad se trata: porque si este instituyó algun extraño heredero, al punto se admite al sustituto, mediante á que consta cesar la superior razon fundamental que lo escluiria (*vers. Ex quibus etiam.*)

24. Y finalmente, si el testador sustituyó en toda la herencia ó bienes y despues de la muerte de todos (ambos requisitos se exigen), como si diga: *instituyo á Pedro y á Francisco herederos, y despues de la muerte de todos restitúyanse todos los bienes á Juan*; en todo caso y sin distincion se requiere que falten todos los herederos para admitir al sustituto, porque de otra suerte no se le podrian restituir todos los bienes (*dic. núm. 21 vers. Si verò testator.*)

25. En el caso que el sustituto no se admite hasta que se verifique el fallecimiento de todos como en el anterior, se conceptúan los herederos entre sí sustituidos tácitamente, siempre que el testador llana ó conjuntamente sustituya para despues de la muerte de todos y en toda la herencia al último que muriese, por cuanto este de otro modo no podria conseguir toda la herencia por su restitucion (*núm. 22.*)

26. La sustitucion oblicua fideicomisaria se induce tácitamente por derecho á causa de la presunta voluntad del difunto; y así como para probar la expresa se requiere el legítimo número de testigos, tambien para probar las congeturas de las cuales se deducen; es á saber, siete tratándose de probar la voluntad y principal disposicion contenida en el testamento, y cinco para acreditar la comprendida en los codicilos: lo cual

no sucede cuando se intenta justificar la declaracion, cualidad ó circunstancia de la misma disposicion (*núm. 24 vers. Sustinutio tamen.*)¹

27. Instituyendo el testador por herederos á sus hijos varones y á uno de ellos ó á la hija en cierta cosa, y diciendo que si alguno falleciese sin hijos habia de restituir su parte al que sobreviviese, como toque esta suerte á uno de los instituidos universalmente, se admitirán solo los hijos varones y será escludida la hija, si no es que hubiese quedado sola: porque de su mayor afecto á los hijos, segun acredita la institucion universal, y de tenerse la hija en lugar de legataria, es presumible que comprendió únicamente en la sustitucion á los herederos universales, mayormente cuando lo asignado á la hija no es cuota que pueda conceptuarse repetida en la sustitucion; bien que muerta la hija se admitirán todos sus hermanos (*núm. 25.*)

28. Es condicional la sustitucion fideicomisaria hecha á favor de alguno para el tiempo de cierta edad que éste ó algun tercero tenga, y de consiguiente muerto el fideicomisario antes de aquella, nada trasmitirá á sus herederos; pero esto ha de entenderse cuando el tiempo se aplica á la sustancia y total disposicion, no cuando se aplica á la prestacion ó ejecucion, en cuyo caso la sustitucion es *in diem* y hay lugar á la trasmision. Tampoco ha de entenderse espresándose el tiempo de la edad cierta por favor del fideicomisario, lo cual aparece de ser hijo y menor, y de dejársele toda la herencia, que en este supuesto trasmitirá á sus herederos: infiriéndose de lo dicho que al punto que se verifique la muerte del testador, puede pe-

¹ El Sr. Castillo (*lib. 4 de sus controv. cap. 19.*) enseña con otros AA. que para probar la declaracion de la disposicion se requieren dos testigos (*núm. 26 vers. Eundem.*)

dir el fideicomisario, y que se le ha de restituir con frutos (núm. 26.)

29. Asimismo es la sustitucion *in diem* cuando el mencionado tiempo se pone con respecto al heredero, y por tanto en cualquiera evento se trasmitirá la herencia activa y pasivamente, aunque no pueda pedirse antes del tiempo: con advertencia que todo lo espuesto en los números anteriores y presente tiene lugar, espresándose el tiempo de la edad mediante dición que principalmente signifique tiempo, v. gr. *quando*; pues si se espriime por dición que demuestre condicion ó tiempo de muerte, indistintamente y en todos los casos esceptuados será condicional la sustitucion (*dic. núm. 26 vers. Tertio limita.*)

30. Gravando el testador al heredero en la restitucion de la herencia *quando este quiera*, es válida la sustitucion, y tendrá obligacion de restituir despues de su muerte y no antes, por interpretar el derecho que antes no quiere, y faltarle la voluntad en el tiempo de su muerte (núm. 27.)

31. Si el testador deja á alguna persona, legado ó fideicomiso *quando llegue á edad legitima*; siendo el legatario ó fideicomisario pupilo, ha de llegar á ser púbero, y siendo adulto á ser mayor de 25 años (núm. 28.)¹

32. El derecho de patronato que el difunto tenia en alguna iglesia, permanece en el heredero gravado y no pasa al fideicomisario, por ser un derecho inseparable, religioso y sin cómodo pecuniario que no se trasfiere en otro. Nada obsta que pueda traspasarse á un heredero extraño, porque no siempre tiene lugar la regla de cuanto pasa á este pasa al fideicomisario. Asimismo no se traspasa al fideicomisario el derecho del sepulcro que puede trasferirse en un extraño (núm. 29.)

¹ Por edad legitima se entiende la natural ó verdadera, no la fingida que el príncipe concede ó dispensa (núm. 30.)

33. Goza el fideicomisario del beneficio de la *ley fin. C. De edict. Divi Adr. toll.* en los casos particulares que la restitucion se hace *ipso jure*, y cuando se ha restituido la herencia verbalmente, ó se ha hecho en efecto entrega de una cosa tan solo; pues entonces tiene el dominio y carece de la posesion, circunstancias sin las cuales no puede competir el espresado remedio por ser *adipiscendæ* (núm. 30).

34. Cuando el testador instituye por heredero universal á un hijo legitimo ó natural, ó á otro descendiente, ya sea varon, ya hembra, y lo grava llanamente en que restituya la herencia despues de su muerte á un extraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la tácita condicion *si no tuviere hijos ó descendientes* (*ley 10 tít. 4 Part. 6*), por presumirse que el difunto (quien es verosímil desee preferir su descendencia á la agena) no hubiera impuesto el espresado gravámen, si se hubiese acordado de los hijos¹. Lo espuesto tiene lugar aun en el caso de ser instituido un nieto y gravado á restituir su parte á un hijo del testador, que está en mas próximo grado (*ley citada de Partida*): en cuya atencion la *ley 27 de Toro* (*hoy la 11 tít. 6 lib. 5 de la Recop.*) que dispone puede gravarse el hijo ó descendiente mejorado en el tercio de los bienes, en que los restituya á otro hijo ó descendiente, debe proceder cuando el tal gravado no los deje. Y á similitud de las especies propuestas, si un hijo ó hija renuncia con juramento la sucesion del padre ó la madre, teniendo estos otros hijos que fallecieron en vida de sus padres, el renunciante podrá suceder libremente abintestato y contra el testamento, á causa de con-

¹ Si el padre instituye al hijo en todos los bienes ó en la mayor parte de ellos, y lo grava en la restitucion de una cosa no de mucho valor, siempre deberá hacerse (núm. 34. *al fin.*)

tener la renuncia, la condicion tácita *si los hijos sobrevivan* (núms. 32 y 33).

35. Tambien se conceptúa tácita la mencionada condicion siendo sustituta alguna iglesia ú otra causa pía¹ por ser mas favorable que esta la causa de los hijos: debiendo estenderse la espuesta doctrina al caso que el gravado entre en algun monasterio, el cual mediante á tenerse en lugar de hijo, escluye al sustituto (núm. 34).

36. Pero no puede admitirse la doctrina de los números anteriores en el extraño y aun en el ascendiente gravados á restituir la herencia ó parte, porque respecto de estas personas cesan las razones alegadas y las autoridades en que se apoyan, y así aunque los gravados dejen hijos, les preferirá el sustituto (núm. 35).

37. Tampoco puede admitirse la doctrina espuesta y condicion tácita *si falleciere sin hijos*, cuando el cargo de restitucion se impuso al gravado teniéndolos y sabiéndolo el testador, por lo que en este caso tendrá que restituir los bienes fuera de su legítima al sustituto, sin que pueda desvanecer su derecho el sólido fundamento manifestado de que es verosímil quiera el testador preferir su descendencia á la agena, reflexionando que este tiene lugar únicamente en los casos ambiguos, y no en los que presentan manifiesta la mente contraria del testador, segun se observa en el caso propuesto, pues no es creible en modo alguno desee preferir al sustituto que menciona, los hijos del gravado que conoce y omite (núm. 36).

38. No se puede admitir así mismo en el caso que el descendiente instituido sea gravado á restituir los bienes fuera de

1. Si no es que la dejacion se hizo por usurpaciones y descargar la conciencia (núm. 36.)

su legítima en vida, puramente ó despues de cierto tiempo; pues por la misma razon porque el testador quiso preferir el sustituto al hijo gravado en su vida despues del tiempo prefijado, se juzga que quiso preferirlo á sus descendientes nacidos antes de la restitucion (núm. 37); y aun es increíble que el sustituto ha de preferirse á las hijas del gravado segun la voluntad del testador, cuando éste le manda hacer la restitucion *si falleciere sin hijos varones* (núm. 38).

39. Si el testador mejora en el tercio y quinto á un hijo instituido heredero, gravándole en que los restituya al nieto hijo único del mismo gravado, y este despues tiene hijos que deja al tiempo de su muerte, sucederán juntamente con el sustituto, no habiendo al tiempo del testamento verosimilitud ó esperanza de que nacieran, por creerse hecha la sustitucion bajo la condicion, *si despues no nazcan otros hijos*; pero si la hubo ó al dicho tiempo tenia el hijo gravado otros hijos, vendrá el sustituto con exclusion de todos (núm. 39).

40. Espresándose en la sustitucion fideicomisaria la condicion *si falleciere sin hijos*, escluirá regularmente al sustituto el hijo tan solo natural; mas si no se halla espresa la condicion, es necesario que el hijo sea legítimo y natural, porque poniendo el derecho la dicha condicion en un acto puro y simple, debe admitirse y entenderse estrictamente (núm. 40).

41. Cuando el hijo gravado á restituir despues de su muerte bajo la referida condicion tácita ó espresa, tuvo hijos que en vida suya murieron, se admitirá el sustituto como si no hubiesen nacido; pero si los hubo al tiempo de su fallecimiento, aunque mueran inmediatamente, espira la sustitucion, del mismo modo que si dejase un póstumo en cuyo nacimiento concurren las circunstancias que apetece la ley 13 de Toro y se mencionan en el cap. 1 núm. 4 (núm. 41).

42. Es de resolver en el caso que el testador grava á su hijo en la restitucion de tercio y quinto á un tercero bajo la precitada condicion espresa ó tácita, si los descendientes que tiene el hijo gravado y hacen que fallezca la sustitucion, se digan llamados por el testador y de consiguiente sustitutos del hijo gravado: porque siendo así, los bienes quedarón vinculados, y como sujetos á restitucion no podrá el gravado enagenarlos ni en vida ni en muerte. Los AA. que opinan lo contrario acerca de dicho llamamiento y sustitucion (á quienes sigue nuestro Gomez) y aseveran que el testador quiso únicamente conservar la sucesion abintestato en los bienes del mismo padre gravado, dejándole á éste la facultad libre de enagenar en vida y muerte, tienen mayor apoyo en razones y autoridades, las cuales militan no tan solo en las herencias universales, sino tambien en los legados (núm. 42.) Si bien es cierto que cuando los descendientes puestos en la condicion quedan gravados por el testador á dar ó hacer alguna cosa, se conceptúan llamados y sustituidos tácitamente en los dichos bienes; pues el que quiere el consiguiente, quiere el antecedente, sin el cual no puede verificarse, y con la imposicion del gravámen da á entender claramente el testador que sustituyó los nietos á su padre para despues de su muerte, mediante á que de otra suerte no podria cumplirse su disposicion; sin que de esta doctrina pueda inferirse que el gravado se juzgará llamado, instituido ó hecho sustituto tácitamente, y que por consiguiente no tendrá lugar la regla segun la que no puede gravarse el que no es beneficiado, porque ésta procede cuando alguno se grava llanamente, en cuyo caso ni parece llamado ni gravado tácitamente, no cuando es puesto en condicion y así mismo gravado, como se observa en nuestro caso (núm. 43).

43. Donando el padre en vida á un hijo el tercio ó quinto

de sus bienes con el pacto ó condicion de que lo restituya despues de su muerte á un extraño, ó á un hermano suyo, se entiende tácita la condicion de que se habla, por cuanto militan en los contratos lucrativos las razones ya manifestadas, principalmente en el núm. 34 de este compendio (núm. 44).¹

CAPITULO VI.

De la sustitucion ejemplar.

1. La cuarta especie de sustitucion es la ejemplar que se verifica, cuando el padre, la madre, el abuelo ú otro ascendiente, inspeccionándose la prerogativa del grado, sustituye á su descendiente furioso ó mentecato y ageno en un todo de sentido é inteligencia. Furioso es el que se halla privado totalmente de entendimiento, y tan colérico que dejándolo se encrueleria contra sí y contra otros: mentecato, el que carece solo de la potencia intelectual, y no se encoleriza con ofensa suya ó de otro; y sustitucion ejemplar es cierta sustitucion directa que á semejanza de la pupilar se hace al que no por la edad sino por defecto de inteligencia no puede hacer testamento (núm. 1.)²

2. En esta definicion debe comprenderse el fátuo, si carece totalmente de capacidad, no si tiene algun entendimiento, aunque imperfecto; porque en el primer caso no puede testar y sí en el segundo, como sucede al púbero despues de los cator-

¹ Esta resolucion no tiene lugar en los contratos onerosos (núm. 46 al princ.)

² Como esta sustitucion se introdujo á ejemplo de la pupilar, debe seguir su naturaleza y es válido el argumento de una á otra. De aquí es que del mismo modo que en la vulgar espresa se contiene la tácita pupilar, se contiene tambien la ejemplar tácita (núm. 2).

42. Es de resolver en el caso que el testador grava á su hijo en la restitucion de tercio y quinto á un tercero bajo la precitada condicion espresa ó tácita, si los descendientes que tiene el hijo gravado y hacen que fallezca la sustitucion, se digan llamados por el testador y de consiguiente sustitutos del hijo gravado: porque siendo así, los bienes quedarón vinculados, y como sujetos á restitucion no podrá el gravado enagenarlos ni en vida ni en muerte. Los AA. que opinan lo contrario acerca de dicho llamamiento y sustitucion (á quienes sigue nuestro Gomez) y aseveran que el testador quiso únicamente conservar la sucesion abintestato en los bienes del mismo padre gravado, dejándole á éste la facultad libre de enagenar en vida y muerte, tienen mayor apoyo en razones y autoridades, las cuales militan no tan solo en las herencias universales, sino tambien en los legados (núm. 42.) Si bien es cierto que cuando los descendientes puestos en la condicion quedan gravados por el testador á dar ó hacer alguna cosa, se conceptúan llamados y sustituidos tácitamente en los dichos bienes; pues el que quiere el consiguiente, quiere el antecedente, sin el cual no puede verificarse, y con la imposicion del gravámen da á entender claramente el testador que sustituyó los nietos á su padre para despues de su muerte, mediante á que de otra suerte no podria cumplirse su disposicion; sin que de esta doctrina pueda inferirse que el gravado se juzgará llamado, instituido ó hecho sustituto tácitamente, y que por consiguiente no tendrá lugar la regla segun la que no puede gravarse el que no es beneficiado, porque ésta procede cuando alguno se grava llanamente, en cuyo caso ni parece llamado ni gravado tácitamente, no cuando es puesto en condicion y así mismo gravado, como se observa en nuestro caso (núm. 43).

43. Donando el padre en vida á un hijo el tercio ó quinto

de sus bienes con el pacto ó condicion de que lo restituya despues de su muerte á un extraño, ó á un hermano suyo, se entiende tácita la condicion de que se habla, por cuanto militan en los contratos lucrativos las razones ya manifestadas, principalmente en el núm. 34 de este compendio (núm. 44).¹

CAPITULO VI.

De la sustitucion ejemplar.

1. La cuarta especie de sustitucion es la ejemplar que se verifica, cuando el padre, la madre, el abuelo ú otro ascendiente, inspeccionándose la prerogativa del grado, sustituye á su descendiente furioso ó mentecato y ageno en un todo de sentido é inteligencia. Furioso es el que se halla privado totalmente de entendimiento, y tan colérico que dejándolo se encrueleria contra sí y contra otros: mentecato, el que carece solo de la potencia intelectual, y no se encoleriza con ofensa suya ó de otro; y sustitucion ejemplar es cierta sustitucion directa que á semejanza de la pupilar se hace al que no por la edad sino por defecto de inteligencia no puede hacer testamento (núm. 1.)²

2. En esta definicion debe comprenderse el fátuo, si carece totalmente de capacidad, no si tiene algun entendimiento, aunque imperfecto; porque en el primer caso no puede testar y sí en el segundo, como sucede al púbero despues de los cator-

¹ Esta resolucion no tiene lugar en los contratos onerosos (núm. 46 al princ.)

² Como esta sustitucion se introdujo á ejemplo de la pupilar, debe seguir su naturaleza y es válido el argumento de una á otra. De aquí es que del mismo modo que en la vulgar espresa se contiene la tácita pupilar, se contiene tambien la ejemplar tácita (núm. 2).

ce años, sin embargo de que por carecer de íntegra capacidad no puede enagenar ni parecer en juicio (núm. 2).

3. Como la incapacidad de testar en alguna persona abre puerta para proveerle de sustituto ejemplar, se podrá sustituir al mudo y sordo por naturaleza, ó por casualidad si antes no aprendió á escribir, y al pródigo que se halla privado del manejo de sus bienes (núms. 3 y 4).

4. Esta sustitucion puede hacerse al descendiente constituido en la patria potestad, al emancipado que acaso lo fué antes del furor, y al hijo casado. Asimismo se puede hacer al descendiente legítimo y natural tan solo respecto de la madre y su línea; pero no al espurio, no al natural de madre ilustre, por no poder sucederle, no al hijo natural respecto del padre porque no le sucede (núm. 6).

5. Si el descendiente á quien se ha de sustituir tiene descendientes, de estos se le han de dar uno ó muchos sustitutos: si faltan y hay hermanos, se ha de seguir lo mismo, dejando la legítima á quienes por derecho pertenezca; y el hermano sustituto ha de ser germano ó consanguíneo por parte de padre, si sustituye el padre, ó ascendiente, ó ha de ser uterino si sustituye la madre ó la ascendiente; por lo que el padre no tendrá obligacion de sustituir los hermanos uterinos en defecto de los germanos y consanguíneos; ni la madre los consanguíneos á falta de los germanos y uterinos: siendo digno de advertir que el hijo de hermano muerto no habiendo otro hermano vivo debe sustituirse como su padre por representar su persona (*dic. núm. vers. Quod notabiliter*).

6. El padre no puede sustituir al hijo con exclusion de la madre, así porque el hermano á quien la madre se prefiere en la sucesion, debe ser sustituido, como porque la sustitucion

presente se funda en la equidad. Y esto mismo debemos decir de la madre que sustituye respecto del padre (núm. 7).

7. Cuando el padre sustituye con limitacion de tiempo dentro de la edad pupilar á un hijo impúbbero, furioso, ó mentecato, y constituido en la patria potestad, será pupilar la sustitucion, en la cual puede el padre favorecer á cualquiera; pues concurriendo dos causas para sustituir una natural y otra accidental, mas bien ha de prevalecer aquella que esta; y si asimismo dentro de la edad pupilar se sustituye sin limitacion de tiempo, será tambien pupilar (núm. 8): no siendo de omitir que la madre no pierde la facultad de sustituir por contraer segundas bodas, á causa de que las leyes hablan indistintamente (núm. 9).

8. La sustitucion ejemplar se desvanece *ipso jure*, con recobrar el sustituido su juicio; pero se duda si convalezca incidiendo segunda vez en el furor ó demencia, y no habiendo hecho testamento durante el tiempo de su lucido intervalo. Nuestro Gomez sostiene que sí, bien sobrevenga el furor y tenga lucidos intervalos en vida del padre ó la madre que sustituye, bien despues del fallecimiento de estos, aseverando que en el presente caso no se estinguió, sino que cesó y estuvo suspendida en el medio tiempo (núm. 11).¹

9. El padre no puede sustituir al demente que antes de su enfermedad hizo legítimo y solemne testamento, porque no revocándolo el furor ó demencia, cesa el motivo de sustituir (*dic. núm. vers. Ex quibus*); y si despues de haber el padre sustituido pupilarmente á un hijo impúbbero de sano entendimiento, pierde éste su capacidad, no puede admitirse la dicha sustitucion.

¹ Tres casos en los cuales se acaba esta sustitucion trae la ley 11. tit. 5. Part. 6. (núm. 12).

ción ejemplar tácita, por creerse que el que sustituyó, no intentó proveer en un caso remoto y totalmente extraño (núm. 12).

10. Teniendo el demente (ya se halle ó no en la potestad padre y madre, sustituyéndole ambos ejemplarmente, la sustitución del padre valdrá y se preferirá en los bienes que el hijo adquirió de él y su línea: la de la madre en los que obtuvo de ella y su línea; y los demas se dividirán igualmente entre los sustitutos (núm. 13).¹

CAPITULO VII.

De la sustitucion compendiosa.

1. Compendiosa sustitucion es aquella que comprende y puede comprender todos los herederos instituidos y todos sus tiempos, edades y bienes que se les dejaron. Puede hacerse á cualquiera heredero descendiente ó extraño y en todo tiempo y caso, comprendiendo en sí otras sustituciones (núm. 1); es á saber, la vulgar, la pupilar y todas las demas que segun la cualidad del que sustituye y sustituido, se puedan hacer. Por tanto, sustituyendo el padre con estas espresiones: *Instituyo á mi hijo y sustituyo á Pedro, ó en cualquiera tiempo que mi hijo fallezca sustituyo á Pedro*; si el hijo no es heredero, se admitirá por la vulgar el sustituto: si es heredero y fallece antes de ser púbero, por la pupilar: si muere en la pubertad, por la fideicomisaria; y si por ventura el tal hijo es furioso, se admitirá por la ejemplar (núm. 2). Estas sustituciones embebidas en la compendiosa son tácitas especialmente, por no

¹ Sustituyendo el padre, pertenecen indistintamente los bienes del hijo al sustituto que le dió; mas cesando la sustitucion del padre, al que nombró la madre, y despues á los nombrados por abuelo y abuela: cuyo orden y no otro ha de observarse en hacer las sustituciones (núm. 14).

haberlas declarado el testador con particularidad, mas son espresas universal y efectivamente á causa de comprenderse en la generalidad de palabras (núm. 3).

2. Cuando el soldado sustituye con palabras directas, v. gr. *Instituyo á mi hijo, y siempre que muera, sea heredero Francisco*; valdrá en todo tiempo la sustitucion por derecho directo: dentro de la edad pupilar como pupilar, admitiéndose el sustituto á todos los bienes, así del hijo impúbero como del testador, y despues en todo tiempo valdrá como militar directa por el privilegio concedido á los soldados, y percibirá tan solo el sustituto los bienes del mismo padre. Pero si el testador no es soldado, aunque dentro de la edad pupilar sucede lo mismo que en el caso anterior, despues vale la dicha sustitucion como oblicua fideicomisaria, de la misma suerte que si se hubiera hecho á un púbero, emancipado, ó extraño, ó por la madre: porque la voluntad del testador que fué de sustituir para el tiempo de la pubertad en el modo que fuese válido, debe atenderse; bien es verdad que la ley 12. tit. 5. part. 6. por estas palabras: *Mas si muriere despues de esta edad, entonces el sustituto no heredará ninguna cosa de los bienes &c.*, confirma la sentencia de que llegando el sustituto á la pubertad, de ninguna suerte puede valer la presente sustitucion (núm. 4).

3. Si la sustitucion compendiosa se hace con palabras oblicuas; v. gr. *Instituyo á mi hijo, y en cualquiera tiempo que muera, restituya la herencia á Manuel*; en la edad pupilar y despues, vale únicamente como fideicomisaria, la cual no contendrá en sí á la sustitucion vulgar, como no la contiene la fideicomisaria espresa, por ser opuesta; mas esto ha de seguirse, cuando la espresion oblicua hace relacion al heredero, pues si alude al testador como si diga: *Yo testador despues de la muerte de mi hijo, restituyo la herencia á Pedro*; embebe

la sustitucion pupilar dentro de su tiempo y despues la fideicomisaria (núm. 5).

4. Finalmente, si la sustitucion compendiosa se hace por palabras generales, en fuerza de su aptitud para comprender en sí las sustituciones directa y oblicua, dentro de la edad pupilar vale como pupilar y despues como fideicomisaria. En favor de esta opinion tenemos espresa la ley 12. vers. *Pe-ro si éste que es caballero &c. tit. 5. part. 6;* y aunque Bár-tulo con otros lleva que viviendo la madre se oblicúa dentro de la edad pupilar, lo contrario opina nuestro Autor (núm. 6).

CAPITULO VIII.

De la sustitucion brevilocua.

1. La última especie de sustitucion es la brevilocua que se hace con pocas palabras, y comprende ó puede comprender muchas sustituciones en las personas de todos los herederos, como si el testador diga: *Instituyo tales herederos, y los sustituyo recíprocamente.* Su propio nombre es recíproca, por-que este no puede adaptarse á otra especie de sustitucion como el de brevilocua, que puede competir á la compendiosa (núm. 1).

2. Esta sustitucion algunas veces contiene solamente la vulgar de las personas de todos los herederos, es á saber, cuando el testador instituye dos ó mas hijos púberos, dos estraños, dos hijos uno impúbero y otro púbero, ó un hijo impúbero y un estraño, sustituyéndolos mútuamente, por convenir á ambos solamente la vulgar, y deberse juzgar en duda la directa vul-gar mas bien que la oblicua; aunque tambien se contendrá la fideicomisaria, mencionando el testador el fallecimiento en la sustitucion: v. gr. *en cualquiera tiempo que mueran los insti-tuidos los sustituyo recíprocamente* (núm. 2).

3. Cuando el padre instituye dos ó mas hijos impúberos y los sustituye mutuamente, en las personas de ellos hay susti-tucion vulgar y pupilar, aunque uno llegue á la pubertad an-tes que el otro (*dic. núm. 2. vers. Aliquando ista*). Y últi-mamente esta sustitucion comprende ademas de las dos men-cionadas la fideicomisaria, en el caso de que el testador insti-tuya muchos hijos impúberos y los sustituya recíprocamente en cualquiera tiempo que fallezcan (*vers. Aliquando verò*).

CAPITULO IX.

De la trasmision de la herencia.

1. La herencia no adida por el heredero cuando vivió, no se trasmite regularmente á los suyos, y sucede lo mismo que si no se le hubiese deferido. Dan los AA. varias razones de esta resolucion, y nuestro Gomez espone hasta seis, inclinán-do-se á la primera. Esta consiste en que la herencia por testa-mento ó abintestato no se comprende en los bienes del here-dero antes que la adida, y de lo que no se tiene adquirido es im-posible la trasmision; aunque si por el crimen ó culpa lata de alguno pierde otro la herencia ó derecho de adir, en odio de aquel se considera en los bienes de este (núm. 1); y sin embar-go de que no se trasmite la herencia, se transmiten otros de-rechos hereditarios universales; v. gr. el derecho ó facultad de adir que ya tiene adquirido el heredero, el fideicomiso y el derecho de acrecer (*dic. núm. 1. y núm. 6. al fin*).

2. En algunos casos se trasmite la herencia, aunque no se haya adido. Unas veces se hace la trasmision por la po-tencia de la suidad, otras por la potencia de la sangre, y otras por el capítulo del derecho de deliberar (*dic. núm. 6. vers. Ista*). Se hace por la potencia de la suidad, cuando alguno muere

la sustitucion pupilar dentro de su tiempo y despues la fideicomisaria (núm. 5).

4. Finalmente, si la sustitucion compendiosa se hace por palabras generales, en fuerza de su aptitud para comprender en sí las sustituciones directa y oblicua, dentro de la edad pupilar vale como pupilar y despues como fideicomisaria. En favor de esta opinion tenemos espresa la ley 12. vers. *Pe-ro si éste que es caballero &c. tit. 5. part. 6;* y aunque Bár-tulo con otros lleva que viviendo la madre se oblicúa dentro de la edad pupilar, lo contrario opina nuestro Autor (núm. 6).

CAPITULO VIII.

De la sustitucion brevilocua.

1. La última especie de sustitucion es la brevilocua que se hace con pocas palabras, y comprende ó puede comprender muchas sustituciones en las personas de todos los herederos, como si el testador diga: *Instituyo tales herederos, y los sustituyo recíprocamente.* Su propio nombre es recíproca, por-que este no puede adaptarse á otra especie de sustitucion como el de brevilocua, que puede competir á la compendiosa (núm. 1).

2. Esta sustitucion algunas veces contiene solamente la vulgar de las personas de todos los herederos, es á saber, cuando el testador instituye dos ó mas hijos púberos, dos estraños, dos hijos uno impúbero y otro púbero, ó un hijo impúbero y un estraño, sustituyéndolos mútuamente, por convenir á ambos solamente la vulgar, y deberse juzgar en duda la directa vul-gar mas bien que la oblicua; aunque tambien se contendrá la fideicomisaria, mencionando el testador el fallecimiento en la sustitucion: v. gr. *en cualquiera tiempo que mueran los insti-tuidos los sustituyo recíprocamente* (núm. 2).

3. Cuando el padre instituye dos ó mas hijos impúberos y los sustituye mutuamente, en las personas de ellos hay susti-tucion vulgar y pupilar, aunque uno llegue á la pubertad an-tes que el otro (*dic. núm. 2. vers. Aliquando ista*). Y últi-mamente esta sustitucion comprende ademas de las dos men-cionadas la fideicomisaria, en el caso de que el testador insti-tuya muchos hijos impúberos y los sustituya recíprocamente en cualquiera tiempo que fallezcan (*vers. Aliquando verò*).

CAPITULO IX.

De la trasmision de la herencia.

1. La herencia no adida por el heredero cuando vivió, no se trasmite regularmente á los suyos, y sucede lo mismo que si no se le hubiese deferido. Dan los AA. varias razones de esta resolucion, y nuestro Gomez espone hasta seis, inclinán-do-se á la primera. Esta consiste en que la herencia por testa-mento ó abintestato no se comprende en los bienes del here-dero antes que la adida, y de lo que no se tiene adquirido es im-posible la trasmision; aunque si por el crimen ó culpa lata de alguno pierde otro la herencia ó derecho de adir, en odio de aquel se considera en los bienes de este (núm. 1); y sin embar-go de que no se trasmite la herencia, se transmiten otros de-rechos hereditarios universales; v. gr. el derecho ó facultad de adir que ya tiene adquirido el heredero, el fideicomiso y el derecho de acrecer (*dic. núm. 1. y núm. 6. al fin*).

2. En algunos casos se trasmite la herencia, aunque no se haya adido. Unas veces se hace la trasmision por la po-tencia de la suidad, otras por la potencia de la sangre, y otras por el capítulo del derecho de deliberar (*dic. núm. 6. vers. Ista*). Se hace por la potencia de la suidad, cuando alguno muere

con testamento ó abintestato dejando un hijo suyo que tenia en la potestad; pues si este muere sin adir la herencia paterna, la trasmite á sus herederos aun siendo estraños, sin la posesion que de ningun modo puede transmitirse (núms. 7. y 20).¹

3. La suidad, su virtud y efectos solamente se hallan en la línea de los descendientes y en la primera persona y grado de estos, á no ser que la persona media fallezca ó sea emancipada, pues entonces sus hijos ocupan el lugar que ocupaba y consiguen la suidad (núm. 8).

4. Para que el descendiente sea suyo heredero es necesario que se halle en la patria potestad (núm. 9); pero sin embargo, aunque se libren de esta el que entra en Religion y el que obtiene la dignidad episcopal, no pierden la suidad y sus efectos. La razon consiste en que la patria potestad se requiere para la produccion de la suidad, no para su conservacion: y así faltando aquella permanece esta, del mismo modo que el padre conserva el usufructo que adquirió en los bienes del hijo por la potestad patria, no obstante que esta haya espirado por la muerte del hijo ó por otro motivo (núm. 13).

1 Las voces *suidad* y *suyos herederos* apénas se oyen entre nuestros prácticos. Entre los hijos suyos y los emancipados casi no se encuentran otras diferencias que las respectivas á la sustitucion pupilar y á la tutela conforme á nuestras leyes, siendo iguales en la sucesion. Segun estas el mismo derecho que á la herencia del padre, tienen los hijos á la de la madre, respecto de quien no se ha conocido la suidad en tiempo alguno. Asimismo los nietos sin embargo de no hallarse en la potestad del abuelo, porque la persona media salió de ella por el matrimonio y bendiciones nupciales, tienen igual derecho á la herencia del abuelo faltando el padre. Estos verdaderisimos supuestos y otros muchos que espusiera si no fuese de mi instituto la brevedad, conspiran al parecer á que desterramos las mencionadas voces como fomento de disputas metafísicas y nada provechosas: procurando tener presente quanto previenen nuestras leyes acerca de la sucesion, mayormente las recopiladas, que ciertamente aborrecen las vanas sutilezas del Derecho romano.

5. El hijo adoptivo no pasa á la potestad del padre adoptante, y tiene los derechos de suidad para sucederle abintestato, siendo escepcion de la doctrina espuesta, porque la disposicion legal puede hacer que en algun caso se dé la suidad sin la patria potestad (núms. 12. y 13. *al principio*).

6. La suidad es cierto derecho intelectual directo no flexible, proveniente de la natural conjuncion y patria potestad, que induce inmediatamente despues de la muerte en favor de los descendientes próximos la continuacion del dominio de los bienes. De esta definicion, como de lo dicho anteriormente se colige, que ántes de la adiccion ó mistion del suyo heredero, no se da herencia yacente que represente al difunto, segun sucede en los estraños, porque continúa el dominio aunque aquel esté ignorante: en cuyo supuesto no podrá darse curador á la dicha herencia; bien que por virtud del beneficio de abstenerse que concedió el derecho pretorio á los suyos herederos, si estos quieren deliberar y no se mezclan ni abstienen, se podrá dar curador á la herencia (núms. 16. y 17.)¹

7. Igualmente se infiere que si por ley ó estatuto se manda pagar cierta alcabala de cualquiera herencia que alguno adquiriese, deberá entenderse en el heredero estraño, y no en el suyo que no adquiere nueva herencia (núm. 18). Y finalmente, se infiere que aunque el heredero estraño adida la heren-

1 Por derecho de España ninguno se puede precisar á que ada ó se mezcle en la herencia, siendo voluntarios todos los herederos que pueden dividirse en necesarios, legítimos y estraños. Los primeros son aquellos que han de percibir forzosamente bienes del difunto, en cuya clase se comprenden sólo los descendientes y ascendientes: los segundos (á quienes podemos dar tambien el nombre de los primeros) son aquellos á quienes la ley llama para la sucesion abintestato y puede no llamar el testador; y los terceros aquellos que ni la ley llama, ni tiene obligacion de llamar el que hace testamento.

cia puede usucapir en virtud del nuevo título *pro hærede* en el tiempo legítimo la cosa, que con buena fé poseía el difunto, y no podía usucapir por faltarle título; el suyo heredero no puede prescribirla, á causa de que por razon de la suidad no parece adquiere nuevo título (núm. 19).¹

8. No puede hoy el hijo emancipado transmitir la herencia de su padre á cualesquiera herederos por la potencia de la suidad como el hijo constituido en la patria potestad, pues aunque entre estos no hay diferencia en cuanto á suceder al padre por derecho civil, en cuanto á debérseles igual legítima en los bienes del padre, en cuanto á competir los remedios civiles si no se deja la legítima, y en cuanto á poder adir la herencia del padre dentro de treinta años, sin que el emancipado se escluya por el trascurso de uno, como prevenia el derecho pretorio; sin embargo, subsiste todavía la diferencia en cuanto á no suceder los emancipados con la cualidad, privilegio y prerogativa que los hijos suyos existentes en la potestad paterna. De aquí es, que el privilegio concedido al hijo suyo heredero, sea mayor ó menor de veinticinco años, de poder revocar el acto de haberse abstenido y adir dentro de un trienio, si las cosas no se han enagenado, segun la *ley fin. tít. 6. part. 6.*, se niega al hijo emancipado, del mismo modo que al hijo respecto de la madre y al heredero del hijo suyo, aunque éste muera dentro del tiempo concedido para revocar (núms. 24. y 30).

9. Para reconvenir los acreedores del padre al hijo suyo heredero, es necesario que aquellos prueben la mision de este ó conste de ella, pues en caso de duda no tienen probada su intencion los acreedores, mediante á que despues del beneficio de

¹ Gravísimos DD. enseñan lo contrario (*cap. 3. de este tom. núm. 30*).

abstenerse concedido á los hijos, lo mismo obra en estos la mision que en los estraños la adiccion, y esta ha de probarse para reconvenirlos. Coadyuva esta sentencia el que por el dicho beneficio se derogó la necesidad que tenia el hijo de adir, y se quitó la suidad únicamente en lo que puede perjudicar al hijo no en lo que puede favorecerle. Ni aun bastará para fundar los acreedores su intencion la presentacion del hijo en juicio, respondiendo y litigando con ellos, si esto lo ejecuta llanamente como hijo; mas no si comparece, responde ó hace algun acto como heredero del padre (núms. 25 y 26).

10. El derecho de adir que compete al heredero estraño, se prescribe en el término de treinta años, y por tanto no adiendo dentro de él pierde la herencia que se le ha deferido por testamento ó abintestato, y se devuelve al mas prócsimo en grado, sin embargo de no ser el tal derecho accion ó peticion, ni consistir en el oficio del juez: porque es un derecho formado inmediatamente por causa de la sucesion, y no una mera facultad como la de pasar una calle y otras semejantes que nunca se prescriben (núm. 27.)¹

11. Tambien se prescribe en el mismo término el derecho de mezclarse en la herencia que compete al suyo heredero, ya se hallen los bienes vacantes, ya poseidos por algun tercero (*dic. núm. 27 vers. Quod secundum*); pero lo espuesto acerca de ambos herederos no tiene lugar, cuando pueden suceder así por testamento como abintestato; v. gr., siendo instituidos en aquel los mas prócsimos parientes, en cuyo caso pasados los treinta años en que habia de sucederse por testamento, se podrá suce-

¹ Este tiempo corre cuando el juez no hubiere señalado á instancia de los interesados otro término, el cual no puede ser menor de cien dias para que el heredero se juzgue escluido de la herencia (núm. 27).

der abintestato dentro de otros treinta (núm. 28.);¹ bien que si la renuncia no fué tácita como la que induce el trascurso del tiempo, sino espresa y simple, se cree haber renunciado por todos respectos (núm. 29 ley penúlt. tit. 6 part. 6).

12. La suidad se desvanece con la muerte del suyo heredero, con la emancipacion, y con la institucion que el padre haga á su hijo bajo la condicion *si quiere* que impide la trasmision, por ser propio de las condiciones suspender la sustancia de la disposicion (núm. 31).² Y en virtud de este fundamento si bajo la misma condicion se instituye algun descendiente que no es suyo heredero ó cualquier extraño, ni uno ni otro transmitirá la herencia por la potencia de la sangre ó por el capítulo de deliberar (núm. 32).³

13. Tambien se desvanece la suidad dando sustituto vulgar al suyo heredero, pero con algunas limitaciones que trae el Gomez (en los números siguientes hasta el 40), las cuales no se espresan, porque nuestro autor sostiene la contraria sentencia (en el cap. 3 núms. 15 y siguiente), que califican de mas verdadera y fundada el Suarez (en este cap. letra N y en el 3 letra G) y el Aillon (cap. 3 núm. 25.), quien cita á su favor muy graves AA.; mayormente cuando impedida la trasmision por la potencia de la suidad, habria lugar á ella con respecto

¹ Si al hijo se le concede el año para deliberar, corrido éste cesará toda trasmision, y la herencia pertenecerá abintestato á los mas próximos sucesores del padre por la ley 2 tit. 6 part. 6 (núm. 29 vers. Adde).

² Lo contrario es mas verdadero, por no poder el padre privar á los suyos de los derechos que les competen: y el Molina (*de Just. tom. 1 disput. 180 núm. 9*) esplica al Gomez diciendo: que no se impide la trasmision en la legítima por la espuesta condicion, á causa de que se desprecia, mas sí en lo restante (núm. 32).

³ Segun el referido autor en el mismo lugar por la potencia de la sangre se transmitirá la legítima, y nada por el capítulo de deliberar (núm. 33).

á los descendientes por el privilegio de la sangre, y con respecto á todos en virtud del derecho de deliberar, segun afirma el Gomez en el núm. 49 de este cap. vers. *Ex quo infero*.

14. La trasmision por la potencia de la sangre se verifica tan solo en la herencia de los ascendientes con respecto á los descendientes, cuando alguno de estos muere antes de adir la herencia de alguno de aquellos dejando otros descendientes; pues á estos únicamente se transmitirá la herencia por el privilegio de la sangre y no á los extraños, colaterales ó ascendientes: bien aquel de cuya herencia se trata, haya muerto con testamento, bien abintestato (núms. 40 y 47.): bien el trasmite descienda por la línea paterna, bien por la materna: bien se halle en la potestad, bien esté emancipado ó sea habido por tal, como sucede segun la ley 47 de Toro (hoy la 8 tit. 1 lib. 5 de la Recop.) al hijo casado velado, quien aunque no puede transmitir por la potencia de la suidad, trasmite á los descendientes por virtud de la sangre (núm. 41.):¹ bien el trasmite sea hijo legítimo y natural, bien sea tan solo natural en el caso que puede suceder: bien el hijo natural solamente tenga hijos legítimos y naturales, bien los tenga únicamente naturales tan solo, cuando puedan serle herederos: porque esta trasmision se funda en la virtud y privilegio de la sangre (núm. 42).

15. Es necesario que la institucion sea pura para que haya lugar á la trasmision de la herencia, porque la condicion la impide esceptuando la legítima, en la que se desprecia aquella; bien que no teniendo el instituido sustituto ni coheredero, le acrecen los demas bienes á causa de que, verifiquese ó no la condicion, le han de pertenecer. Si tiene sustituto vulgar, se

¹ Tampoco puede transmitir por la potencia de la suidad el nieto habido de él aun muriendo su muger, porque sin embargo no recae en la patria potestad (núm. 8 vers. *Advertere*).

ha de esperar el cumplimiento de la condicion, porque en su defecto le pertenecerán los dichos bienes al sustituto. Si tiene coheredero el instituido, este percibirá la mitad de aquellos, mediante á que en todo evento le ha de pertenecer, y por la otra mitad se ha de aguardar á que se cumpla ó no la condicion; pues en el primer caso toca al coheredero, y en el segundo al instituido por el derecho de acrecer¹. Lo mismo acontece dejando al hijo ó descendiente legado, fideicomiso, prelegado ó mejora, ó haciendo alguna sustitucion fideicomisaria, vulgar ó pupilar bajo condicion, y faltando el descendiente antes que se verifique; por cuanto no habrá trasmision por derecho de sangre (núm. 48).

16. Si el testador instituye á su hijo ó descendiente dándole sustituto vulgar, se transmitirá la herencia á los descendientes, los cuales serán preferidos al sustituto, á causa de que la naturaleza de la sustitucion vulgar conforme á la disposicion de la ley é intencion del testador, es que tenga lugar el sustituto, cuando el instituido no fuere heredero ni á otro lo hiciere: en cuyo supuesto nada puede obstar que el sustituto sea llamado espresamente por el difunto (núm. 49).

17. Ultimamente, se verifica la trasmision á cualesquiera herederos por el capítulo de deliberar, cuando el heredero por testamento ó abintestato, aunque sea del todo extraño, fallece sin adir la herencia dentro del año que concede la ley, y principia á contarse desde que supo se le habia deferido. Así se prueba de la ley 2. tít. 6. part. 6, la cual dispone que si muere el heredero pendiente el tiempo de deliberar concedido por el rey ó juez sin adir la herencia, la transmitirá á sus herederos

¹ Para reformar esta doctrina con arreglo al derecho español en la parte que corresponda, se tendrá presente lo que dije en mi nota 3 cap. 2.

para que la puedan adir dentro del término que resta. Pareció equitativo al legislador conceder un año al heredero para deliberar, á efecto de que no se introduzca sin consulta en un asunto tan arduo; y así trasmite dentro de aquel, por no haber intervenido de su parte culpa ó negligencia. Esta trasmision es útil en los hijos y descendientes, por no tener que probar el trasmisario matrimonio, patria potestad, derecho de sangre ni descendencia (núm. 50).

18. El trasmisario tiene que adir dentro del tiempo que le sobró al transmitente, y de otra suerte será repelido (núm. 51 dic. ley 2 tít. 6 part. 6);¹ mas para que pueda correr la trasmision es indispensable que el transmitente sepa se le ha deferido la herencia cuando acaeció su muerte, aunque en este caso el heredero en quien habia de verificarse la trasmision, puede pedir la restitucion en nombre del difunto que falleció ignorante por la cláusula general: *Si qua mihi justa causa videbitur* (núm. 52).

19. Faltando el segundo heredero en quien se verificó la trasmision, dentro del tiempo en que podia adir, el tercer heredero á quien se ha deferido la herencia de este último, no tan solo podrá adir esta, sino tambien la herencia del primer difunto que el primer heredero transmitió al segundo en virtud del derecho de deliberar: porque la facultad de adir que el primer heredero transmitió al segundo, se hizo cosa hereditaria, y del mismo modo que el segundo heredero transmitió al tercero la herencia del primer heredero del difunto, le ha de transmitir

¹ Si alguno sabiendo que se le habia deferido la herencia, no adió ni repudió en los diez meses primeros, y dentro de los dos restantes impetró del juez algun término, segun la disposicion de la citada ley 2, aunque el año legal haya corrido en conformidad de esta, podrá transmitir á su heredero el derecho de adir dentro del término asignado por el juez (núm. 48).

el derecho de deliberar que en esta herencia se contenia. A esto se agrega que el heredero del heredero es tambien heredero del testador (núm. 53): siendo digno de advertir que en todos los casos en que la herencia no adida se trasmite á los herederos por cualquier capítulo de suidad, de sangre ó de deliberar, siempre se trasmite no como adida, sino como que se puede adir, y así el trasmisario podrá adirla ó repudiarla, segun podia el trasmisario (núm. 54).¹

20. Aunque regularmente la herencia no adida no se trasmite á los herederos sino en los casos espresados, si el heredero que murió sin adir es menor de veinte y cinco años, por cuanto de este hecho se causa en el mismo artículo de la muerte una lesion consumada, trasmite á sus herederos el beneficio de la restitucion *in integrum* que es trasmisible: y aun el trasmisario del mayor de veinte y cinco años con intervencion de justa causa podrá implorar el beneficio de la restitucion (núm. 25).²

CAPITULO X.

Del derecho de acrecer.

1. Trátase en este capítulo de la materia sutilísima del derecho de acrecer.³ Este puede verificarse en los contratos,

¹ Ofreciéndose algun caso sobre esta doctrina, podrá verse al Aillon núm. 51. y á los autores que este cita.

² Siendo instituido alguno por un monge, cuyo testamento se confirmó con la profesion, aunque muera aquel viviendo este, trasmirá la herencia á sus herederos y no permanecerá como caduca en el monasterio (núm. 52 *vers. Item adde quod si*).

³ Dúidase entre nuestros Regnicolas si se haya derogado el derecho de acrecer por la ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. que permite á cualquiera morir en par-

en las herencias y en los legados. Hablando con respecto á los contratos debe decirse, no tiene lugar en los que sean lucrativos y se terminen á cosa mere divisible, como si alguno me prometa á mí y á Francisco alguna cantidad, pues adquiero en este caso la mitad, y si por ventura Francisco no quiere ó no puede adquirir la otra mitad, por ser hijo espurio del donante ó por otro motivo, de ningun modo me acrece (núm. 1); pero de esta regla debe esceptuarse la donacion hecha á muchos por el Príncipe, porque si alguno repudia su parte, ó precedió á la donacion su muerte, se acrece aquella á los socios. Asimismo si todos adquirieron sus partes, y despues muere alguno sin dejar persona de las que deben heredar y se mencionan en el *cap. 1. de este comp.* se acrece su parte á los compañeros con exclusion del fisco, á quien de otra suerte pertenecería: y lo que es mas, se verifica el derecho de acrecer en la parte adquirida, si despues se repudia, no obstante que lo contrario acontece regularmente en esta materia (núm. 2).

te con testamento y en parte abintestato. Burgos de Paz (ley 3. de Toro núm. 857. y sig.) sostiene que subsiste aun despues de la citada ley el derecho de acrecer, en atencion á que se halla establecido espresamente en la ley 14. tit. 3. part. 6. y á que con dificultad se ha de consentir en la correccion del derecho. Y nuestro Aillon (núm. 45. de este cap.) afirma que el Pichardo (*in repet. tit. ff. de adquir. hered. cap. 30.*) prueba eruditamente la misma opinion. Pero no obstante el Matiezo (en la ley 1. glos. 10. núm. 46.) defiende la contraria sentencia, que debe reputarse mas verdadera y aun elevarse al grado de certísima por el señor Don Francisco Antonio de Elizondo, quien (en el 4. tom. de su Pract. Univ. For. pág. 87. núm. 5.) asevera no regir ya en España el derecho de acrecer, y haberlo visto declarado así por el Consejo de Indias en un grado de mil y quinientas. Aunque sin embargo creo no modificaré el dictámen de aquel Supremo Senado y de tan ilustres AA. con asegurar que en algunas ocasiones deberá admitirse el derecho de acrecer, por dar motivo las circunstancias que se presenten, á conceptuarlo conforme á la voluntad del testador, que en todos tiempos se ha mirado como sagrada.

el derecho de deliberar que en esta herencia se contenia. A esto se agrega que el heredero del heredero es tambien heredero del testador (núm. 53): siendo digno de advertir que en todos los casos en que la herencia no adida se trasmite á los herederos por cualquier capítulo de suidad, de sangre ó de deliberar, siempre se trasmite no como adida, sino como que se puede adir, y así el trasmisario podrá adirla ó repudiarla, segun podia el trasmisario (núm. 54).¹

20. Aunque regularmente la herencia no adida no se trasmite á los herederos sino en los casos espresados, si el heredero que murió sin adir es menor de veinte y cinco años, por cuanto de este hecho se causa en el mismo artículo de la muerte una lesion consumada, trasmite á sus herederos el beneficio de la restitucion *in integrum* que es trasmisible: y aun el trasmisario del mayor de veinte y cinco años con intervencion de justa causa podrá implorar el beneficio de la restitucion (núm. 25).²

CAPITULO X.

Del derecho de acrecer.

1. Trátase en este capítulo de la materia sutilísima del derecho de acrecer.³ Este puede verificarse en los contratos,

¹ Ofreciéndose algun caso sobre esta doctrina, podrá verse al Aillon núm. 51. y á los autores que este cita.

² Siendo instituido alguno por un monge, cuyo testamento se confirmó con la profesion, aunque muera aquel viviendo este, trasmirá la herencia á sus herederos y no permanecerá como caduca en el monasterio (núm. 52 *vers. Item adde quod si*).

³ Dúdase entre nuestros Regnicolas si se haya derogado el derecho de acrecer por la ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. que permite á cualquiera morir en par-

en las herencias y en los legados. Hablando con respecto á los contratos debe decirse, no tiene lugar en los que sean lucrativos y se terminen á cosa mere divisible, como si alguno me prometa á mí y á Francisco alguna cantidad, pues adquiero en este caso la mitad, y si por ventura Francisco no quiere ó no puede adquirir la otra mitad, por ser hijo espurio del donante ó por otro motivo, de ningun modo me acrece (núm. 1); pero de esta regla debe esceptuarse la donacion hecha á muchos por el Príncipe, porque si alguno repudia su parte, ó precedió á la donacion su muerte, se acrece aquella á los socios. Asimismo si todos adquirieron sus partes, y despues muere alguno sin dejar persona de las que deben heredar y se mencionan en el *cap. 1. de este comp.* se acrece su parte á los compañeros con exclusion del fisco, á quien de otra suerte pertenecería: y lo que es mas, se verifica el derecho de acrecer en la parte adquirida, si despues se repudia, no obstante que lo contrario acontece regularmente en esta materia (núm. 2).

te con testamento y en parte abintestato. Burgos de Paz (ley 3. de Toro núm. 857. y sig.) sostiene que subsiste aun despues de la citada ley el derecho de acrecer, en atencion á que se halla establecido espresamente en la ley 14. tit. 3. part. 6. y á que con dificultad se ha de consentir en la correccion del derecho. Y nuestro Aillon (núm. 45. de este cap.) afirma que el Pichardo (*in repet. tit. ff. de adquir. hered. cap. 30.*) prueba eruditamente la misma opinion. Pero no obstante el Matiezo (en la ley 1. glos. 10. núm. 46.) defiende la contraria sentencia, que debe reputarse mas verdadera y aun elevarse al grado de certísima por el señor Don Francisco Antonio de Elizondo, quien (en el 4. tom. de su Pract. Univ. For. pág. 87. núm. 5.) asevera no regir ya en España el derecho de acrecer, y haberlo visto declarado así por el Consejo de Indias en un grado de mil y quinientas. Aunque sin embargo creo no modificaré el dictámen de aquel Supremo Senado y de tan ilustres AA. con asegurar que en algunas ocasiones deberá admitirse el derecho de acrecer, por dar motivo las circunstancias que se presenten, á conceptuarlo conforme á la voluntad del testador, que en todos tiempos se ha mirado como sagrada.

2. En los contratos onerosos, bien se terminen á cosa divisible ó individua, tiene lugar el derecho de acrecer, y por tanto vendiéndoseme á mí y á Pedro, v. gr., algun fundo, si este repudia, ha muerto ó es incapaz como el hijo espurio, me acrece la parte que á consentir en el contrato le hubiera pertenecido, para que no se perjudique al vendedor que acaso no venderia una sola parte, ni querria tener sociedad, por soler esta traer mucha incomodidad (núm. 3).

3. En los contratos onerosos ó lucrativos sobre cosa mere individua, no tiene lugar el derecho de acrecer, ó derecho de descrecer, como se evidenciará en la servidumbre, en la cual no se admite al primero, porque siendo la servidumbre de su naturaleza indivisible, no se puede adquirir en parte sino *in solidum*, y de consiguiente no hay porcion que pueda acrecer: ni tampoco el segundo á causa de que este tiene propiamente lugar, cuando á dos ó mas se deja una cosa *in solidum*, y concurriendo cada uno adquiere su parte, pues entonces repudiando ó siendo excluido alguno, nada descrece del otro y consigue toda la cosa: lo cual no se verifica en la servidumbre dejada ó prometida á muchos, mediante á que segun su naturaleza se adquiere á todos *in solidum*: agregándose á esto que los expresados derechos no se pueden verificar sino cuando se deja á muchos una misma cosa, y en la servidumbre dejada ó prometida á muchos se hallan constituidas muchas y separadas en las personas de cada uno de los adquirentes (núm. 4).

4. Concediéndose á dos ó mas un fundo en enfiteusis, si estos se hallan presentes y aceptan, como despues alguno falte ó sea privado de su parte, vuelve esta al señor directo, por no tener lugar el derecho de acrecer en lo adquirido. Lo mismo acontece concediéndose á dos, uno presente y otro ausente por

causa lucrativa, es á saber, por una corta pension anual en reconocimiento del dominio; pero si la concesion se hizo por causa onerosa, mediante á ser la pension condigna á la cosa, acrece al presente la parte del ausente (núm. 5).

5. Si el padre mejora á dos hijos en el tercio de sus bienes entregándoles la posesion, por la cual se hace la mejora irrevocable segun la ley 17 de Toro, que es la 1. tit. 6. lib 5. de la Recop. y despues alguno muere en vida de su padre ó repudia su parte, no acrece al otro mejorado, ya porque antes se habia adquirido, y ya porque es contrato lucrativo: por cuya razon lo propio sucede haciéndose la mejora á un hijo legítimo y á otro incapaz ó á un extraño, bien se hubiese ó no entregado la posesion; pero si en el primer caso no se hubiere trasferido la posesion y la mejora se confirma con la muerte del padre, faltando ó repudiando alguno su parte, acrece al otro del mismo modo que si la mejora se hubiese hecho en última voluntad, por cuanto la donacion que se confirma con la muerte, tiene fuerza de legado, en el cual corre el derecho de acrecer (núm. 6).

6. Cuando el testador instituye un heredero en cosa cierta ó cuota no disponiendo de las demas, le acrecen todos los otros bienes, como si hubiese sido instituido *in solidum*, por no ser posible que alguno fallezca con testamento y abintestato (núm. 8);¹ y en esta atencion y en la de que el testador no puede

1. Sostiene Matienzo citado por el Aillon que esta disposicion civil se halla corregida por la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. y que segun esta los demas bienes pertenecerán á los herederos abintestato; mas otros muchos AA. tambien citados por el Aillon que por su excesivo afecto al Derecho Romano llevan á mal cualquier derogacion suya, defienden lo contrario contra la voluntad evidente del testador, que haciendo la institucion en cosa cierta ó cuota, y no disponiendo de los demas bienes, da á entender bastantemente no quiere suceda el ins-

hacer que las leyes no tengan lugar en su testamento, si instituye heredero en cosa cierta ó cuota, diciendo espresamente que los demas bienes no acrezcan al instituido, sin embargo de esto le acrecerán (núms. 10. y 11).¹

7. Pero esta doctrina no puede correr en el caso de que el instituido en cosa cierta tenga coheredero universal ó en cuota, pues entonces á este le pertenecerán todos los bienes en el primer caso, y le acrecerán los demas bienes en el segundo; si no es que repudia ó fallece sin transmitir, en cuyo caso por ser lo mismo que si no se hubiese dado coheredero universal, acrece la herencia al instituido en cosa cierta por la espuesta razon (núm. 13. ley 14. tít. 3. part. 6).

8. Si muchos son instituidos en cuota desigualmente sin darles coheredero universal, les acrecerán los demas bienes con respecto á las porciones asignadas; mas si son instituidos en cosa cierta con desigualdad, aunque en esta percibirá cada uno su parte señalada, les acrecerán los bienes igualmente sin consideracion á la cosa cierta, por quitarse *ipso jure* de la institucion y juzgarse los herederos instituidos llanamente (núm. 14).²

9. El instituido en cosa cierta con universal coheredero goza de dos prerogativas por razon de su institucion, que no goza tituido en ellos sino los herederos abintestato. Y asimismo defienden lo contrario contra nuestras leyes recopiladas, que han derogado espresa ó tácitamente el mencionado principio ó innumerables vanas sutilezas del derecho civil, porque no queden ilusorias muchas veces las últimas voluntades.

¹ Supuesto lo dicho en mis notas anteriores con mayor motivo en el presente caso, sucederán los herederos abintestato en los demas bienes.

² Con arreglo á las notas precedentes conocerá el estudioso cuán de reformar es la doctrina de este número y del anterior, como tambien la de otros del presente capítulo.

ria si fuera un mero legatario: la primera que puede percibir la cosa por su propia autoridad; y la segunda que puede pedir se le dé la posesion en virtud de la *ley fin. C. de Edict. Divi Adrian. tollend.* (núm. 15).¹

10. La institucion de cosas ajenas es de tal suerte inválida, que ni aun en fuerza de ella puede el instituido percibir por el derecho de acrecer los bienes del testador. La razon consiste en que este derecho solo tiene lugar en una misma herencia, y cuando hay fundamento y porcion válida respecto de la cual pueda verificarse. Asimismo es inválida la institucion en cosas ajenas, aun por lo que mira á su estimacion; bien que el instituido en cosa cierta ajena únicamente, por tenerse en lugar de legatario, se le debe la estimacion, como si la cosa se le hubiese legado (núm. 16).

11. Adiendo ó aceptando una tan sola cosa ó parte el sucesor universal por testamento ó abintestato, se cenceptúa la adicion respecto del todo, consiguiendo las demas partes el heredero no por el derecho de acrecer sino por el de la institucion. Lo mismo debemos decir cuando el heredero fué instituido en partes distintas; v. gr. en una oracion en la mitad de la herencia y en otra oracion en la otra mitad; y ade una tan solo. Tambien debemos decir lo mismo si el heredero es instituido en una parte pura y en otra condicionalmente; pues si ade la parte primera al punto se hace heredero en la segunda (núm. 17); siendo digno de advertir que si dió el testador sustituto en la parte condicional, ha de esperarse el defecto ó cumplimiento de la condicion, y si no se cumple pertenecerá al sustituto, y si se cumple al instituido sin otra nueva adicion, ó al heredero de este cumpliéndose la condicion despues de su muerte, no por

¹ Concuerta con esta la *ley 2. tít. 14. part. 6.*

derecho de la institucion condicional que no es trasmisible, sino por virtud del derecho de acrecer (núm. 18).

12. Corre asimismo la espuesta doctrina en el caso de que el heredero adá una parte y repudie otra espresamente, pues sin embargo se hace heredero *in solidum*, por el derecho de acrecer y contra su voluntad podrá compelerse á la adición de toda la herencia: verificándose esto mismo, aun cuando el instituido en partes diversas tenga sustituto vulgar en la parte que repudia (núms. 19. y 20).¹

13. Igualmente corre la doctrina de los números anteriores, cuando el heredero es sustituto pupilar de un hijo impúbere del testador; pues si acepta la herencia de este, no puede repudiar la herencia de aquel faltando en la edad pupilar. Finalmente, corre en el hijo respecto de la legítima, porque no puede aceptarla repudiando los demas bienes (*dic. núm. 20. vers. Quinto extende*).

14. Cuando de dos ó mas herederos por testamento ó abintestato uno adá su parte y otro repudia la suya, ó por otro motivo no la adquiere, le acrece al heredero que adió (*ley 18. tit. 6. part. 6*), aunque no adquiere su posesion por haber adquiri-

1. Contra la principal resolucion de nuestro Gomez tenemos la *ley 5. tit. 6. lib. 5. de la Recop.* en la cual se dispone que pueda el hijo aceptar la mejora y repudiar la herencia deducidas las deudas hereditarias de la mejora ó prelegado á prorata, cuya sucesion parece se hace por titulo hereditario, y que por tanto se divide la herencia: no siendo suficiente en mi concepto para desvanecer esta dificultad la interpretacion del Pichardo (*in relect. tit. ff. de adquir. hered. cap. 28. desde el núm. 62. hasta el 66.*) y del Cevallos (*quest. 711. núm. 6.*) que adopta el Aillon (*núm. 20. vers. Sed contra*) y consiste en decir que la dicha ley contiene dos principales disposiciones: una por la que el heredero es instituido: otra por la que se deja la mejora ó prelegado, y que así pueden dividirse: mayormente cuando la espresada opinion no se funda sino en las vanas sutilezas del principio derogado: ninguno puede morir en parte con testamento y en parte abintestato.

do antes la de su parte (núm. 22). Y esto tiene tambien lugar en los fideicomisos universales, por lo que gravando el testador al heredero en que restituya la herencia á dos, repudiando uno acrece el fideicomiso al otro, y no permanece en el gravado (núm. 23).

15. Pero antes de pasar adelante importa saber con respecto á los herederos, cuales sean conjuntos y cuales disyuntos. De los primeros hay tres clases: unos conjuntos *re & verbis*, otros *re tantum*, otros *verbis tantum*. Los conjuntos *re & verbis* son los llamados é instituidos por el testador en una sola oracion; v. gr. *Instituyo á Pedro y á Francisco herederos*. Los conjuntos *re tantum* son aquellos á quienes se deja una misma herencia en diversas cláusulas; v. gr., *instituyo á Juan en mi herencia*, y despues: *instituyo á Diego en mi herencia*; pues como á ambos se haya dejado la herencia separadamente, y no pueda ser *in solidum*, porque *in solidum* no pueden verificarse dos herederos, necesariamente por el concurso cada uno tendrá la mitad de la herencia, y de consiguiente serán entre sí conjuntos *re* (núm. 24).

16. Los conjuntos *verbis tantum* son aquellos á quienes se deja la herencia por iguales porciones, como si el testador diga: *Instituyo á Nicolas y á María en mi herencia por iguales partes*. Se dicen conjuntos *verbis*, por haberlos llamado el testador en una misma cláusula: y no se juzgan conjuntos *re*, por no ser llamados en una misma herencia llanamente sino en separadas porciones (núm. 25).

17. Los disyuntos totalmente son aquellos á quienes en diversas cláusulas y en separadas porciones se les deja la herencia; v. gr., *instituyo á Diego en la mitad de mi herencia, á Francisco en la otra mitad* (núm. 25. vers. *Omnimodo*).

18. Aunque la parte repudiada ó vacante acrezca al cohe-

redero contra su voluntad, con todo si el coheredero que adió su parte, quiere repudiarla para evitar que la otra le acrezca, puede hacerlo (*núm. 27. vers. Unum tamen al fin. ley 18. tit. 6. part. 6.*)

19. De muchos modos vaca una porcion para que pueda acrecer á otro. El primero es: cuando se tiene por no escrita, como si el testador instituye por herederos á dos ó mas, de los cuales uno habia muerto al tiempo del testamento: ó instituye al condenado á muerte natural en presencia despues de haberse pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada é impedido la ejecución por fuga ú otro motivo; pues la *ley 4. de Toro (hoy la 3. tit. 4. lib. 5. de la Recop.)* solo concede al condenado á muerte natural la testamentifacion activa. ¹ Lo mismo acontece en el caso de que sea instituido claramente algun hijo incapaz ó indigno no por su propio crimen, como el adulterino ó incestuoso. Digo claramente, porque si se deja la herencia á otro instituyéndolo y rogándole secretamente que la restituya al hijo incapaz, se priva de ella al heredero y se le aplica al fisco (*núm. 29.*)

20. El segundo modo es, cuando la porcion se hace cuasi caduca á causa de que el testador instituyó dos ó mas herederos, de los cuales uno, aunque vivo al tiempo del testamento, era muerto al tiempo del fallecimiento del testador (*dic. núm. vers. Secundò*). Y el tercer modo es, cuando se hace caduca, lo cual acontece con la repudiacion ó muerte antes de adir la herencia en el caso que no puede trasmitirse (*vers. Tertio*).

21. Si la porcion vaca por culpa y propio delito del heredero, como en el caso espresado al fin del *núm. 19.* no perte-

¹ Lo contrario enseña el Gomez en la *ley citada núms. 6. y 7* y lo comprueba latamente su adicionador Cornejo (*núm. 30. vers. Contrarium*).

necerá al coheredero por el derecho de acrecer, sino se aplicará al fisco, así como cuando la herencia se le quita al heredero como á indigno por su propio crimen, se le agrega al fisco y no á los herederos abintestato (*núm. 30.*)

22. El conjunto de ambos modos se prefiere al que lo es de uno solamente, y por tanto, instituyendo el testador en una cláusula á Pedro y á Francisco y en otra á Manuel, si vaca la porcion de uno de los primeros, le acrece al otro y no á Manuel segun la presunta voluntad del difunto, porque aquellos son conjuntos *re & verbis*, y este *re tantum*. Por este concepto si el testador instituye á Diego y á los hijos de otro, y la porcion de uno de estos vaca, le acrecerá á los demas quedando escludido Diego: pues aunque todos son conjuntos *re & verbis*, con todo, hay mayor conjuncion entre los que son llamados á un tiempo y copulativamente: segun debe decirse y se advierte, cuando alguno muere abintestato, dejando un hijo y varios nietos de otro hijo muerto que suceden por representacion y se tienen en lugar de una persona (*núm. 31.*)

23. Pero si fallece alguno con hijos de dos mugeres, en la porcion que vacare se admitirán los hermanos consanguíneos del mismo modo que los germanos, mediante á que respecto de la sucesion del padre todos son igualmente conjuntos: aconteciendo lo propio en la sustitucion brevilocua, si el padre instituye herederos y sustituye recíprocamente á los hijos de ambas mugeres, y en la pupilar si aquellos son impúberos y alguno muere antes de la pubertad, habiéndolos instituido y sustituido del modo dicho (*dic. núm. 31. vers. Tertio y sig.*)

24. Concurriendo á una parte vacante el conjunto *verbis tantum*, y el conjunto *re tantum*, como si el testador instituya á Pedro y á Francisco por iguales partes, y despues en otra oracion llanamente á Diego que se juzga conjunto *re*; se admi-

ten ambos igualmente, por cuanto segun la voluntad del difunto tiene efectivamente cada instituido igual parte en la herencia por virtud de la institucion; y así la misma parece tener cada heredero en la parte vacante por el derecho de acrecer, mayormente cuando ninguna ley dispone que una conjuncion sea mas fuerte que otra (núm. 32).

25. Si de una parte concurre un conjunto de algun modo y de otra un disyunto totalmente, se prefiere aquel á este (núm. 33.); y si todos los herederos son disyuntos, la porcion vacante acrece á todos sin preferencia alguna (núm. 34).

26. Si el heredero á quien compite ó puede competir el derecho de acrecer, fallece despues de adida su parte ó dentro del tiempo en que pudo transmitir, se acrece y pasa á sus herederos la porcion del coheredero que vaque, bien sea antes, bien sea despues de la muerte de aquel: porque las razones inductivas del derecho de acrecer tienen lugar en este caso (núm. 35).

27. Es mas poderoso el derecho de sustitucion que el de acrecer; y así cuando concurren á la parte vacante del instituido que no fué heredero por la repudiacion ó por algun otro motivo, su sustituto vulgar y su coheredero, debe aquel ser preferido (*ley 18. tit. 6. part. 6.*), en atencion á que sucede por la expresa voluntad del difunto, y el coheredero por la tácita (núm. 36).

28. Siendo instituidos solamente los hijos, no hay duda alguna en que con respecto á su legítima se verifica entre ellos el derecho de acrecer: ni tampoco la hay en que siendo instituidos con los estraños los hijos y repudiando todos estos ó vacando de otro modo sus porciones, se acrecen á los estraños; pero cuando vaca la parte de alguno de los hijos con los estraños, se duda si acrecerá únicamente á los hijos ó tambien á los estraños. Nuestro Gomez hablando por lo respectivo al de-

recho de España lleva que solo acrece la dicha porcion á los demas hijos, bien aquel de cuya parte se trata, hubiese muerto ó estuviese incapaz al tiempo del testamento ó al de la muerte del testador, porque la legítima de los hijos se mira al tiempo del fallecimiento de este; bien el hijo repudiasse espresamente verificado el fallecimiento de su padre (núm. 37).

29. Tiene tambien lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares respecto de los conjuntos, atento á que de la conjuncion resulta conforme á la voluntad del difunto una tácita sustitucion vulgar para que la parte vacante acrezca á otro (núm. 38): y de aquí es que no mediando alguna conjuncion, no se da derecho de acrecer (núm. 39. *al princip.*).

30. Entre la propiedad y el usufruto se encuentra una diferencia notable acerca de la presente materia, y es: que en aquella una vez adquirida se estingue el derecho de acrecer; pero en este aun despues de haber adquirido uno de dos á quienes se dejó la parte que le correspondia, si muere ó repudia, le acrece al socio (núm. 41).

31. Un mismo legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra, por ser única la disposicion que no puede dividirse; á no ser que se deje el legado por partes, porque entonces da tácitamente facultad el difunto para la aceptacion de una y repudiacion de otra: bien que de los herederos del legatario puede uno muy bien aceptar su parte y otro repudiar la suya, á causa de que el legado se dividió entre ellos con respecto á sus porciones hereditarias (*ley 36. tit. 9. part. 6.*): no siendo de omitir que si en este caso un heredero repudia, no le acrece su parte al coheredero, y permanece en el heredero ó herederos del difunto (núm. 42).

32. Vendiendo ó euagenando algun heredero su parte, si

despues otro repudia, no acrece la de éste al comprador ó particular sucesor sino al heredero principal directo; mas en los legados el derecho de acrecer pasa al singular sucesor no al legatario, atento á que en este no residen ningunos derechos directos, y necesariamente la porcion debe acrecer á la porcion (núm. 44).

CAPITULO XI.

De la sucesion contra el testamento.

1. El hijo con arreglo al derecho que tiene en los bienes del padre, cuando este haga testamento ha de ser instituido heredero ó desheredado, porque siendo preterido es de ningun valor su última voluntad (núm. 1. ley 10. tit. 7. y ley 1. tit. 8. part. 6);¹ á no ser que la pretericion se hiciese espresando alguna de las causas justas para la desheredacion, en cuyo caso es válido el testamento por tener la tal pretericion fuerza de desheredacion: y así no probándose la causa compete al hijo la *querrela*, y probada queda en un todo escludido (núm. 3 dic. ley 10). Y entonces ademas de otros casos se verifica pretericion con espresion de causa, cuando el padre dice en su testamento: *Declaro que mi hijo Juan fué ingrato conmigo por este ó el otro hecho* (núm. 2).

1 Se duda si por la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. la pretericion del hijo anulará el testamento del padre, y la resolucion cierta es que haciendo el padre su testamento sin institucion alguna de heredero, valga y el hijo no tenga derecho para decirlo nulo, porque se juzga heredero en virtud de la citada ley; mas si el testador instituyendo á otros por herederos preteriere al hijo, será nulo, el testamento en cuanto á la pretericion, quedando firme todo lo demas (núm. 2. vers. *Dubítatur*).

(2) La misma opinion lleva el erudito Don Francisco Antonio de Elizondo (tom. 1. de su pract. univ. for. pág. 96. núm. 1).

2. El derecho de decir nulo el testamento dura treinta años, que principian á numerarse desde la muerte del testador: pudiendo el juez declarar su nulidad si consta de los autos, aunque no la pida el preterido, quien tiene facultad para adir abintestato la herencia de su padre é intentar la accion de la petition de la herencia contra cualquiera poseedor: de todo lo cual nada se verifica en el desheredado, por competirle únicamente la *querrela* que solo dura el término de cinco años, contándose desde la adición de la herencia (núms. 4. y 18. vers. *Secundò y vers. Tertio*): siendo digno de notar que aunque no convalece por derecho civil el testamento en que el hijo es preterido, cuando falta viviendo su padre, lo contrario sucede por derecho pretorio, siendo instituidos los herederos abintestato (dic. núm. 4. vers. *Quod tamen intellige*).

3. Si algun hijo póstumo fuese preterido, no es nulo el testamento hasta que nazca, porque mientras se halla en el vientre de su madre no se conceptúa hombre; pero verificado su nacimiento, bien sea antes ó despues de muerto el padre, por reservársele para este tiempo todos sus derechos, inmediatamente lo rompe é invalida; bien es verdad que si el preterido nace en vida del padre y muere tambien en vida de este, al punto convalece la disposicion, ya sean instituidos los herederos abintestato, ya los estraños, mediante á que fué válida al principio, y por tanto vuelve fácilmente á cobrar su naturaleza, cuyo fundamento hace que esto no tenga lugar en el hijo preterido que estaba nacido al tiempo del testamento: sin que sea de omitir que por derecho real se requiere para que el póstumo rompa el testamento, la concurrencia de circunstancias que hemos espresado en el núm. 4. cap. 1. (dic. núm. 4. vers. *Quod tamen limita*).

4. Aprobando el hijo el testamento en que se halla prete-

despues otro repudia, no acrece la de éste al comprador ó particular sucesor sino al heredero principal directo; mas en los legados el derecho de acrecer pasa al singular sucesor no al legatario, atento á que en este no residen ningunos derechos directos, y necesariamente la porcion debe acrecer á la porcion (núm. 44).

CAPITULO XI.

De la sucesion contra el testamento.

1. El hijo con arreglo al derecho que tiene en los bienes del padre, cuando este haga testamento ha de ser instituido heredero ó desheredado, porque siendo preterido es de ningun valor su última voluntad (núm. 1. ley 10. tit. 7. y ley 1. tit. 8. part. 6);¹ á no ser que la pretericion se hiciese espresando alguna de las causas justas para la desheredacion, en cuyo caso es válido el testamento por tener la tal pretericion fuerza de desheredacion: y así no probándose la causa compete al hijo la *querrela*, y probada queda en un todo escludido (núm. 3 dic. ley 10). Y entonces ademas de otros casos se verifica pretericion con espresion de causa, cuando el padre dice en su testamento: *Declaro que mi hijo Juan fué ingrato conmigo por este ó el otro hecho* (núm. 2).

1 Se duda si por la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. la pretericion del hijo anulará el testamento del padre, y la resolucion cierta es que haciendo el padre su testamento sin institucion alguna de heredero, valga y el hijo no tenga derecho para decirlo nulo, porque se juzga heredero en virtud de la citada ley; mas si el testador instituyendo á otros por herederos preteriere al hijo, será nulo, el testamento en cuanto á la pretericion, quedando firme todo lo demas (núm. 2. vers. *Dubítatur*).

(2) La misma opinion lleva el erudito Don Francisco Antonio de Elizondo (tom. 1. de su pract. univ. for. pág. 96. núm. 1).

2. El derecho de decir nulo el testamento dura treinta años, que principian á numerarse desde la muerte del testador: pudiendo el juez declarar su nulidad si consta de los autos, aunque no la pida el preterido, quien tiene facultad para adir abintestato la herencia de su padre é intentar la accion de la petition de la herencia contra cualquiera poseedor: de todo lo cual nada se verifica en el desheredado, por competirle únicamente la *querrela* que solo dura el término de cinco años, contándose desde la adición de la herencia (núms. 4. y 18. vers. *Secundò y vers. Tertio*): siendo digno de notar que aunque no convalece por derecho civil el testamento en que el hijo es preterido, cuando falta viviendo su padre, lo contrario sucede por derecho pretorio, siendo instituidos los herederos abintestato (dic. núm. 4. vers. *Quod tamen intellige*).

3. Si algun hijo póstumo fuese preterido, no es nulo el testamento hasta que nazca, porque mientras se halla en el vientre de su madre no se conceptúa hombre; pero verificado su nacimiento, bien sea antes ó despues de muerto el padre, por reservársele para este tiempo todos sus derechos, inmediatamente lo rompe é invalida; bien es verdad que si el preterido nace en vida del padre y muere tambien en vida de este, al punto convalece la disposicion, ya sean instituidos los herederos abintestato, ya los estraños, mediante á que fué válida al principio, y por tanto vuelve fácilmente á cobrar su naturaleza, cuyo fundamento hace que esto no tenga lugar en el hijo preterido que estaba nacido al tiempo del testamento: sin que sea de omitir que por derecho real se requiere para que el póstumo rompa el testamento, la concurrencia de circunstancias que hemos espresado en el núm. 4. cap. 1. (dic. núm. 4. vers. *Quod tamen limita*).

4. Aprobando el hijo el testamento en que se halla prete-

rido, aunque no convalece por derecho civil sí por derecho pretorio, y por tanto en este caso el heredero instituido que se halle incapaz para suceder de otro modo, podrá pedir la posesion de los bienes *secundum tabulas* dentro del término que le está concedido y corre desde el tiempo de la ciencia (núm. 5. en el princ. y núm. 6). La aprobacion del hijo puede ser expresa ó tácita: expresa, como cuando promete no intentar remedio alguno contra el testamento; y tácita, como cuando se abstiene de la herencia; pues consintiendo el hijo en la pretericion ó desheredacion, se conceptúa que renuncia de la herencia y sucesion abintestato, y por el contrario, renunciando de esta parece que aprueba el testamento y consiente en la pretericion ó desheredacion. Pero es de advertir que la aprobacion del hijo preterido no impide á los instituidos que acaso lo estén en menor porcion de la que habian de obtener abintestato, el que digan nulo el testamento en virtud del derecho que á todos se adquirió por el defecto de solemnidad; aunque por la desheredacion solo el hijo desheredado puede intentar la *quærella*, á causa de que por aquella ha sido el único injuriado y no se ha faltado á la forma prescrita (*dic. núm. 6. vers. Et adde.*)

5. De tres modos puede el hijo preterido deducir la nulidad del testamento. El primero, pidiendo principalmente que se declare, é implorando para esto el oficio noble del Juez. El segundo, por vía de escepcion, como si habiendo el hijo adido abintestato la herencia y aprendido la posesion de los bienes, segun puede hacerlo, le pidiese el heredero escrito la herencia. Y el tercer modo es, por vía de replicacion que se deducirá, cuando despues de haber adido el hijo, intente la petition de la herencia contra los herederos escritos ú otro que tenga los bienes; pues si el reo opone el testamento, replicará el hijo preterido asegurando la nulidad de él y conseguirá así la herencia:

con advertencia que puede el hijo preterido acumular ambos remedios; es á saber, pedir que se declare nulo el testamento y se le restituya la herencia (núm. 7).

6. El suyo heredero preterido á consecuencia de transmitir por la potencia de la suidad á cualesquiera herederos la herencia abintestato, por ser inválida la disposicion, trasmite el derecho de decir nulo el testamento para conseguir la misma herencia principalmente ó por incidencia (núm. 8).

7. Si el hijo que renunció con juramento la herencia de su padre fuese preterido ó desheredado, carece absolutamente de remedio contra la disposicion paterna, por cuanto no se le debe legítima alguna; aunque si el padre lo instituye, no obstante la renuncia sucede con el privilegio de suidad (núm. 9).

8. Para que el testamento sea válido no basta que el hijo sea desheredado, porque ademas de esto es indispensable que el padre espresen en la disposicion la causa de la ingratitud que dió motivo á la desheredacion, la cual debe probarse por el heredero para evitar que se rescinda el testamento intentándose la *quærella* (núm. 10. *leyes* 1. 8. y 10. *tít.* 7. *part.* 6):¹ y de tal suerte es necesaria la espresion de causa que faltando, aunque el defecto provenga de no haberlo podido ejecutar el padre de manera alguna, de nada sirve á los herederos el probarla, bien muriese el padre ó la madre con testamento, bien abintestato, bien tuviese noticia de la causa de ingratitud, bien no la tuviese y le faltase tiempo para espresarla: porque la ley la requiere como forma de la desheredacion (núm. 11. *dic. ley* 10).

1 Aunque el padre espresen muchas causas de desheredacion contra el hijo ingrato, le es suficiente al heredero la prueba de una sola (*Letra I. ley* 8. *tít.* 7. *part.* 6).

9. Aunque las causas de ingratitud por las que el hijo puede ser desheredado son catorce, que se numeran en las *leyes* 4. 5. 6. y 7. *tít. 7. part. 6.*, procederá también la desheredación por otras iguales ó mayores; bien que ninguna causa puede ofrecerse que no se comprenda en la segunda de las dichas catorce (*núm. 12.*)¹ Y por las mismas causas que se puede desheredar al hijo, se le pueden negar en vida los alimentos (*núm. 13. ley pen. tít. 19. part. 4.*)²

10. Consintiendo el hijo ó hija en que el padre ó la madre lo deje preterido ó desheredado, ni puede intentar el remedio de la nulidad, ni el de la *querrela*, sin embargo de que esta causa no se espese en el testamento: porque cuando la solemnidad no se exige por la utilidad pública para que no se cometan falsedades como la de testigos y otras semejantes, sino principalmente por favor de alguna persona, según acontece en el presente caso, puede esta renunciarse. Y aunque parece que el dicho consentimiento había de ser de ninguna consideración, por ser en efecto un pacto de no suceder que se halla prohibido y no vale si no se hace con juramento, en atención á que se renuncia un derecho de futuro; con todo, no se opone esta objeción, por cuanto la cuestión procede en el caso de que intervenga el consentimiento del hijo ó hija al tiempo de hacerse el testamento, en cuyo acontecimiento la renuncia se verifica de un derecho de presente que es el título de la institución debida cuando se testaba: de lo cual se infiere que si

¹ La opinión contraria es más verdadera por la *ley 8. tít. 7. part. 6.* cuyas son estas palabras: *Mas si por otra alguna razón cualquiera que no fuese de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre al hijo, no valdría el tal desheredamiento (núm. 12).*

² Esto no se entiende de los alimentos necesarios para conservar la vida (*núm. 13.*)

el hijo ó hija renunciase del título de institución después de algún intervalo y no en el tiempo que se hacía el testamento, será de ningún momento la renuncia (*núm. 14.*)

11. La *querrela* de inoficioso testamento se da contra el heredero instituido y contra el fideicomisario universal; y si habiéndose intentado contra el heredero gravado antes de restituir la herencia, obtuvo el hijo, perjudica la sentencia al fideicomisario, contra quien debe proseguirse la instancia, siempre que pendiente el pleito se le hiciese restitución de la herencia, así como ha de intentarse contra él la *querrela*, cuando antes de moverse el pleito se hizo la restitución: debiéndose si esta fué de parte de la herencia, intentarse la *querrela* y rescindirse el testamento solamente con respecto á ella (*núm. 15.*)

12. Pero no se da la *querrela* contra el particular sucesor ó legatario á causa de ser un juicio universal; pudiendo muy bien el hijo desheredado que propuso la *querrela* contra el heredero y obtuvo, intentar contra los legatarios á quienes este satisfizo el remedio posesorio *adispiscendæ* ó la petición de la herencia existiendo las cosas en su especie, mediante á que el tal título de legado no se tiene por título (*dic. núm. 15. vers. Juxta quod.*)

13. La *querrela* se trasmite á los hijos y descendientes por derecho de sangre, aunque en vida no la hubiese propuesto ni intentado el hijo; mas no la trasmite á los extraños, si no se hubiese á lo menos preparado (*núm. 17.*)

14. Sin embargo de que en la *ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Recop.* se dispone que todas las cosas contenidas en el testamento sean válidas y firmes, aunque no se ada la herencia, es necesaria la adición para que se confirme la desheredación, porque la citada ley tiene lugar únicamente en la disposición dispositiva

como legado ó fideicomiso, no en la disposicion privativa como la desheredacion (núm. 18).¹

15. La *querrela* puede proponerse de dos modos: principalmente diciendo el hijo como lo es legítimo del difunto, que fué desheredado sin justa y verdadera causa contra el oficio de piedad, y escluido de la sucesion que le era debida por todo derecho, y que por tanto pide al juez la rescision del testamento para poder suceder abintestato: y por incidencia ó vía de escepcion, pues si acaso el hijo desheredado se halla en la posesion de los bienes y el heredero escrito intenta contra él la peticion de la herencia, podrá oponer la desheredacion espresando lo que va referido, y obtendrá de esta suerte: sin que sea de omitir que en uno y otro caso ha de proponerse la *querrela* dentro de un quinquenio por la razon espuesta en el núm. 5. cap. 6. tom. 2. de este comp. (núm. 20).

16. Si la causa de ingratitud que dió motivo á la desheredacion, se prueba por el heredero, ó el hijo hace renuncia de la *querrela* espresa ó tácitamente por el trascurso del tiempo, de ningun modo compete al nieto por su propia persona el remedio de la nulidad ó de la *querrela*, y queda escluido absolutamente: ya porque el padre tan solo se halla obligado á instituir ó desheredar para la validacion del testamento al descendiente que se halla en primer grado, y ya porque únicamente puede romper el testamento por la *querrela* aquel á quien se debe la legítima (núm. 21).²

1 Aunque esta doctrina sea cierta segun el derecho comun y de Part. la contraria es mas conforme á la citada ley, como prueban latamente Matienzo (en *dic. ley 1. glos. 14. núm. 40. y sig.*), Gutierrez, Acevedo y Pichardo (núm. 18).

2 Es de temer que atendida la equidad de nuestro derecho y de nuestros tribunales se observe en un todo esta doctrina, mayormente cuando el señor Salgado citado por el Aillon (núm. 21.) impugna al Gomez en el *Laber. 2. part. cap. 25. con particularidad en el núm. 17.*

17. La legítima de los hijos, sean muchos ó pocos, es siempre por nuestro derecho como ya se ha dicho, todo el patrimonio del padre esceptuando el quinto; y por tanto es inútil al presente la cuestion, de si el hijo desheredado se compute ó no en el número de los hijos para aumentar ó disminuir la legítima de los demas (núm. 22).

18. El hijo instituido en menor porcion que la que corresponde á su legítima, no puede valerse de la *querrela* para impugnar la disposicion; pero sí solicitar que se le supla la legítima de los bienes del padre, aunque este lo prohibiese en su testamento, ó el desheredado hiciese en favor de sus hermanos ó herederos liberacion general de lo que recibió, pues no se perjudica, si no es que prometa espresamente no pedir el suplemento de la legítima. Este puede pedirse contra el heredero y legatarios á prorata con la condicion *ex lege Omnimodo C. de inofic. testam.* que dura treinta años á causa de ser personal ó *in rem scripta*, y se trasmite á los herederos con su naturaleza ó cualidad: de suerte que si el hijo se hallaba en la patria potestad, se trasmite á cualesquiera: si era emancipado ó se habla de la sucesion de la madre, solamente á los descendientes por la potencia de la sangre; y si muere dentro del año, tambien á cualesquiera por el beneficio de deliberar (núm. 23).

19. Dejándose al hijo su legítima bajo alguna condicion, dilacion ú otro cualquiera gravámen, se tiene por no puesto *ipso jure* para que el testamento no se evierta: teniendo lugar esta doctrina en todos los ascendientes á quienes se debe la legítima, y aun en el caso de que instituya á un extraño el padre y lo grave á que despues de algun tiempo ó verificada cierta condicion restituya toda la herencia á su hijo, sin embargo de la utilidad que este consigne posteriormente en percibir mas de su legítima; y así la condicion ó tiempo se tiene por no

puesto respecto de esta que al punto se le ha de restituir, y se ha de esperar respecto de los demas bienes; bien que hoy seria nulo el testamento en el presente caso, por no dejarse la legítima con el título de institucion (núm. 24. ley 17. tít. 1. y ley 1. tít. 4. part. 6).

20. Asimismo en atencion á que todo gravámen se tiene por no puesto *ipso jure* en la legítima, instituyendo el padre al hijo por heredero universal con el cargo de que despues de su muerte si falleciese sin hijos, restituya á otro todos sus bienes, no obstante que muera sin hijos, podrá disponer de la legítima, aunque sea en favor de un estraño, y los demas bienes deberán dejarse al fideicomisario, sin que pueda perjudicar al hijo gravado que ada ó se mezele llanamente en los bienes del padre, que calle perpetuamente y no lo contradiga, ó que haga en favor del fideicomisario liberacion de lo que ha recibido, á no ser que prometa especialmente cumplir el gravámen así en orden á la legítima como en orden á los demas bienes: todo lo cual procede en el ascendiente que sin facultad real gravase al descendiente en que tenga ciertos bienes que componen la legítima por derecho de mayorazgo, para que despues de su muerte como indivisibles é inalienables sucedan en ellos perpetuamente todos los que fuesen llamados, si no es que los hijos y descendientes poseyesen los dichos bienes unidos y vinculados por tiempo inmemorial (núm. 25. ley 41. de Toro).

21. Tambien con arreglo á lo espuesto si el padre instituye al hijo por heredero universal, dejando el usufructo de todos los bienes á su muger ó á un estraño por el tiempo de su vida, valdrá únicamente el legado del usufructo en los bienes que escedan la legítima (núm. 26). Y finalmente de tal modo se ha de despreciar el gravámen con que se deje la legítima, que aunque sea favorable al hijo no ha de tenerse en consideracion (núm. 72).

22. No es propio de la legítima necesaria el que se tenga por no puesto el gravámen con que se deje, si no es tambien de la voluntaria por suceder en lugar de aquella: en cuya atencion instituyendo el padre en alguna cosa ó cantidad al hijo que renunció de la sucesion paterna con juramento, ó al hijo espurio que impetró del Príncipe la legitimacion para suceder solamente en lo que el padre ó madre quiera dejarle, se tiene por no puesto el gravámen que le imponga (núm. 28).¹

23. Lo que hemos dicho de la condicion bajo la cual se deje la legítima, debe estenderse á la potestativa y fácil de cumplirse por el hijo (núm. 29); esceptuando aquella facilísima *si quisiere*, porque de ningun modo estingue la suidad que ecsiste en el hijo, sino la necesidad precisa de mezclarse en los bienes segun dispuso el derecho pretorio, y de consiguiente ningun gravámen induce (núm. 30).

24. Si alguno se conviene con sus hermanos en que ha de percibir menor porcion que la que corresponde á su legítima, ó toda esta con algun gravámen, consintiendo el padre ó la madre de cuya sucesion se trata, y perseverando hasta su muerte, es válido el dicho convenio, bien se haga en el acto de testar, bien antes, bien despues (núm. 31. *vers. Secundò præterquam*).²

25. Cuando el hijo gravado en la legítima repudia y tiene sustituto ó coheredero, se trasfiere á estos el gravámen, porque la legítima repudiada no se dice mas *legítima*, y con la mutacion de la persona se muda la cualidad de la cosa (núm. 33).

26. Los mismos remedios que competen al hijo constituido en la patria potestad contra el testamento del padre, competen

¹ Véase al Suarez letra Q que lleva fundadamente lo contrario.

² Lo demas de este número es indudable y no necesita de espresarse por la doctrina contenida en el núm. 10 de este cap. y comp.

al hijo emancipado, de forma que en cuanto al efecto de suceder por testamento, abintestato y contra el testamento, ninguna diferencia hay entre ellos. En cuanto á otros particulares sí median entre uno y otro varias diferencias, y así (omitiendo otras diversidades que anteriormente quedan espuestas) el hijo constituido en la patria potestad no puede comparecer en juicio sin licencia de su padre, y le adquiere el usufructo de los bienes adventicios á este, en quien reside la administracion legítima de la persona del hijo y de sus bienes, de lo cual nada se verifica en el hijo emancipado (núm. 34).

27. Si el hijo es preterido ó desheredado sin causa por la madre ó algun ascendiente de su línea, no subsiste la disposicion, y si lo fué con causa le compete la *querella*, segun dijimos quando la pretericion ó desheredacion es por el padre ó ascendiente paterno (núm. 35). Y esto mismo acontece en favor del padre, madre ó ascendientes de ambas líneas (que pueden desheredarse por ocho causas contenidas en la *ley 11. tit. 7. part. 6.*) siendo preteridos ó desheredados por sus descendientes, los cuales por la *ley 5. de Toro* aun constituidos en la patria potestad pueden hacer testamento teniendo la edad legítima. Esta doctrina se confirma con la *ley 6. de Toro* (hoy la *1. tit. 8. lib. 5. de la Recop.*), de la cual se infiere no tan solo que los emancipados é hijos que están en la potestad suceden sin diferencia á sus ascendientes contra sus testamentos, sino es tambien por el contrario los ascendientes á sus descendientes con los mismos remedios de que gozan los descendientes que no se hallan en la potestad: debiendo estenderse esta doctrina al caso de que el hijo haga testamento de los bienes castrenses y cuasicastrenses, por hallarse hoy sujetos á la *querella* como lo acredita la citada ley 6. por aquellas palabras: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean* (núm. 36).

28. El hermano preterido ó desheredado sin causa ó con ella, aunque es heredero abintestato, no tiene remedio alguno contra el testamento, porque la obligacion de instituir ó desheredar se versa únicamente respecto de los descendientes y ascendientes; bien que esto no puede correr quando el hermano instituye una persona torpe, pues entonces el hermano, germano ó consanguíneo (y no el uterino, hijo de hermano ú otro cualquiera consanguíneo) puede romper el testamento mediante la *querella* en un todo y no solamente en parte á no ser que la tal persona torpe hubiera de suceder abintestato faltando testamento, ó el dicho hermano hubiese cometido contra su hermano alguna de las tres causas de ingratitud que espresa la *ley 12. tit. 7. part. 6. vers. Pero*, y no es necesario inserir en el testamento, sino es que se pruebe por la persona torpe instituida. Tambien tiene lugar la ruptura del testamento en un todo, siendo instituido el hermano en su legítima que era y es hoy la cuarta parte de los bienes, como la persona torpe sea instituida en lo demas.¹ Y en el caso de que sean muchos los instituidos de los cuales uno es persona torpe, podrá el hermano rescindir el testamento con respecto á la parte de aquella, si no es que repudia, en cuyo caso acrecerá á los coherederos y nada pertenecerá al hermano: sin que sea de omitir que muriendo alguno abintestato podrá sucederle el hermano, no obstante que hubiese cometido contra él alguna de las tres causas de ingratitud (núm. 37. *ley 12. tit. 7. y ley 2. tit. 8. part. 6.*).

1. A los hermanos y consanguíneos no se debe legítima, pues si se hace testamento, no hay obligacion de dejarles cosa alguna, y si suceden abintestato, percibirán todos los bienes con la carga del funeral y sufragios correspondientes al pais, calidad, caudal y circunstancias del difunto (*ley 16. tit. 4. lib. 5. de la Novis. Recop.*).

29. Por persona torpe se entiende cualquiera infame de derecho; v. gr. el condenado por sentencia á causa de haber cometido algun delito público, ó privado, como fuese de injuria, de hurto y arrebatamiento de bienes, ó por haber cometido dolo en los cuatro contratos de sociedad, depósito, tutela y mandato; el usurero público ú oculto, y el que tenga dos mugeres, dos esposas, ó muger y concubina. Tambien se dice persona torpe en nuestra materia el infame con infamia de hecho, cuya opinion por razon de su oficio, vida ó costumbres se halla manchada entre las personas graves y honestas: la propia metretiz ó concubina, el hijo espurio de algun sacerdote (no otro cualquiera simplemente natural, por no ser tan odioso ni reprobado), el jugador, el borracho, el alcahuete, el ganapan,¹ el representante ó persona que por el interes hace ostencion al pueblo de alguna habilidad suya ó espectáculo, y otros cuya designacion queda al arbitrio del juez (núm. 38): siendo digno de notar que en el fuero de la conciencia puede cualquiera instituir á un extraño persona honesta y de buena opinion, y preterir al hermano y consanguíneo pobre, porque segun la ley ninguna legítima se le debe (núm. 39).²

¹ En atencion á que S. M. ha declarado por su Real Cédula de 18 de Marzo de 1783, que el oficio de curtidor, de sastre, de zapatero y otros á este modo son honestos y honrados, y que su uso no envilece al que los ejerza ni á su familia, con otras varias declaraciones favorables á dichos oficios, no se tendrán por infames ni en la presente materia ni en otra alguna los mozos de cordel, los ganapanes y cualesquiera otros que aunque ejerzan mecanismo en grado superior, se ocupen en cosa por sí inocente y beneficiosa al Estado (Véase al Señor Elizondo en el 4. tom. de su Práct. univ. for. pág. 193. núm. 76. y pág. 208. núm. 98).

² La contraria opinion lleva el Autor en la ley 8. de Toro núm. 4. (núm. 38).

CAPITULO XII.

De los legados.

1. Explicada la materia universal de las últimas voluntades se ha de hablar finalmente de los legados. Por derecho antiguo se diferenciaban estos de los fideicomisos así en la forma como en el efecto; y aunque subsiste la diferencia en cuanto á lo primero, porque el legado se deja inmediatamente dirigiendo las palabras al mismo legatario; v. gr. *lego á Francisco ciento*; y el fideicomiso se deja con palabras oblicuas dirigiéndolas al heredero y gravándolo á dar alguna cosa á otro; se derogó la diferencia en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y fideicomisos, de suerte que cuanto tenga lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (núm. 1).

2. El legado es cierta donacion que se deja por el testador y ha de prestarse por el heredero (núm. 3.) la cual puede hacerse solamente con señales que manifiesten la voluntad de aquel, como por ejemplo el movimiento de la cabeza ó de los hombros: debiendo el escribano ó notario escribirlas para que despues se pueda probar y colegir el ánimo del difunto (núm. 2).

3. Si el testador entrega el legado al legatario sin expresar que lo hace por causa de haberlo antes dejado en su testamento, se convierte en una donacion pura y por todos conceptos se reputa tal; pero si lo entrega con expresion de la causa referida permanece legado, teniendo lugar en él cuanto se halla dispuesto sobre este, aunque el dominio pasa al legatario que lo recibe por el título general *pro suo* á causa de haberse dejado anteriormente, como cuando el deudor bajo condicion paga antes de verificarse esta; asimismo en el medio tiempo antes de la muerte del testador lucra los frutos (núm. 4).

29. Por persona torpe se entiende cualquiera infame de derecho; v. gr. el condenado por sentencia á causa de haber cometido algun delito público, ó privado, como fuese de injuria, de hurto y arrebatamiento de bienes, ó por haber cometido dolo en los cuatro contratos de sociedad, depósito, tutela y mandato; el usurero público ú oculto, y el que tenga dos mugeres, dos esposas, ó muger y concubina. Tambien se dice persona torpe en nuestra materia el infame con infamia de hecho, cuya opinion por razon de su oficio, vida ó costumbres se halla manchada entre las personas graves y honestas: la propia metretiz ó concubina, el hijo espurio de algun sacerdote (no otro cualquiera simplemente natural, por no ser tan odioso ni reprobado), el jugador, el borracho, el alcahuete, el ganapan,¹ el representante ó persona que por el interes hace ostencion al pueblo de alguna habilidad suya ó espectáculo, y otros cuya designacion queda al arbitrio del juez (núm. 38): siendo digno de notar que en el fuero de la conciencia puede cualquiera instituir á un extraño persona honesta y de buena opinion, y preterir al hermano y consanguíneo pobre, porque segun la ley ninguna legítima se le debe (núm. 39).²

¹ En atencion á que S. M. ha declarado por su Real Cédula de 18 de Marzo de 1783, que el oficio de curtidor, de sastre, de zapatero y otros á este modo son honestos y honrados, y que su uso no envilece al que los ejerza ni á su familia, con otras varias declaraciones favorables á dichos oficios, no se tendrán por infames ni en la presente materia ni en otra alguna los mozos de cordel, los ganapanes y cualesquiera otros que aunque ejerzan mecanismo en grado superior, se ocupen en cosa por sí inocente y beneficiosa al Estado (Véase al Señor Elizondo en el 4. tom. de su Práct. univ. for. pág. 193. núm. 76. y pág. 208. núm. 98).

² La contraria opinion lleva el Autor en la ley 8. de Toro núm. 4. (núm. 38).

CAPITULO XII.

De los legados.

1. Explicada la materia universal de las últimas voluntades se ha de hablar finalmente de los legados. Por derecho antiguo se diferenciaban estos de los fideicomisos así en la forma como en el efecto; y aunque subsiste la diferencia en cuanto á lo primero, porque el legado se deja inmediatamente dirigiendo las palabras al mismo legatario; v. gr. *lego á Francisco ciento*; y el fideicomiso se deja con palabras oblicuas dirigiéndolas al heredero y gravándolo á dar alguna cosa á otro; se derogó la diferencia en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y fideicomisos, de suerte que cuanto tenga lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (núm. 1).

2. El legado es cierta donacion que se deja por el testador y ha de prestarse por el heredero (núm. 3.) la cual puede hacerse solamente con señales que manifiesten la voluntad de aquel, como por ejemplo el movimiento de la cabeza ó de los hombros: debiendo el escribano ó notario escribirlas para que despues se pueda probar y colegir el ánimo del difunto (núm. 2).

3. Si el testador entrega el legado al legatario sin expresar que lo hace por causa de haberlo antes dejado en su testamento, se convierte en una donacion pura y por todos conceptos se reputa tal; pero si lo entrega con expresion de la causa referida permanece legado, teniendo lugar en él cuanto se halla dispuesto sobre este, aunque el dominio pasa al legatario que lo recibe por el título general *pro suo* á causa de haberse dejado anteriormente, como cuando el deudor bajo condicion paga antes de verificarse esta; asimismo en el medio tiempo antes de la muerte del testador lucra los frutos (núm. 4).

4. Al legatario se deben todos los frutos percibidos por el heredero, muerto el testador antes ó despues de la adición, por retrotraerse al tiempo de la muerte; mas no se deben los percibidos por el mismo difunto, en atención á que consta de su voluntad que antes no quiso obligarse; sino es que legó la cosa con sus frutos y emolumentos (núm. 5).

5. Consistiendo el legado en cosa cierta en especie, pasa *ipso jure* despues de la muerte del testador el dominio al legatario sin tradición alguna, y de consiguiente le compete la reivindicación, siempre que el difunto fuese dueño de la cosa; pues si solamente era poseedor de buena fé no se trasfiere mas que el cuasi dominio y acción publiciana, que tampoco se traspa al legatario, si el testador tenia la cosa sin título, ó título sin habersele entregado la cosa, por no competarle entonces á este, ni uno ni otro. Y ademas de la reivindicación compete al legatario la acción personal é hipotecaria aun despues de la ley 1, tít. 4. lib. 5, de la Recop. en la que se dispone que se deban los legados, aunque no se ada la herencia: porque sin embargo de que no interviniendo adición, no hay cuasi contrato del cual resulta la acción ú obligación personal entre el heredero y legatario, ni acción hipotecaria mediante á que no puede subsistir sin la personal, compete á este último una acción personal dativa que se llama *condictio ex lege* ó á lo menos el oficio del juez, á los cuales se agrega la hipotecaria. Asimismo consistiendo el legado en servidumbre ú otro derecho incorporal, *ipso jure* se traspa sin tradición; pero si el legado consiste en una cosa en género ó en cantidad tan solo, competen al legatario las acciones personal é hipotecaria, no la reivindicación por no transferírsele el dominio antes de la entrega (núm. 7).

6. No vicia el legado el error respecto de la cosa legada

en el nombre propio impuesto por beneplácito de algun particular, como por algun motivo conste del legado, porque con la voluntad solamente puede mudarse; mas si lo vicia el error que consiste en el nombre apelativo ó comun impuesto por la misma naturaleza ó derecho de gentes, á no ser que la cosa legada se halle presente y manifiesta, como si el testador diga de un buey: *lego este presente caballo*; porque la presencia y vista de la cosa quita todo defecto y error (núm. 9. ley 28. tít. 9. part. 6).

7. El legatario pierde la cosa legada ocupándola por su propia autoridad despues que el heredero ha adido la herencia y tomado la posesion de la cosa legada, porque pretende causa lucrativa y ofende la libertad del testador; si bien es cierto que aquel que ocupa por su propia autoridad la cosa propia ó debida por otro título, no pierde su derecho si no es que interviene violencia espulsiva: debiendo limitarse la espuesta doctrina en el caso de que el testador diese licencia al legatario para que la ocupase autoritativamente, pues no incurre entonces en pena alguna; como asimismo en caso de que este, sea ejecutor del testamento, mediante á que del mismo modo que tiene facultad para pagar á otros la tiene para pagarse á sí mismo (núm. 10).

8. Como valen los legados y todo lo demas contenido en el testamento y codicilos, aunque no se ada la herencia por testamento ni abintestato, segun dispone la citada ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Recop. y hemos dicho en varios lugares, no tendrá lugar en el dia la cuarta falcidia (núm. 11. vers. *Hodie tamen*).¹

¹ Siguen esta opinion Spino y Cevallos, pero lo contrario juzgan mas probable y verdadero el Señor Molina (*de primog. lib. 1. cap. 17. núm. 10.*) Matienzo, Pichardo, el Señor Castillo y otros muchos autores (*núm. 13. vers. Hodie Falcidiam*).

9. No tan solo puede reconvenir el legatario al heredero ó herederos, sino tambien al albacea si acaso lo nombró el difunto, para que pida la cosa legada al heredero, ó la tome de la herencia y la entregue, aunque no se le deje ningun lucro, por bastar solo la aceptacion del oficio que se le impuso: advirtiéndose que los ejecutores testamentarios no pueden por su propia autoridad tomar los bienes hereditarios, venderlos y pagar con su valor sino es que el testador lo mande ó permita, ó son ejecutores universales constituidos por el difunto para distribuir los bienes entre pobres; bien es verdad que no obstante la licencia del testador, los albaceas particulares deben antes requerir á los herederos, preguntándoles en qué bienes, de qué modo ó forma se puede cumplir la voluntad del difunto para que se les perjudique lo menos que ser pueda (núm. 12).

10. Si el difunto legó alguna cosa agena con ciencia de serlo (cuya prueba incumbe al legatario por ser causa de su intencion), vale el legado, mas si ignorándolo sucede lo contrario, siempre que el legatario no sea conjunta persona dentro del décimo grado, sirviente propio ó amigo muy íntimo, porque se presume que aun sabiendo ser agena, legaria á todas estas personas (núm. 13).

11. Legando el testador la cosa de su heredero, bien sea con ignorancia, bien sin ella, vale el legado, aunque no se transfiera *ipso jure* el dominio en el legatario, como si hubiese legado una cosa propia, y debe restituir la cosa legada el heredero que fué gravado especialmente á ello; pues si habiendo muchos herederos todos son gravados llanamente á la restitucion de la cosa de uno, este queda obligado tan solo á prestar la cosa ó su estimacion á proporcion de su parte hereditaria, quedando libres los demas herederos por lo respectivo á las otras partes, si la cosa se dejó con ignorancia por ser agena, no de otra suerte (núm. 14).

12. Cuando el testador lega llanamente la cosa en que solo tiene alguna parte ó derecho, este se conceptúa legado únicamente, bien sea real, bien personal, bien se deje el legado á persona conjunta, bien á persona estraña, bien con ciencia, bien con ignorancia de aquel; aunque sí pertenecerá enteramente al legatario, si el testador la legase toda, ó toda la consiguiese despues, á no ser que aquel hiciese espresion del dominio ó derecho diciendo: *lego mi cosa ó el derecho que me pertenece*. Y en tanto es esto verdad, que aun sin embargo de que el tal derecho se estinga con la muerte, no se estiende á mas el legado: por cuyo fundamento si el testador lega llanamente la cosa en que tan solo tiene el usufructo, se contempla legado este únicamente, y de consiguiente como ha de perecer con su muerte, nada se debe al legatario; mas siendo la cosa agena y teniendo en ella tan solo la detencion ó posesion el testador, se debe recurrir á la mencionada distincion de si es sabedor ó ignorante: bien entendido que esta doctrina se estiende tambien al caso de que el derecho del testador no sea adquirido de presente sino debido por alguna esperanza probable; de lo cual se infiere que si instituye muchos herederos, ó impone á uno de ellos el gravámen de que preste á otro una cosa hereditaria, se considera gravado solamente á dar su parte sin obligacion de redimir las demas de sus coherederos (núm. 15).

13. El aumento que tenga la cosa legada propia del testador, pertenece al legatario siempre que no conste de la voluntad contraria de aquel; pero si se lega la cosa agena con ciencia de serlo, ni el aumento ni la estimacion de este le pertenecia. Asimismo la disminucion de la cosa legada es en perjuicio del legatario, y por tanto si el testador enagena parte de la que legó, lo que resta se debe al legatario: siendo digno de adver-

tir que legando el testador algun oficio, que habian de comprar los herederos, como antes de que estos hagan la entrega; lo compre el legatario, podrá recuperar de ellos el precio y todos los gastos, asi necesarios como acostumbrados á hacerse para tomar la posesion del oficio y ejercerlo (núm. 16).

14. Los herederos están obligados á pagar los legados con respecto á sus porciones hereditarias, del mismo modo que tienen que satisfacer las deudas del difunto, y de suerte que aunque alguno no tenga para pagar, los otros no quedan gravados: debiendo esto entenderse aun cuando los herederos fuesen muchos y el testador hubiese dicho: *mi heredero pague á Francisco ciento*; y aun siendo reconvenidos con la accion hipotecaria por las cosas del difunto; pero debe limitarse en varios casos. El primero, cuando el testador mencionó á los herederos no con nombres apelativos sino con los propios, pues entonces quedan obligados por partes iguales, y si son llamados con ambos nombres, se ha de mirar al que precede (*Véase la nota del cap. 5. y núm. 19. de este comp.*) El segundo, cuando son gravados tan solo algunos herederos, porque estos satisfarán los legados únicamente, atendiéndose la espuesta distincion. El tercero, cuando el difunto gravó á los herederos alternativamente diciendo: *mando á Diego y á Manuel mis herederos, que den cierta cosa á Pedro*; en cuyo caso cada uno de ellos queda obligado *in solidum*, de modo que el legatario puede reconvenir á cualquiera, y si alguno paga no puede pedir la parte al coheredero, sino que la porcion de aquel no fuese suficiente para la satisfaccion; bien que si la alternativa se pone entre los legatarios, se resuelve en conjuntiva y á cada uno se debe la mitad, á no ser que pertenezca al heredero la eleccion de pagar á quien quiera. El cuarto, en el legado individuo en que todos quedan obligados. Y el quinto, cuando el legado consiste en

cosa y especie cierta cuyo dominio pertenece al legatario y la posee un solo heredero; pues este únicamente puede ser reconvenido con la accion reivindicatoria ó hipotecaria por la misma cosa y no por otras del testador (núm. 17).

15. Si teniendo el testador muchas cosas de un mismo género, pero de diverso valor, v. gr., muchos caballos ó fundos, lega uno á un amigo y otro á otro, siempre que haya discordia, deberá elegir el que primero fué mencionado, por juzgarse el mas querido del difunto (núm. 18).

16. Legando el testador simplemente doscientos al hijo ó hija que se espera nacer, aunque nazcan muchos no se deben mas de unos doscientos que han de dividirse entre ellos; pero si se legan distributivamente diciendo: *si algun hijo ó alguna hija nazca, le lego doscientos*; á cada uno se debe esta cantidad. Y lo mismo sucede cuando el testador lega en plural á sus hijos ó á los hijos de algun tercero que se esperan nacer, la dicha cantidad, siempre que se use de alguna diction distributiva: porque en caso de duda la proposicion indefinida que equivale á universal, se ha de entender colectivamente, sin que haya diferencia en cuanto á este punto entre los hijos nacidos y los que se esperan nacer (núm. 19).

17. Si el testador lega á uno alguna cosa simplemente *in solidum*; y despues la lega á otro del mismo modo, se ha de dividir entre los dos por partes iguales, y si el uno sucede al otro, puede aceptar la cosa por su persona y repudiarla por la del colegatario ó al contrario, si acaso respecto de una se impuso gravámen y no respecto de la otra; si no es que conste manifiestamente haber querido el difunto que uno consiguiese la cosa y otro su estimacion, pues entonces el legatario que sucede al otro, ambas cosas puede conseguir por hacer las veces de dos. Lo propio sucede cuando una misma cosa se lega á di-

versos en diferentes testamentos y uno sucede al otro, mediante á que por un testamento obtiene la cosa y por otro su estimacion. No obsta el concurso de dos causas lucrativas, porque no se verificó originalmente en una persona (núm. 20).

18. La parte cuotitativa de bienes, v. gr., la tercera ó cuarta que lega el testador á cierta persona, se ha de satisfacer de los bienes propios hereditarios, sin que el heredero tenga arbitrio de pagar con estos ó con la estimacion, segun acontecia por derecho romano. Esto se comprueba eficazmente con la ley 20. de Toro (hoy la 4. tít. 6. lib. 5. de la Recop.), en la que se halla dispuesto que el hijo mejorado en el tercio de sus bienes ó el extraño á quien se deja el quinto, obtengan uno y otro en los bienes hereditarios, y que los demas hijos ó nietos no puedan decir que quieren pagarlo en dinero. Y aunque la citada ley habla únicamente en el caso de que el padre haga testamento entre sus hijos ó descendientes, instituyéndolos por herederos y mejorando á alguno en el tercio ó dejando el quinto á un extraño, se debe estender al caso de que el testador instituya á una persona extraña y á otra deje una parte cuotitativa de bienes, en atencion á que la ley nueva que habla sobre un particular se estiende á los demas semejantes: mayormente cuando es de creer que precisando la ley á los hijos ó descendientes á entregar el quinto en los bienes hereditarios con mas motivo precisaria á un extraño á satisfacer en estos la parte cuotitativa cualquiera que sea, pues la referida ley habla solamente del quinto, porque habiendo descendientes no se puede dejar mas á un extraño (núm. 21).

19. Los frutos de la cosa legada se deben desde la muerte del testador, si fué propia de este y consiste en especie, por cuanto pasa el dominio inmediatamente al legatario: si consiste en cosa genérica ó agena, no se deben sino desde el tiempo de la

mora por no trasferirse el dominio, sucediendo lo propio por la misma razon en la cuota ó parte de bienes legada; y últimamente si el legado consiste en universidad como en un hato de ganado, se deben los frutos desde el tiempo de la muerte, ó por mejor decir, desde el tiempo que se hizo el testamento, porque se reputa un mismo cuerpo y legado, de forma que el legatario no puede aceptar una res y repudiar otra (núm. 22).

20. Si el testador lega un hato propio en el cual se halla cierta cabeza agena bien lo sepa, bien lo ignore, no se entiende legada esta, así porque legado el hato no se conceptúa legada cada una de sus cabezas, como porque en duda se presume legar tan solo el derecho que se tiene; mas si por el contrario, todas las cabezas son ajenas á escepcion de una, ignorándolo el testador, no se debe mas que la propia, y teniendo ciencia todas se deben ó su estimacion (núm. dic. vers. Circa quod).

21. Cuando el testador deja algun legado inútilmente por falta de solemnidad ó por otra causa, y despues en otra disposicion solemne lo repite diciendo: *item lego ciento ó tal cosa*; se juzga repetido y confirmado el primer legado inútil. Y si precediendo un legado útil ó inútil, se sigue otro á favor de la misma persona ó de otra diversa con alguna diction que induzca repeticion, la cualidad del primer legado v. gr., una condicion, se conceptúa repetida en el segundo; pero esto debe entenderse cuando es de tal clase la cualidad que muy bien se puede poner respecto de ambas personas en género, y así mismo cuando se deja el segundo legado con una oracion imperfecta, como si el testador dijese: *lego á Francisco un caballo y además lego al mismo ó á Pedro un buey*. Tambien se entiende repetida la cualidad hallándose en el segundo legado y no en el primero: de todo lo cual se colige que si un testigo hizo alguna declaracion nula en cierta causa, y despues en la

misma ó en otra diversa se refiere á lo que antes declaró, vale su dicho (núm. 23).

22. Puede legarse la cosa que no ecsiste; pero se espera ecsistir, así como se puede vender, donar &c.; y aunque el tal legado es condicional con respecto á la accion ú obligacion, por cuanto no nace hasta que la cosa ecsista, mediante la tácita condicion intrínseca legal, no lo es para impedir la trasmision (núm. 24).

23. Poníendose alguna carga ó gravámen en el legado tan solo es válido en lo que resta despues de cumplido el gravámen: en cuya atencion si al hijo incapaz de adquirir fuera de cierta parte de bienes ó de los alimentos se le deja algo mas gravándolo en el exceso, valdrá sin duda el legado: lo cual se confirma con que en el contrato de venta se debe la alcabala con respecto al precio en que el vendedor queda deducidas todas las espensas que hizo (núm. 25).¹

24. Si el deudor lega al acreedor la deuda y á este no se le sigue utilidad, es de ningun momento el legado; mas siguiéndosele sucede lo contrario. Bajo de este supuesto valdrá el legado de la deuda si esta era condicional ó *in diem* y el legado puro ó hecho simplemente: si al deudor competia alguna escepcion: si la deuda consistia en cierta cosa ó especie, porque legándose se trasfiere el dominio: y en otros casos semejantes: siendo digno de advertir que aunque el legado de una deuda pura y líquida, cuya prescripcion corre, sea nulo, no obstante se interrumpe esta, mediante á que se confiesa la deuda (núm. 26).

25. Legando el deudor alguna cosa al acreedor, no se en-

¹ Por la ley 1. tit. 17. lib. 9. de la Recop. es cierto que la alcabala debe deducirse de todo el precio (núm. 18. vers. Licet. quæstio).

tiende que lo hace con el ánimo de compeusar, siempre que la deuda sea voluntaria, como la que dimana de hecho propio ó contrato, y así el acreedor podrá pedir uno y otro, segun se verifica dejando algun legado el marido á la muger, pues no se compensa con la dote, aunque legase la misma suma en número ó cantidad en que esta consiste. Y lo mismo sucede cuando el deudor lega al acreedor alguna cosa hipotecada por la deuda. Pero siendo la deuda necesaria se discurre que se deja el legado con la intencion de compensar, si no consta de lo contrario: por cuyo fundamento legando el padre al hijo ó á la hija, parece que les deja la legítima, ó que compensa con la dote que por ley tiene obligacion de dar á esta; sin que de aquí pueda inferirse que el legado que deja el marido á la muger se computa en la mitad de bienes gananciales, en atencion á que esta no proviene de los bienes del marido, y pertenece á la muger por razon de la promiscua sociedad y trabajo (núm. 27. Véase la ley 16. de Toro).

26. Cuando el fiador lega al acreedor lo que debe por algun deudor, exceptuándose los casos en los cuales puede aquel ser reconvenido sin preceder la escusion, como cuando hizo renuncia de ella, ó el deudor está ausente, ó no tiene de que pagar, es válido el legado respecto del acreedor, mediante á que parece que el fiador remite la escepcion de escusion que le compete. Asimismo es válido el legado respecto del principal deudor, porque se discurre que el fiador desea pagar por él sin esperanza de reconvenirlo, y por tanto el deudor tiene la accion *ex testamento* contra el heredero del fiador á fin de que satisfaga la deuda y lo deje libre, aun sin embargo de que el testador no espresase que el deudor no fuera reconvenido; bien que lo dicho debe entenderse en el caso en que el fiador legase especialmente al acreedor la deuda, mas no si en general di-

jese que se paguen todas sus deudas; pues entonces no se contempla que lega lo que debe en nombre ageno, sino lo que debe en nombre propio, á no ser que deba solamente como fiador (n^{úm.} 28).

27. Si lega el testador simplemente algunas monedas que pueden entenderse de un valor ó de otro, se ha de interpretar la mente del difunto por seis notables conjeturas, es á saber, por su uso y modo de hablar, por la costumbre del pueblo ó religion en que se versa, por la dignidad del legatario, por el afecto que á este tenga el testador, por el parentesco que medie entre los dos y por las cláusulas anteriores ó siguientes del mismo testamento; pues si en la cláusula precedente ó posterior la moneda legada se tomó por cierto precio, legándose antes ó despues se ha de tomar por el mismo (n^{úm.} 29).

28. Dejando el testador á cierta persona todas las cosas de un mismo género con alguna cualidad que se halla en unas y no en otras, como si dijese: *lego todos mis siervos con el peculio que tienen*, no teniéndolo alguno de estos; sin embargo todos se deben, porque la mencion de la cualidad se hizo para que se debiese juntamente con lo principal, no para que tan solo se comprendiesen en el legado las cosas en que se halla; si bien es cierto que esto no puede correr, cuando hable el testador con limitacion diciendo: *lego los siervos que tienen peculio*; pues en este caso aquellos que lo tengan se contienen únicamente en el legado (n^{úm.} 30).

29. Debiéndose alguna cantidad respecto de cierta especie, como esta perezca, queda libre el deudor en cuanto aquella: y así aunque legando el testador una cosa á dos *in solidum* á uno se debe esta y á otro su estimacion, perteneciendo la eleccion al que primero contestase el pleito; si á uno se le paga la cosa y perezca fortuitamente, se libra el heredero con respecto

al precio que habia de prestar al otro. No obsta que el deudor de cantidad no se libra pereciendo ésta, ni aun pereciendo todos sus bienes, porque en el caso de que hablamos, el precio ó estimacion no se debe simple y absolutamente sino con respecto á la misma cosa para que su valor se preste á otro: quedando libre el heredero, si por ventura redime la cosa del primero á quien se pagó y la dá al segundo, como si le entregase la estimacion. En este supuesto faltando la cosa, juntamente se libra tambien el heredero en cuanto á su precio, mediante á que se debe con respecto á la cosa si ésta no se paga: mayormente cuando es necesario que permanezca para que se pueda tasar y estimar. Tampoco obsta que pereciendo la cosa vendida aún antes de la tradicion, no se libra el comprador de satisfacer el precio, sin embargo de que se debe respecto de la cosa vendida: porque en este caso y otros semejantes que pueden proponerse, se debe el precio simple y absolutamente, aunque se originó y causó respecto de la cosa, y por tanto el deudor no se libra entregando ésta, ni se requiere su existencia para que se estime ó aprecie (n^{úm.} 31).

30. Si el testador lega alguna cosa en género inferior que tiene ciertos fines determinados por la naturaleza como un buey ó un caballo, teniendo de estos debe elegir el legatario alguno que sea de un precio medio, y no teniendo, el heredero debe hacer la misma eleccion. Todo lo cual se entiende cuando el testador lega simple y absolutamente, no si dirige sus espresiones al heredero ó legatario, porque en este caso elegirá la cosa que quiera, aunque sea la mejor. Si la cosa legada en género no tiene fines determinados, por consistir en número ó medida, como si se legasen ciertas medidas de trigo y el testador dejó de este género en su patrimonio, de él debe satisfacerse; y no dejando el heredero ha de comprarlo y hacer la paga: de cuya doctrina se infiere que pereciendo sin

culpa del heredero todas las cosas de aquel género contenidas en el patrimonio del difunto, se estingue el legado y no se debe, pues siempre que alguno es deudor no absolutamente sino respecto de la cosa en la que se puede hacer la paga, faltando aquella queda libre, como si fuese deudor en especie. Asimismo se infiere que si el testador enagena voluntariamente las mencionadas cosas, se contempla que revoca el legado: debiendo advertirse que en el presente caso si la elección pertenece al legatario, puede intentar contra los herederos la acción *ex testamento* ó la acción *ad exhibendum*, para que manifiesten las cosas del género que se dejó el legado y tienen en el patrimonio del difunto con el fin de gustarlas y hacer la elección. También se debe advertir que legándose el vino no se comprenden en el legado los vasos grandes que con dificultad se mueven, ni los pequeños con los cuales se muda de un lugar á otro, como v. gr., odres ó tinajas de barro. Y últimamente, si el testador no lega cosa en género sino restringiéndose á las cosas de algun género; v. gr., *lego un siervo de los que tengo*, pertenece absolutamente la elección al legatario: sucediendo lo mismo si dijo: *lego uno de mis Pedros*, teniendo muchos (núm. 32. Véanse los núms. 7, 8, y 9, cap. 11, tom. 2, de este comp.).

31. Dejándose algun legado con la condición de dar cierta cantidad ó cosa, no basta dar una parte de ésta para conseguir otra del legado: é igualmente muriendo el legatario con muchos herederos, no puede uno dar su parte con el mismo fin, porque todos se reputan una misma persona con el difunto; y así como éste no puede, tampoco aquellos. Pero lo contrario acontece haciéndose á muchos un legado bajo la condición de dar, en cuyo caso es suficiente que alguno ofrezca su parte para obtener otra del legado, siempre que la condición de dar se ponga en la persona de los legatarios; pues

si se pone en la persona de dos ó mas á quienes se ha de hacer la paga, como si se dijese: *lego á Manuel tal cosa con la condición de dar ciento á mis dos herederos*; no basta dar á uno la parte que le corresponde para obtener otra del legado, y por tanto debe satisfacerse á todos (núm. 23. Véase el núm. 31, cap. 10, de este comp.).

32. Cuando el testador lega á una persona cierto fundo que se halla en su patrimonio, y á otra cierta cantidad, y por ventura en la herencia no se encuentra mas que el mencionado fundo, éste se ha de dividir á prorata entre los dos legatarios, y habiéndose hecho la paga por el heredero á uno enteramente, puede el otro reconvenir á éste para la restitución de su parte (núm. 34).

33. Si la cosa legada ó puramente ó bajo condición es agena, y el legatario la compra ó adquiere del verdadero dueño ó de otro tercero, bien en vida del testador, bien después de su muerte, bien con ciencia, bien con ignorancia, puede pedir la estimación; pero si la compra al heredero, ni aún el precio puede pedir por ser visto renunciar el legado. Y si la cosa es propia del testador y legada *in diem*, ó bajo condición, comprándola ó adquiriéndola el legatario del heredero, pendiente la condición con ciencia ó ignorancia, en vida ó después de la muerte del testador, bien puede pedir el precio hasta el cumplimiento de la condición, como también si la cosa propia del testador se legó puramente y el legatario la adquiere del heredero con ignorancia, viviendo ó habiendo fallecido el testador; pues si la obtiene del mismo sabiéndolo, pierde el legado, porque se juzga que lo renuncia (núm. 35).

34. Los legados puestos en la institución se entienden repetidos en caso de duda en la substitución, sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria, y por tanto lo contrario sucede constando de la voluntad del difunto espresa ó tácitamente, como cuan-

do cesa la causa porque mandó el difunto al heredero entregar á otro alguna cosa. Asimismo si el testador lega á Francisco diez para que los satisfaga el instituido, y despues al dicho otros diez para que los pague el sustituto, se contempla repetido el legado, y no se deben ambas cantidades: y si el testador hubiese dicho genéricamente que se paguen por el sustituto todos los legados que deja, se deberán por éste puramente, sin atender al dia ó condicion puesta con respecto al instituido (n^{um.} 36).

35. La condicion puesta en el legado si es casual, en ningun caso pasa al sustituto; pero si pasa á éste ó á aquel que suceda en el legado, si es protestativa ó mista, á no ser que haga relacion á la persona y no pueda cumplirse por otra: bien es verdad que la condicion puesta en la institucion no se entiende repetida en la sustitucion, de cualquiera clase que la condicion sea (n^{um.} 37).

36. Si lega el testador dos ó mas veces una misma cantidad á un mismo legatario en un mismo testamento y escritura, no se juzga repetida la cantidad y sola una se debe, si no es que se deja por diversos herederos; pues entonces ambas se deben, sean iguales ó diferentes, en atencion á que se juzgan multiplicadas por razon de las diversas personas. He dicho, *en un mismo testamento y escritura*, porque si se lega cierta cantidad en el testamento y despues la misma en los codicilos, ambas se deben legándose simplemente y no por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas, hallándose en un mismo testamento y escritura, ó en varias escrituras y disposiciones, todas se han de satisfacer, á no ser que se encuentren en diferentes escrituras principales y originales de un mismo testamento, en cuyo caso se ha de estar á la menor, y siendo una escritura original y otra registro, se ha de mirar á éste. Y últimamente, es regla general en la

materia que variando el testador el modo de legar á una misma persona en la cantidad, cualidad, condicion, tiempo, lugar y causa, siempre se entienda multiplicado el legado si no consta de lo contrario (n^{um.} 38).

37. Mas si se lega muchas veces cierta especie mueble ó inmueble por medio de un heredero, una vez tan sola se debe la misma cosa ó su estimacion: lo cual tambien acontece cuando despues el tal heredero en su testamento lega la misma cosa al mismo legatario, pudiendo éste elegir en virtud de qué testamento quiere intentar la accion correspondiente. Y si la cosa se deja por medio de muchos herederos simplemente, tan solo una vez se debe por uno ó por otro; pero si se lega por medio de cualquiera *in solidum* en una ó en muchas escrituras, uno está obligado á la cosa, y otro á la estimacion, en tales términos, que si el legatario consigue primeramente la cosa de uno, no puede despues obtener del otro la estimacion, por concurrir dos causas lucrativas en una misma persona, y si consigue antes la estimacion, puede conseguir posteriormente la cosa. Lo propio se verifica legándose la misma cosa por diversos testadores, y pidiendo en virtud de todos los testamentos: porque si se consigue primeramente la cosa, se consigue todo el derecho pleno y el dominio debido que no recibe aumento, no si consigue la estimacion, que se diferencia mucho de la cosa y se consume con facilidad, por lo que no parece que se satisfaca plenamente al legatario (*dic. n^{um.} vers. Si veró eadem res vel species*).

38. De la doctrina espuesta se infiere, que si el legatario obtiene de algun tercero la cosa legada por título lucrativo, no puede conseguir mas en virtud del legado, mediante á que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa: debiendo estenderse lo dicho en el n^{um.} 33, en cuanto á la adquisicion por título oneroso al caso de que se adquiriera por

el mismo *prodiviso ó indiviso* parte de la cosa legada enteramente; y al caso que se adquiriera toda la cosa habiéndose legado solo una parte. Asimismo se infiere que si á uno se lega en un testamento una cosa en género que ha de comprar el heredero, y otra tambien en género en el testamento de otro, ambas se deben al legatario, por no concurrir dos causas lucrativas en una misma cosa, sino en diversas: y es de advertir que si el testador lega á uno parte del fundo y despues al tal el mismo fundo simplemente, todo éste se debe (*dic. vers. hasta el fin del número*).

39. Legando el testador alguna cosa propia con ciencia de hallarse hipotecada, está obligado el heredero á redimirla, y si casualmente lo ignoraba, tiene la dicha obligacion el legatario, si no es que por su parentesco ó otra cualidad suya pueda presumirse que aun sabiéndolo se la hubiera legado (*ley 11, tit. 9, part. 6*); bien es verdad que si la cosa hipotecada lo está por tanto precio quanto es su valor, indistintamente deberá redimirla el heredero, en atencion á que de otra suerte seria inútil el legado (*dic. ley*). Tambien se halla obligado el heredero á redimir la cosa legada hipotecada, si ésta era del legatario, porque se conceptúa que el difunto le legó indistintamente el derecho que le faltaba, es á saber, la deuda por que se hallaba obligada (*núm. 39 al princip. y al fin vers. Item adde*).

40. Si el heredero ó cualquiera que tiene alguna cosa sujeta á restitution puramente, *in diem* ó bajo condicion, como el poseedor de algun mayorazgo, el marido respecto de la dote, el inquilino y otros semejantes, hace en el ínterin algunas expensas, puede recuperarlas de aquel á quien se haga la restitution, mediante á que se juzga que no las hizo con ánimo de donar: debiendo mirarse v. g. el valor del edificio con respecto al tiempo de su restitution, no con respecto al tiempo

en que se hizo. Y no tan solo le compete la retencion por las expensas, sino tambien la condicion *indebiti* despues de haber restituído para repetir la cosa y retenerla, por la deuda; bien que en órden á las expensas debemos distinguir. Si son necesarias, siempre pueden recuperarse; y si son útiles, solamente en tres casos, es á saber, cuando la persona á quien se restituye la cosa las hubiera hecho; cuando sea rica, y de consiguiente no le sea molestosa la satisfaccion; y cuando hubiera de venderla inmediatamente: siendo digno de advertir que aunque el poseedor de buena fé tiene obligacion de compensar los frutos de la cosa con las mejoras hechas en ella, no la tiene el poseedor y dueño de que se habla, por hacerlas en virtud del dominio que tiene en la cosa (*núm. 40. Véase al Gom. en la ley 46 de Toro, núms. 1, 2, 3 y 4*).

41. Legándose simplemente algun area, se debe igualmente el edificio que despues se haga sobre ella como aumento de la cosa legada, y si se destruye la cosa que se legó, se debe el area que resta como parte de ella; sin que obste que muerto algun animal que se habia legado, no se debe ninguna de las partes que restan, porque esto se verifica en atencion á que faltando el alma sensitiva, que se juzga la parte principal, la demas como accesorias perecen y no se deben; bien que esto tiene únicamente lugar aconteciendo la muerte en vida del testador, no si acaece despues, por haberse hecho ya la cosa del legatario y deberle pertenecer lo que restase, segun ha de observarse cuando el animal se debe puramente, *in diem* ó bajo condicion por contrato oneroso, ó por contrato lucrativo, siempre que perezca purificada la obligacion, pues si perece

¹ Por la citada *ley de Toro*, que es la 6, tit. 7, lib. 5 de la *Recop.*, el sucesor del mayorazgo no debe pagar las expensas necesarias ni útiles hechas en la cosa vinculada (*núm. 43, vers. Illatio ista*).

antes de llegar el día ó de cumplirse la condicion, no se deben las partes restantes. Pero si sobre el area que resta hizo el testador algun edificio, no constando de su contraria voluntad, no se debe éste por ser una nueva casa, ni el area, por ser parte de un edificio que no fué legado, y aun por la misma razon tampoco se debe destruido el segundo edificio: lo cual se entiende cuando en un todo se destruyó la casa y se erigió de nuevo, mas no si se iba destruyendo por partes y fué reedificada, en cuyo caso se debe el area con el edificio, porque se contempla el mismo que se legó aunque renovado (núm. 41).

42. Cuando el testador deja algun prelegado á varios de sus herederos instituidos en partes desiguales, se dividirá igualmente entre ellos, si los llamó por sus nombres propios, v. g. á Pedro y á Francisco, mis herederos, mando &c., y si los mencionó por nombres apelativos, diciendo: á mis herederos Pedro y Francisco &c., se dividirá con respecto á las porciones hereditarias (núm. 42. Véase el núm. 19, cap. 5 de este comp. y su nota).

43. Si habiéndose instituido muchos herederos y legado ciento, por ejemplo, á Francisco, exime de esta prestacion el testador á alguno de sus herederos, los demas deben satisfacer los cumplidamente (núm. 44).

44. Si el testador dijo que Pedro, su amigo, reciba veinte para que manumita su siervo, ó preste cierta cosa á Francisco, el heredero y no el siervo ó legatario ha de satisfacer la insinuada cantidad; pues aunque la impersonalidad ó incertidumbre en las palabras dispositivas por parte del deudor, vicia el acto en los contratos, no en las últimas voluntades, por entenderse gravado á prestar el heredero. Y por el contrario, si al legatario ó fideicomisario impone el testador el gravámen de dar alguna cosa sin espresar á quién, se entiende que ha de entregarse al heredero ó herederos á prorata

(núm. 45. Véase el núm. 6, cap. 11, tom. 2 de este comp.).

45. No se puede conferir en la voluntad del heredero el legado, como si el testador dijese: *lego á Juan tal cosa, si quisiere mi heredero*: esceptuándose los legados píos y de libertad, que no obstante son válidos. Tampoco puede conferirse en la voluntad de un tercero, porque seria una voluntad captatoria, sin embargo de que se puede conferir en la voluntad de un tercero el contrato, por no reprobarse en él lo captatorio; pero sí puede dejarse el legado al arbitrio del heredero, pues entonces si fuere justo y equitativo se debe, aunque aquel no lo arbitre, mediante á que mas bien parece cometido al arbitrio de un buen varon. Igualmente puede dejarse al arbitrio de algun tercero, ó por palabras que lo denoten, y se deberá el legado si lo arbitra: sucediendo lo mismo cuando se lega bajo la condicion potestativa de un tercero, como v. gr. *si hiere viaje á Cádiz*. Y finalmente, tambien puede conferirse el legado en la voluntad del legatario (núm. 47).¹

46. La eleccion de la persona del legatario entre personas inciertas á ninguno puede cometerse, como si dijera el testador: *lego ciento á quien eligiere Francisco*; pero sí la eleccion entre personas ciertas; v. gr. *mando tal cosa á uno de mis hijos que eligiere mi heredero*: en cuyo caso, aunque el heredero ó comisario sea gravado á elegir á uno solamente, puede escoger algunos de ellos, y por el contrario si es gravado á elegir á algunos, puede escoger á uno tan solo, aun siendo indigno, si no es que le fué cometida la eleccion por palabras que denotasen arbitrio, porque entonces debe elegir el digno y preferirlo á los demas: debiendo admitirse al legado todos aquellos entre quienes habia de hacerse: la eleccion, si el he-

¹ Disputase si por la ley 31 de Toro, que es la 5, lít. 4, lib. 5 de la Recop. se ha derogado esta doctrina (núm. 50, vers. Sed est controversia).

redero ó comisario no eligiese: y pudiendo estos hacer la eleccion en presencia ó en ausencia de la persona electa, en vida ó en muerte, y únicamente delante de dos testigos, mediante á que no es disposicion por sí, sino sola una declaracion: sin que sea de omitir que la persona electa no se dice que recibe de mano del que elige, y sí del primer testador que dispuso (núm. 48).

47. Tambien es válido el legado que se deja á los pobres de tal pueblo, parroquia ú hospital que eligiere el heredero ó comisario, admitiéndose si éstos no eligen, todos los pobres del tal pueblo &c. Asimismo es válido el legado por favor de la causa pía, cuando se manda elegir ó distribuir entre los pobres, sin asignar pueblo ó parte, aunque no se elija, y si en el lugar donde se hizo el testamento, hay hospital, á él se entregará el legado: si hay muchos, al mas pobre, y si ninguno se halla, el obispo ó su vicario lo dividirá entre los pobres del dicho lugar: sucediendo lo mismo en lo que se deje para redencion de cautivos (*ley 20, tit. 3, part. 6*); bien que en el día por derecho canónico se comete indistintamente la eleccion al obispo ó su vicario, para que haga la distribucion entre los pobres del referido pueblo ó de otro, haya ó no en él hospital: siendo digno de advertir que sin embargo de que el testador no manifieste espresa ó tácitamente la cantidad, distribuirá el comisario la correspondiente á la cualidad de la persona y del patrimonio (*dic. núm. vers. Ex quibus infertur*).

48. Legando el testador cuanto tiene en tal cámara ó lugar, se entienden tambien legadas todas las cosas que allí se pusieren despues por el testador ó por otro de mandato suyo, mas no las que incluyese el legatario ú otro cualquiera, ignorándolo el testador (núm. 49): y si habiendo legado el testador el trigo que tiene en su casa, lo consume durante su vida

y pone otro en el mismo lugar, se debe de éste igual cantidad la que se legó y fué consumida, por juzgarse subrogado en lugar del primero, conforme á la intencion del testador (número 50).

49. Si el testador lega á Pedro quanto tendrán los herederos, percibirá aquel la mitad de la herencia y éstos la otra mitad: aconteciendo lo propio si legó á Pedro tanto quanto tendrá el heredero, porque la proposicion indefinida equivale á la universal; pero si le lega quanto tendrá un heredero, se debe únicamente la menor parte en que sea instituido uno de los herederos. Y en el caso de que el testador simple y absolutamente grave á sus herederos, á dar v. gr. ciento á Francisco, esta cantidad se ha de satisfacer por todos, y cada uno no ha de dar una diversa: lo cual tambien se verifica por la espuesta razon, cuando el testador dijo: *mi heredero dé &c.* mas lo contrario acontece si se valió de palabras distributivas diciendo: *cualquiera pague* (núm. 51).

50. No puede gravar el testador al que no deje alguna utilidad pecuniaria, sin embargo de que le haga algun otro beneficio considerable, como si lega al siervo el derecho de patronato, ó al acreedor alguna cosa mueble ó inmueble que le debe por contrato, con lo cual se le trasfiere el directo y pleno dominio; si bien es cierto que puede gravar á la persona que disfrute el cómodo del favorecido, ó á la que se repute una misma cosa con éste, por ejemplo, al heredero del heredero ó al padre del heredero: y en atencion á lo dicho, si el testador lega cierta cantidad á alguna, vale en ella el gravámen, y si grava en mas no vale el legado en el esceso. Pero si grava á cierta persona á que restituya alguna cosa suya percibida cierta cantidad, es válido el gravámen aunque la cosa sea de mayor precio, porque parece que la estima en tanto quanto percibe: lo cual no sucede cuando el testador lega alguna cosa

propia con el gravámen de dar alguna cantidad que esceda el valor de la cosa con sus frutos, mediante á que sin embargo de que el legatario aceptase el legado, podia ignorar justamente la estimacion de la cosa del difunto ó de otro tercero (número 54).

51. Legando el testador simplemente la lana, se comprende en el legado tan solo toda la que se halla separada del cuerpo del animal, esté ó no en la piel, sin que se haga distincion entre la lana cardada, hecha estambre ó hilada; pero no se contiene en el legado la que se haya hecho tela ó esté teñida, no obstante que lo contrario se verifica en el lino legado, porque la lana por la tintura y tejido se hace de mas precio que el lino (núm. 55).

52. El legado se entiende revocado tácitamente por la enemistad capital que se origine entre el testador y el legatario, no por enemistad leve, y convalece por la nueva y tácita voluntad si despues se hacen amigos. Tambien se entiende revocado el legado, si se entrega por título lucrativo y translativo de dominio, por no haber motivo para presumirse otra cosa: como asimismo si se enagena y entrega por título oneroso sin urgencia alguna, la que siempre se presume en duda, y el heredero tiene que probar lo contrario: y en tanto es esto verdad, que aunque despues de la enagenacion de la cosa la redima el testador, no convalece el legado, esceptuándose el que fuese pio. Pero si se obliga ó hipoteca la cosa, no se juzga revocado el legado, y el heredero tiene obligacion de redimirla y entregarla al legatario: pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, no es propia y perfecta por no trasferirse el dominio sino cierto derecho *in re*: mayormente cuando el enagenante tiene facultad de redimirla, lo cual no sucede en otras enagenaciones: infiriéndose de esto que si la cosa se obliga por tanto precio que no hay esperan-

za de su redencion, se conceptúa revocado el legado, aunque vendiéndose la cosa con el pacto *de retrovendendo*, no obstante se entiende revocado el legado por haber verdadera y propia enagenacion. Tampoco se entiende revocado el legado cuando se enagenó la cosa y fué ántes legada ésta ó su valor, porque entonces se debe el precio. Y últimamente no se conceptúa revocado el legado en el caso de que el nombre de la cosa enagenada se ponga á otra diferente y el testador se refiera al tiempo de la muerte; v. gr. *lego la esclava Francisca que sea mia al tiempo de mi muerte*; pues si enagena la esclava Francisca que tenia cuando hizo testamento, y posteriormente compra alguna á la cual pone el mismo nombre, subsiste en ésta el legado: como tambien refiriéndose al tiempo de la muerte, sin embargo de que se enagene la cosa que tenia al tiempo del testamento, nunca se revoca el legado, siempre que despues se recupere (núm. 56).

53. Puede legarse pura y simplemente, *in diem*, bajo condicion, con cierto modo, con demostracion y por cierta causa. Se lega puramente cuando se deja la cosa sin asignacion de dia, tiempo, condicion ó cualidad por la que se suspenda el legado y su peticion, ó cuando no aparece ni consta que se haya puesto, de modo que el que esto alegue debe probarlo: y en este caso compete la accion personal *ex testamento* y la hipotecaria de que se ha hablado, y asimismo la reivindicacion si el legado consiste en especie, por transferirse el dominio (núm. 57).

54. Se lega *in diem* cuando se deja alguna cosa ó cantidad para cierto dia, en cuyo caso no pasa *ipso jure* el dominio en el legatario hasta que llegue el dia, y nace accion y obligacion inmediatamente que se verifique la adiccion, porque por ésta interviene un cuasi contrato entre los herederos y acreedores ó legatarios, aunque á estos les obstará la escepcion an-

tes de llegar el día; bien que el heredero puede satisfacer antes del día por haberse puesto en favor suyo, y asimismo muerto el legatario antes del día se transfiere el legado á su heredero, como si fuese puro (*dic. núm. vers. Aliquando & secundo*).

55. Si se deja á un menor algun legado ó fideicomiso, ó se le promete algo para cuando sea de edad legítima ó pueda administrar sus bienes, no puede pedirlo hasta que tenga 25 años, en atención á que antes no puede administrar ni obligarse eficazmente: y en duda se presume que el testador ó contrayente se refiere á la perfecta edad de los 25 años: entendiéndose lo dicho, aun cuando el menor impetrase la venia de la edad (*núm. 58 y núm. 12, al fin cap. 14, tom. 2*).

56. La condicion con que tambien se puede dejar el legado, es cierto acto ó futuro acontecimiento en el cual se confiere la disposicion para que sea válida ó se infirme (*núm. 59, al fin*). Se divide en potestativa, en casual y mista, en contingente y necesaria, en condicion de presente, de pretérito y futuro, en expresa y tácita ó fingida por derecho, en condicion que consiste en dar y condicion que consiste en haer, y finalmente en posible é imposible. La potestativa es aquella cuyo cumplimiento está en la facultad del que debe cumplirla. La casual es la que depende de las fuerzas y accidentes de la fortuna. Y la mista es la que pende del hecho del que debe cumplirla, y de las fuerzas de la fortuna, como contraer matrimonio con cierta persona ó hacer un largo viaje (*núm. 60*).

57. Las condiciones casual y mista pueden cumplirse así en vida del testador como despues de su muerte (*núm. 61*); y si al tiempo del testamento se habia ya cumplido cualquiera de éstas, es suficiente y purifica la disposicion, si no es que el testador supiese su cumplimiento, pues entonces se debe cumplir de nuevo despues de su muerte (*núm. 68*); pero la potes-

tativa debe cumplirse despues y no antes (*núms. 61 y 68*); bien que esto se entiende en la condicion reiterable, porque si no lo es, basta que se halle cumplida en vida del testador, mediante á que despues se juzga imposible, y como tal se tiene por no puesta y queda pura la disposicion (*dic. núm. 68*). La razon de diferencia en cuanto al tiempo del cumplimiento estriba en que las primeras no penden de la voluntad del favorecido, y por tanto el testador consideró únicamente el cumplimiento: y la segunda por depender de aquella debe cumplirse segun la voluntad del difunto, que se dirige regularmente al tiempo que se haya verificado su muerte (*núms. 61 y 68*). Y si la condicion es de hecho, no basta que se cumpla ignorándolo aquel á quien fué puesta; pero si es de derecho, basta que se cumpla aunque lo ignore (*núm. 62*).

58. La condicion contingente es la que puede ó no cumplirse de cualquiera naturaleza y cualidad que sea, como las antecedentes. La necesaria es aquella que segun el curso de la naturaleza ha de cumplirse forzosamente: y esta no constituye el acto condicional, ni suspende su virtud y efecto, y se tiene por pura (*núm. 63*).

59. Tambien dije que la condicion es de presente, de pretérito y de futuro: de presente como, *si esto es así*; de pretérito como, *si esto se hizo*; y de futuro como, *si acontecerá esto*. La primera y segunda si son verdaderas, al punto obligan y no suspenden la disposicion, y si no se han verificado la anulan inmediatamente. La tercera es la que puede ó no verificarse, y no induce ningun efecto en acto de presente si no es tan solo en esperanza (*núm. 64*).

60. La condicion expresa es la que el testador con sus palabras puso en la disposicion. La tácita es aquella que se entiende ó finje por el derecho en algun acto; como cuando se deja algun legado annuo, el cual en el primer año es puro y en

los siguientes condicional, por entenderse la condicion, *si viva*, y así muerto el legatario no pasa el legado á los herederos (núm. 65). La condicion posible es *la que de hecho naturalmente y de derecho puede hacerse*. La imposible por el contrario es *aquella que de hecho, naturalmente y de derecho no se puede hacer: de hecho, si tocases con el dedo al cielo: naturalmente, si el fuego enfrie: de derecho, si el hijo no alimenta á su padre*. Esta condicion imposible, aunque vicia absolutamente todos los contratos, se tiene por no puesta en las últimas voluntades, así por favor suyo, como porque no puede imputarse al testador turbado con la muerte ó enfermedad que no declarase perfectamente su ánimo, segun se puede imputar á los contrayentes (núm. 67, ley 3, tit. 4, part. 6. Véase al Gom. núm. 37, al fin, cap. 11, tom. 2, y el núm. sig. del lugar citado en este comp.).

61. Si el legado que se deja á cierta persona con alguna condicion, se deja segunda vez á la misma, no se juzga repetida la condicion ó gravámen, porque de otra suerte la reiteracion del legado seria superflua; pero si se trasfiere simplemente á otra, se entiende trasferido con la misma condicion ó gravámen (si no se refiere á la primera persona), siempre que se haga en el mismo testamento ó en los codicilos, no si se hace en otro diverso por el cual se revoque el primero (núm. 69).

62. El legado con cierto modo se hace cuando el testador deja v. gr. á Pedro alguna cosa ó cantidad para que dé ó haga algo. Su virtud y efecto es que el legatario no pueda pedirlo hasta prestar caucion de cumplir el modo; bien que si el difunto quiso espresa ó tácitamente que se cumpliese el modo antes de pedir el legado, ha de guardarse su voluntad. El modo puede definirse: *cierta moderacion añadida á la disposicion que agrava al favorecido en el tiempo de la disposicion perfecta*. Lo dicho tiene lugar aunque el testador ponga

la condicion en el modo diciendo: *lego á Juan ciento, bajo la condicion de que haga ó dé tal cosa*; pues será modo y no condicion, por atenderse la voluntad del disponente mas que sus palabras (núm. 70).

63. Este legado aun antes de prestar caucion de cumplir el modo se transmite á los herederos, que deberán cumplirlo, sin embargo de que el modo contiene ó se resuelve en la condicion *si satis dederit*: porque es una condicion tácita é intrínseca que no impide la trasmision: no siendo de omitir que al segundo legatario respecto de quien debe cumplirse el modo, compete accion contra el primero gravado (núm. 71).

64. Dudándose si las palabras importan condicion ó modo, mas bien se ha de juzgar lo primero que lo segundo (número 72): y en caso de duda el modo se ha de conceptuar impulsivo y no final, cuando mira al provecho del legatario ó de aquel en cuyo beneficio se confiere la disposicion, como si se lega á alguno cierta cantidad para que compre un fundo para sí; pues aunque no lo compre, consigue el legado (número 73).

65. El legado segun queda dicho, se deja asimismo con demostracion. Esta es *aquello que mira á la persona del disponente, á la de aquel en cuyo favor se confiere la disposicion, ó á la misma cosa sobre que se dispone*. Si la demostracion es verdadera, vale el legado, y si es falsa sucede regularmente lo mismo. En esta atencion si dijo el difunto: *lego á Pedro tal caballo que compré*; aunque nunca se hubiese comprado será válida la manda, porque como la demostracion y estrínseca solemnidad no sea necesaria, no debe viciar el acto (número 74). Y esta doctrina no solamente tiene lugar en el legado consistente en especie, sino tambien en el que consista en dinero ó cantidad, como cuando el testador lega á Francisco diez que le debe; pues sin embargo de que no se los de-

ba, subsiste el legado, bien supiese el testador que no los debía, bien lo ignorase. Lo propio sucede, si se lega la cantidad como cuerpo ó especie y consta de ella, anulándose el legado si de ella no consta ni se halla; v. gr. si dijo el difunto: *lego á Pedro el dinero que tengo en tal arca*, y despues éste no se encuentra; si bien es cierto que legándose algun edificio que se ha de hacer á semejanza de otro que se menciona y no se halla, debe hacerse de oficio del Juez á arbitrio de un buen varon, para que se observe la voluntad del difunto (núm. 75).

66. Ultimamente segun dije, el legado se deja tambien por alguna causa, como cuando dice el testador: *lego á Juan tal cosa, porque aconteció esto*. La causa es algo pretérito ó presente que nos estimula á disponer de esta ó la otra suerte. En este caso vale el legado aunque la causa no sea verdadera, bien lo sepa, bien lo ignore el testador, á no ser que prueben los herederos que si hubiera sabido el difunto que era falsa la causa, no hubiera legado. Esta prueba puede ser verdadera ó presuntiva: verdadera, si lo espresó el testador delante de testigos; presuntiva v. gr. si la causa miraba la consanguinidad, como si se dijese: *lego ciento á Pedro, porque es mi pariente* (núm. 76).

67. La condicion puesta en el legado ó disposicion debe cumplirse en los términos que quiso el difunto, no de otro modo aunque sea equivalente, porque la condicion y su cumplimiento consisten en hecho, y las cosas consistentes en él de tal suerte se hallan adheridas á la persona, que no pasan á otras. Por este fundamento si el testador lega á alguno cierta cosa bajo la condicion, *si diese veinte al siervo de otro*, no es suficiente darlos al dueño, y han de entregarse precisamente al siervo; bien es verdad que la condicion que ha de cumplirse en la persona del pupilo ó adulto, se puede obtemperar en la de su tutor ó curador que los representan mediante la

administracion, si no es que el adulto no tiene curador (número 77).

68. Si bajo la condicion absoluta de no casarse se deja un legado á persona soltera de cualquiera sexo que sea, aunque esté corrompida, ó á persona que haya contraído matrimonio y no lo ha consumado, se puede percibir á l manda, sin embargo de que no se cumpla la condicion, por ser torpe y contra buenas costumbres: debiendo advertirse que en estos casos en que se desprecia la dicha condicion, se desprecia igualmente el tiempo de la muerte (no otro menor) para el cual se deja el legado, y éste se puede obtener inmediatamente, como si dijese el testador: *lego á Manuel ciento en el tiempo ó despues de su muerte, si no se casare*. Pero si la condicion de no casar no es absoluta, sino respectiva á determinados sujetos, á las personas de cierta familia, á tal tiempo ó lugar, ó aunque lo sea, si se impone á viudo ó viuda, es subsistente, y contraviniendo á ella no se debe el legado (núm. 78); segun tambien se verifica en la condicion de casarse con alguna persona (núm. 79): y en el caso de que se deje el legado con la condicion de casarse con persona determinada, se debe distinguir; pues siendo indigna es lo mismo que si se pusiera la condicion absoluta de no casar, y si con ella se puede contraer honestamente, no se deberá la manda hasta que se haya cumplido la condicion: del mismo modo que si se dejase el legado con la condicion de entrar en religion, por ser mas perfecta la vida contemplativa que la matrimonial (núm. 78).

69. La confesion de la deuda hecha en el testamento interrumpe la prescripcion en el caso que el acreedor pruebe el débito, induce semiplena prueba para que con un testigo se haga plena, ó se defiera al juramento en defecto de ella, y se resuelve en legado ó fideicomiso por la tácita voluntad del difunto, y como tal se puede pedir. Asimismo si el testador

confiesa que alguno le debe cierta cantidad ó cosa, y es hombre de buena fama, induce semiplena prueba por sí para que el heredero pueda solicitar que se le defiera el juramento en defecto de prueba: siendo digno de advertirse que cuando el marido lega á su muger la dote, que consta por verdadera prueba haber recibido, es válido el legado en atencion á la utilidad que aquella consigue; pues inmediatamente puede pedir la dote sin ningun privilegio de ésta y sin aguardar dilacion alguna: y si el marido ninguna dote recibió, es válido el legado como donacion ó liberacion gratuita (núm. 81).¹

70. Vale regularmente el legado de liberacion ó remision que haga el testador para siempre ó por el tiempo limitado de cualquiera clase de deuda, la cual puede remitir de cuatro modos; es á saber: cuando lega espresamente la liberacion, cuando dice, *lego á mi deudor lo que me debe*, cuando grava á su heredero á que no exija la deuda, y cuando lega al deudor la escritura en que se contiene y prueba la deuda: y si la tal escritura se lega á un tercero, se entiende que se le lega la deuda contenida en ella para que pueda reconvenir al deudor, cediéndole las acciones el heredero á que está obligado, así como en los contratos enagenada alguna escritura se discurre enagenada la cosa ó accion que contiene (*ley penúltima, tít. 9 part. 6*). El efecto de la liberacion es que el deudor legatario tenga escepcion contra el heredero, y pueda compelerlo á que lo libre mediante pacto ó aceptilacion. Tambien es efec-

¹ Acerca de las confesiones que se hacen en los testamentos, tenemos la decision notable de la *ley fin. tít. 18, part. 3, vers. Otrosí decimos*, en donde se dispone que si alguno declara en su testamento que Pedro, y gr., le debe diez debiéndole veinte, no daña esta confesion á los herederos que quieran probar consiste en veinte la deuda, si no es que conste que quiso donar el esceso, ó jurare que no se le debian mas que los diez (núm. 78, vers. *Et circa*).

to de ella que no solo aproveche al reo principal y su heredero, sino asimismo al fiador, y no por el contrario; pues el legado de liberacion en beneficio del fiador no aprovecha al deudor principal; advirtiéndose que hecha la remision de la deuda en última voluntad ó en contrato, se conceptúa remitida únicamente la deuda pura ó purificada, no la condicional ó *in diem* sino es que se exprime (núm. 82).

71. La liberacion puede ser con respecto á una deuda, y general ó respectiva á muchos deudores, en la cual se comprenden solamente las deudas personales, no las cosas por las que compete accion real, que siempre podrá intentar el heredero: y si teniendo el testador dos ó mas deudores *in solidum* de una misma cantidad, manda á su heredero que ceda la accion á uno contra los otros, se entiende que le remite la deuda por su parte, y ademas que le lega la deuda con respecto á las partes de los compañeros: no siendo de omitir que cuando el heredero es gravado por el testador, ó cuando alguno es obligado por contrato, pacto ó ley, á entregar al deudor el instrumento original de la deuda, si éste se pierde, se satisface con hacer y entregar otro de pago y liberacion (*dic. número 82*).

72. Si habiendo alguno administrado los negocios de otro, éste le hizo liberacion general y prohibió que se le pidiesen cuentas, se halla obligado solamente por las cosas que tiene; y por las deudas causadas y adquiridas con el motivo de la administracion, que así de él como de los deudores podrán exigirse; pero no se halla obligado por los bienes perdidos á causa de su negligencia, culpa leve ó levisima, aunque sí por los que se hubiesen perdido mediante su dolo ó malicia, porque en la remision general siempre se considera escludido el dolo (núm. 83, *ley 30, tít. 11, part. 5*).

73. Consistiendo el legado en cosa, en género, en cantidad

ó cosa que consta de peso ó número, se ha de reconvenir al heredero en el lugar de su domicilio, ó donde se halla la herencia ó la mayor parte de ella; mas si consiste en cosa en especie, no tan solo en los referidos lugares, sino tambien en aquel donde existe la cosa, bien se intente la accion real, bien la personal: perteneciendo la eleccion al mismo legatario, y debiendo siempre hacerse la paga en el lugar en que la cosa se halla, mediante á que el heredero no puede ser precisado á conducirla á sus espensas al lugar donde fué reconvenido para entregarla en él (núm. 84).

PARTE SEGUNDA.

DE LOS CONTRATOS.

CAPITULO PRIMERO.

De las personas que pueden ó no contraer.

1. Despues de haber tratado de las últimas voluntades, exige la razon de método que se trate de los contratos, cuya materia divide nuestro autor en cuatro partes. En la primera habla de las personas que pueden ó no contraer, en la segunda de los géneros de contratos, en la tercera de sus cualidades, y en la cuarta de qué modo se acaben los contratos, sus virtudes y efectos. En cuanto á la primera debe decirse, que toda persona puede contraer si no se halla prohibida por ley. De aquí es que el duque, conde, ú otro señor temporal, y aun el príncipe puede contraer con sus súbditos, naciendo de todo contrato habido entre ellos accion y obligacion eficaz, natural y civil, sin embargo de provenir las acciones civiles inmediatamente del derecho civil, al cual no se halla sujeto el príncipe: porque en duda contrayendo éste con sus súbditos, pare-

ó cosa que consta de peso ó número, se ha de reconvenir al heredero en el lugar de su domicilio, ó donde se halla la herencia ó la mayor parte de ella; mas si consiste en cosa en especie, no tan solo en los referidos lugares, sino tambien en aquel donde existe la cosa, bien se intente la accion real, bien la personal: perteneciendo la eleccion al mismo legatario, y debiendo siempre hacerse la paga en el lugar en que la cosa se halla, mediante á que el heredero no puede ser precisado á conducirla á sus espensas al lugar donde fué reconvenido para entregarla en él (núm. 84).

PARTE SEGUNDA.

DE LOS CONTRATOS.

CAPITULO PRIMERO.

De las personas que pueden ó no contraer.

1. Despues de haber tratado de las últimas voluntades, exige la razon de método que se trate de los contratos, cuya materia divide nuestro autor en cuatro partes. En la primera habla de las personas que pueden ó no contraer, en la segunda de los géneros de contratos, en la tercera de sus cualidades, y en la cuarta de qué modo se acaben los contratos, sus virtudes y efectos. En quanto á la primera debe decirse, que toda persona puede contraer si no se halla prohibida por ley. De aquí es que el duque, conde, ú otro señor temporal, y aun el príncipe puede contraer con sus súbditos, naciendo de todo contrato habido entre ellos accion y obligacion eficaz, natural y civil, sin embargo de provenir las acciones civiles inmediatamente del derecho civil, al cual no se halla sujeto el príncipe: porque en duda contrayendo éste con sus súbditos, pare-

ce sujetarse á la disposicion de las leyes, segun se verifica cuando ade alguna herencia. Y en tanto es verdadera esta doctrina, que con el príncipe son válidos los actos y contratos que con otra persona serian de ningun momento, por juzgarse que dispensa sobre la nulidad de ellos: en cuyo supuesto no es de omitir, que si el príncipe vende alguna cosa agena, de tal suerte perjudica al dueño, que no tiene accion contra el que la posee, sino solamente contra el mismo príncipe ó su fisco dentro de cuatro años (núm. 1).¹

2. Tambien el hijo de familias así como puede hoy testar por la ley 5 de Toro, (la 4 tit. 4, lib. 5 de la Recop.) puede contraer, porque aunque le falten bienes, tiene capacidad para adquirirlos, la cual basta en otro cualquiera, así con respecto á los contratos, como con respecto á las últimas voluntades (núm. 2). Finalmente, el siervo es capaz para contraer, y aunque puede obligar civilmente, solo naturalmente puede obligarse, produciendo esta natural obligacion todos los efectos correspondientes (núm. 3).

CAPITULO II.

De la compra y venta.

1. El contrato perfecto y consumado se hace y celebra ó con solo el consentimiento, ó con la cosa, ó con la intervencion de la cosa, ó con las palabras. (Al fin del cap. antec.) El que se perfecciona y celebra con solo el consentimiento, es aquel para cuya validacion no se requiere otra solemnidad que

¹ Si el príncipe contrae con el motivo de su dignidad en beneficio de toda la república, quedan obligados precisamente los sucesores, mas no si contrae en su propio nombre (núm. 2).

el mismo consentimiento de las partes. Son de este número, además de otros semejantes, el de colacion, el de sociedad, el de donacion y el de compra y venta, del cual se trata en primer lugar, y es frecuente y cotidiano. Todos pueden regularmente intervenir en él, necesitándose para su forma la cosa de parte del vendedor, y el precio de parte del comprador (núm. 1).

2. Tiene lugar este contrato entre el padre y el hijo, con respecto á los bienes castrenses, cuasicastrenses y profecticios, en los cuales tiene éste el usufructo, porque en todos ellos se conceptúa padre de familias; mas no con respecto á les adventicios, cuyo usufructo pertenece al padre, por ser legítimo administrador de ellos, y así no poder intervenir entre padre é hijo contrato alguno en que aquel sea autor, bien se haga ocultamente, bien á las claras y con buena fé (núm. 2, ley 5, tit. 5, part. 5, y ley 23, tit. 11, lib. 5 de la Recop.).

3. Igualmente tiene lugar este contrato entre marido y muger, así como otro cualquiera oneroso, siempre que no se haga en fraude de la donacion, la cual impide el mutuo é intenso amor que media entre los cónyuges; sin que deje de valer el contrato por ser indispensable requisito para la validacion del que hace la muger la licencia del marido, pues es visto prestársela por el mismo hecho de contraer con ella (número 3).

4. Aunque ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes presentes y futuros, porque se quita la libertad de testar, muy bien puede venderlos, por suceder en su lugar el precio del que puede disponer en su última voluntad: debiendo entenderse solamente vendidos los presentes, cuando solo se dijo que se vendian todos los bienes, sin espresarse los futuros; bien que en la hipoteca general de los bienes, se comprenden tanto los futuros como los presentes, por el poco ó nin-

ce sujetarse á la disposicion de las leyes, segun se verifica cuando ade alguna herencia. Y en tanto es verdadera esta doctrina, que con el príncipe son válidos los actos y contratos que con otra persona serian de ningun momento, por juzgarse que dispensa sobre la nulidad de ellos: en cuyo supuesto no es de omitir, que si el príncipe vende alguna cosa agena, de tal suerte perjudica al dueño, que no tiene accion contra el que la posee, sino solamente contra el mismo príncipe ó su fisco dentro de quatro años (núm. 1).¹

2. Tambien el hijo de familias así como puede hoy testar por la ley 5 de Toro, (la 4 tit. 4, lib. 5 de la Recop.) puede contraer, porque aunque le falten bienes, tiene capacidad para adquirirlos, la cual basta en otro cualquiera, así con respecto á los contratos, como con respecto á las últimas voluntades (núm. 2). Finalmente, el siervo es capaz para contraer, y aunque puede obligar civilmente, solo naturalmente puede obligarse, produciendo esta natural obligacion todos los efectos correspondientes (núm. 3).

CAPITULO II.

De la compra y venta.

1. El contrato perfecto y consumado se hace y celebra ó con solo el consentimiento, ó con la cosa, ó con la intervencion de la cosa, ó con las palabras. (Al fin del cap. antec.) El que se perfecciona y celebra con solo el consentimiento, es aquel para cuya validacion no se requiere otra solemnidad que

¹ Si el príncipe contrae con el motivo de su dignidad en beneficio de toda la república, quedan obligados precisamente los sucesores, mas no si contrae en su propio nombre (núm. 2).

el mismo consentimiento de las partes. Son de este número, además de otros semejantes, el de colacion, el de sociedad, el de donacion y el de compra y venta, del cual se trata en primer lugar, y es frecuente y cotidiano. Todos pueden regularmente intervenir en él, necesitándose para su forma la cosa de parte del vendedor, y el precio de parte del comprador (núm. 1).

2. Tiene lugar este contrato entre el padre y el hijo, con respecto á los bienes castrenses, cuasicastrenses y profecticios, en los cuales tiene éste el usufructo, porque en todos ellos se conceptúa padre de familias; mas no con respecto á les adventicios, cuyo usufructo pertenece al padre, por ser legítimo administrador de ellos, y así no poder intervenir entre padre é hijo contrato alguno en que aquel sea autor, bien se haga ocultamente, bien á las claras y con buena fé (núm. 2, ley 5, tit. 5, part. 5, y ley 23, tit. 11, lib. 5 de la Recop.).

3. Igualmente tiene lugar este contrato entre marido y muger, así como otro cualquiera oneroso, siempre que no se haga en fraude de la donacion, la cual impide el mutuo é intenso amor que media entre los cónyuges; sin que deje de valer el contrato por ser indispensable requisito para la validacion del que hace la muger la licencia del marido, pues es visto prestársela por el mismo hecho de contraer con ella (número 3).

4. Aunque ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes presentes y futuros, porque se quita la libertad de testar, muy bien puede venderlos, por suceder en su lugar el precio del que puede disponer en su última voluntad: debiendo entenderse solamente vendidos los presentes, cuando solo se dijo que se vendian todos los bienes, sin espresarse los futuros; bien que en la hipoteca general de los bienes, se comprenden tanto los futuros como los presentes, por el poco ó nin-

gun perjuicio que se sigue, mediante á que pagándose la deuda quedan libres todos los bienes (núm. 4).¹

5. Puede tambien venderse la herencia universal deferida por testamento ó abintestato, traspasándose en el comprador todas las acciones activas útiles, derechos y comodidades que pertenecian al heredero sin cesion alguna, y con ella las activas directas; mas no las pasivas que competian contra el difunto, y de consiguiente contra su heredero, pues aunque puede éste y otro cualquier acreedor trasferir en otro las acciones activas, no puede separar de sí las pasivas con que se halla obligado contra la voluntad de los acreedores: en cuya atencion pueden y deben éstos reconvenir al heredero vendedor, el cual podrá con la accion *negotiorum gestorum* recuperar del comprador lo que pagase (núm. 5).

6. Para que se tenga por válida la venta de la herencia, es necesario que sea de algun difunto, porque si fuese de persona que aun vive, como hecha contra buenas costumbres es nula; de tal suerte que el sustituto pupilar tampoco puede vender el derecho ó esperanza de la herencia del pupilo que todavía no se le ha deferido, y se priva despues de la herencia del que vive al que vendiere su herencia; aunque los sócios pueden muy bien convenirse en dividir las herencias que les pertenezcan posteriormente, segun los pactos lícitos que intervengan entre ellos, por entenderse ésto en herencias inciertas, y no de personas determinadas que aun viven (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc.*)

7. Así como puede donarse, legarse, darse en dote, en paga y en prenda la accion que se tenga contra otro, así tambien

¹ En la venta general de los bienes no se comprenden los prohibidos de enagenarse, ó que requieren para su enagenamiento una concesion particular, ni los que verosímilmente no se hubieran vendido en especie (núm. 5).

puede venderse, pasando al comprador *ipso jure* la accion directa en nombre del que cede, y la accion útil por el mismo contrato, mediante la cual puede cobrar la deuda, bien sea pura, condicional ó *in diem*, bien lo sepa ó ignore el deudor contra quien se cede. Del mismo modo puede venderse la accion real que alguno tiene contra el poseedor de su cosa, traspasándose *ipso jure* sin cesion, porque se causa por el dominio del vendedor, aunque el dominio no pasa al comprador sin tradicion verdadera ó ficta. Lo propio acontece cuando el reconvenido con la accion reivindicatoria paga la estimacion del pleito, pues igualmente se trasfiere dicha accion, por juzgarse hecha la venta y cesion de ella: de cuya doctrina se infiere, que aunque en los derechos incorporales por solo el título no pasa el dominio, ni otro derecho real sin tradicion ó cuasi tradicion; con todo, muy bien se trasfiere sin cesion la accion útil, limitándose ésto en el caso de que la venta y donacion de la accion se haga á favor del mas poderoso por razon del oficio, atento á ser nula, perdiéndose la deuda si intervino dolo (núm. 6).¹

8. Tambien puede venderse lo que aun no existe, como haya esperanza de que exista ó nazca, por lo cual es válida la venta de los frutos que han de nacer de algun fundo ó cosa,

¹ El vendedor de la accion debe prestar por su parte que el deudor es cierto, y que carece de excepcion para defenderse, no que es abonado, sino se que lo prometa especialmente: compitiendo accion al comprador contra el vendedor, cuando el deudor al tiempo de la venta no tenia para pagar, y cuando el vendedor contrajo sabiendo la pobreza del deudor, y no perjudicándose el que compra, ignorante de que la deuda no es abonada (núm. 7).

* Lo mismo debemos decir de la cesion ó traspaso de la deuda á favor de la persona mas revoltosa que la que la hace, (*leyes 15 y 16, tit. 2, Part. 3*), salvo haciéndose por última voluntad. (*Ley 17, tit. 7, Part. 3. Curia Philip. part. 2, § 9, núm. 8*).

del parto de la esclava, del feto de los ganados y otras cosas semejantes: entendiéndose en este contrato la condicion tácita, *si nazcan los frutos*; y así no naciendo, es de ningun momento la venta. Pero aunque es igualmente válida la venta que se hace de la pesca de las aves ó de los peces que están por cojer, no se entiende en aquella la espresada condicion, y se debe el precio, sin embargo de que nada se pesque. La razon de diferencia consiste, en que los contrayentes juzgan verosimilmente que han de nacer los frutos con respecto á lo que sucede por lo regular, en cuyo supuesto parece que contrajeron bajo la condicion referida: y en la pesca no se halla la misma verosimilitud, á causa de la mucha incertidumbre, y por tanto se discurre que solo se compró la esperanza (*núm. 7, ley 11, tit. 5, part. 5*).

9. Si la cosa agena vendida era mueble, y el vendedor la entregó sabiéndolo, no tanto se halla obligado por la eviccion quanto por causa del hurto, porque lo cometió verdaderamente con mudar la cosa de un lugar á otro: bastando para la comision de aquel crimen la tradicion ficta, y no teniendo éste lugar en las cosas inmuebles (*núm. 8*).

10. No es indispensable que el precio de la cosa haya de ser cierto y determinado, pues es suficiente que se refiera á cosa, por la que pueda certificarse, como si alguno dijese: *vendo la cosa por quanto la compré, ó existe en tal area*. De esto se infiere ser válida la venta del trigo, vino, aceite ú otra cosa semejante por el precio que se venda comunmente en la plaza pública en tal dia ó tiempo. Asimismo se deduce, que es de ningun momento la venta hecha generalmente por el justo precio, como se comprueba de ser especial en la prenda que valga la convencion, de que no pagándose la deuda dentro del término asignado, se tenga por vendida á favor del acreedor por el justo precio, para que mas fácilmente encuen-

tren los hombres quien les dé dinero prestado. Tambien se comprueba, de que únicamente puede conferirse el precio al arbitrio de cierta persona, y por tanto si de hecho interviniere venta en la forma dicha, siguiéndose la tradicion y percibiendo el comprador los frutos, podrá el vendedor pedir éstos y la cosa con la accion, *prescriptis verbis ó in factum eo equitate*, sin que pueda sostenerse como contrato innominado: *te doy, ó te entrego la cosa para que me restituyas el precio justo*. Y con arreglo á la doctrina dada es válido el contrato de arrendamiento sin determinarse el precio, cuando la cosa se acostumbra arrendar por cierta pensión, mediante á que entonces arrendándola simplemente, se entiende arrendarla por el precio acostumbrado (*núm. 9*).

11. Interviniendo precio y alguna cosa de parte del comprador, se juzgará ó venta ó permutacion, si las partes espresan que sea uno ú otro; mas si éstas nada dicen, debe atenderse lo que mas vale, conceptuándose desde luego venta, si el precio escede el valor de la cosa, y permutacion si por el contrario; bien es verdad, que si la cosa que se dá juntamente con el precio, fuere de mucho mas valor que éste, será permutacion, y si el precio escediere considerablemente la estimacion de la cosa, será compra, porque cuando resulta duda de las palabras puestas en el contrato ó disposicion, mas bien debe juzgarse y declararse segun su propia forma y naturaleza, que segun las palabras proferidas por los contrayentes: debiendo notarse, que si fuesen de un mismo valor el precio y la cosa, y nada espresasen las partes, será permutacion (*número 10*).

12. En orden á la pertenencia de los frutos de la cosa vendida, debemos seguir lo que pactasen las partes; y si con respecto á ellos no intervino ninguna convencion, pertenecerán al vendedor los percibidos al tiempo del contrato, y al

comprador los que estuviesen pendientes como partes de la cosa: siendo tambien del primero los que naciesen y se percibiesen por él despues de la venta, si no precede mora de su parte, porque si fuesen nacidos verificada la mora, serán del segundo; todo lo cual se entiende cuando los frutos son naturales ó industriales, pues si éstos consisten en las pensiones de la cosa arrendada, pertenecen al vendedor y no al comprador, si se debian al tiempo del contrato, y de lo contrario pertenecen á uno y otro con respecto á la parte del tiempo corrido (núm. 11).¹

13. Vendiendo alguno la cosa en que solo tiene parte, se entiende vender únicamente ésta, si el comprador sabe que toda no era del vendedor; pero si aquel lo ignorase, como siempre se presume, se juzga venderla éste toda libremente, y evinciéndose alguna parte queda obligado de evicción: y es digno de advertirse, que por la cantidad del precio ú otras circunstancias puede congeturarse si se vendió toda ó parte de la cosa (núm. 12).

14. Esta doctrina debe estenderse á la permutacion, dote ú otro cualquiera contrato oneroso, mas no tiene lugar en el contrato ó título lucrativo: y así donando ó legando alguna persona cierta cosa, se presume donar ó legar tan solo la parte ó derecho que en ella tiene, aunque haya de extinguirse con la muerte ó el tiempo, y el donatario ó legatario lo ignore (núm. *dic. vers. Quod catende*).

15. Si alguno vende la casa que tiene otra agregada, se conceptúa venderse ésta con la principal, cuando el dueño

¹ Cuando la venta se hizo con pacto de que el juez ú otro tercero habia de determinar el precio, antes de esto es la venta condicional, por lo que verificada despues la condicion se retrotrae, y los frutos percibidos antes de la declaracion pertenecen al comprador satisfaciendo el precio (núm. 12).

vendedor comprende ambas bajo un mismo nombre, y en la habitacion, alquiler ú otros actos semejantes usaba siempre de la agregada; pero no verificándose estas circunstancias, lo contrario se ha de seguir (núm. 13).

16. Vendiéndose simplemente la esclava, yegua, oveja, ú otro animal hembra, se juzga venderse al mismo tiempo el parto de ellas, si existe en el vientre, ó aunque se halle nacido, si necesita de la leche ó alimento de la madre, por contemplarse una misma cosa; mas si paciere yerba, y se alimentare de por sí, sucede lo contrario, porque se considera cosa distinta (núm. 14).

17. Asimismo vendiéndose el caballo ó mula se contemplan vendidos el freno, silla y demas ornamentos con que se manifieste al tiempo del contrato, así por el tácito consentimiento como por ser accesorios de la cosa vendida; pero si se presenta sin ornamento alguno, solo se debe la mula ó caballo: sucediendo lo mismo cuando se celebra la venta ausentes éstos, y prefiriendo la costumbre que haya en el pueblo del contrato (núm. 15).

18. Si vendiese alguno cierto prédio por sola una cantidad, diciendo que tenia v. gr. veinte obradas ó fanegas de tierra, aunque despues no se hallen tantas, no está obligado á suplirlas ó disminuir el precio, porque la intencion de las partes no se refirió á la mensura, sino á la misma especie ó cuerpo. En cuya atencion, si el prédio se vendiese no simplemente, y sí con respecto á las obradas ó fanegas, diciendo el vendedor su número, y señalándose por cada una de ellas cierto precio, no hallándose las que dijo el vendedor, tiene obligacion de suplirlas ó disminuir el precio, por referirse la intencion de las partes no á la misma especie ó cuerpo, sino al número, y así conforme á éste se ha de hacer la paga (núm. 16).

19. En este contrato de venta no se requiere escritura

para su validacion, esceptuándose los casos establecidos por derecho, como cuando las partes en el mismo contrato ó antes de él espresan que se haga escritura, porque entonces no será válido antes de su perfeccion y conclusion, segun se verifica en otro cualquiera: bajo cuyo supuesto podrán las partes arrepentirse lícitamente antes de hacerse la escritura, y despues de hecha deberán intentar las acciones provenientes de la compra desde el tiempo de la escritura perfecta, y no desde el de la convencion: pertenecerá la alcabala al arrendador de ella que hubo al tiempo de la escritura; y si la cosa vendida fuere de patrimonio, los nueve dias que se conceden para retraer, principiarán á numerarse desde aquel en que se haga la escritura. Pero si perfecto el contrato dicen las partes que se haga escritura, solamente puede servir para prueba; y con este fin aunque los contrayentes nada espresasen, puede el uno compeler al otro á que se haga la escritura (bien que sin la cláusula guarentigia) porque cualquiera está obligado á hacer lo que no le perjudica, y á otro aprovecha (*número 17, ley 6, tit. 5, part. 5*).

20. Tampoco se requiere para la forma y sustancia de este contrato la intervencion de arras, aunque inducirán la presuncion de haberse celebrado, si hubiesen intervenido, y las perderá el dante, y restituirá duplicadas el que recibe, siempre que se arrepientan aun antes de perfeccionarse la venta, ó por haber mediado solo palabras preparativas, ó por haberse espresado que se hiciese escritura. Y lo mismo sucede arrepintiéndose perfecta la venta, á no ser que las arras se diesen en lugar de precio, porque entonces de ningun modo pueden las partes arrepentirse (*número 18, ley 7, título 5, part. 5*).¹

¹ Otros dos casos hay en los cuales ni aun con pérdida de las arras

21. En los contratos onerosos y obligatorios *ex utroque litere* como la venta, locacion, y otros semejantes, no puede conferirse al arbitrio de uno de los contrayentes el mismo contrato ó alguna de sus partes sustanciales, porque la obligacion del uno no ha de estar pendiente de la voluntad del otro; mas en los lucrativos, muy bien puede conferirse al arbitrio del que trata de adquirir y no al del obligante, por presumir la ley que no quiso obligarse. Dije, *al arbitrio de uno de los contrayentes*, porque si se confiere al de ambos, como si uno dice: *te vendo tal cosa por diez, si quieres*; y el otro responde: *te la compro por los diez, si quieres*, es válida la venta, mediante á que la palabra *quiero*, proferida recíprocamente en las cosas dependientes de la mera voluntad, significa la cosa presente y perfecta en aquel instante (*número 19*).

22. La resolucion del contrato puede conferirse al arbitrio de uno de los contrayentes, como asimismo la cualidad de la cosa, v. gr. su bondad, color ó sabor, y de consiguiente la complacencia ó desagrado de ella, segun se verifica en este ejemplo: *te vendo la heredad por cien pesos, si dentro de tres meses te agradare*: siendo digno de advertir, que si no se asigna término por las partes, deberá el comprador restituir la cosa vendida dentro de sesenta dias, sino es que se dijo que perpetuamente tuviese facultad para devolverla (*die n. vers. Item etiam*).

23. Si vendiese alguno cierta cosa á dos en diversos tiem-

es lícito apartarse del contrato, es á saber, cuando aquellas se entregaron en señal de haberse perfeccionado éste, y cuando ya se había hecho la tradicion de la cosa; pero si en las partes no consiste que la venta deje de tener efecto, no se pierden las arras, como ni tampoco se pierden, pereciendo la cosa vendida antes que el comprador dijese que con pérdida de ellas queria separarse del contrato (*número 19*).

pos, no habiéndose entregado á ninguno, ó no constando de la entrega, será preferido el primer comprador; mas habiéndose hecho la tradicion de ella, el primero á quien se hizo ha de ser preferido. Fúndase esta sentencia, en que la accion ú obligacion personal, aunque contraida y nacida por razon de la cosa, no sigue á su poseedor, y de consiguiente el primer comprador á quien no fué entregada, no podrá dirigir su accion contra el segundo á quien se hizo la entrega. Tambien se funda en que al comprador que toma la posesion de la cosa, se le transfiere el dominio y pleno derecho de ella mediante el título y la tradicion, y así justamente se prefiere al otro, que solo tiene título y accion personal contra el dueño vendedor (*núm. 20, ley 50, tit. 5, part. 5*).

24. La espuesta doctrina se estiende en primer lugar á cualquiera enagenacion, ya por título oneroso como el de locacion, ya lucrativo como el de donacion (*dic. n. vers. Quam sententiam y vers. Secundó*). En segundo lugar se estiende al poseedor de buena fé que vende ó dona la cosa agena, transfiriendo en el primero que se entregó en ella un cuasi dominio, y de consiguiente la accion publiciana (*vers. Tertió*). En tercer lugar al caso en que se haga la tradicion por acto ficto al primero, y por acto verdadero al segundo: porque el derecho, posesion y demás efectos que resultan de aquella, se dicen tan verdaderos y perfectos como los que dimanar de esta (*vers. Quartó*). En cuarto lugar se estiende al clérigo ó personas eclesiásticas (*vers. Sextó*). En quinto y último lugar se estiende al caso de que la primera venta ó donacion se haga con juramento; pues si despues la misma cosa se vende ó dona á otro, y se le entrega, tambien debe ser preferido, sin que en modo alguno obste el juramento, porque aunque este puesto en el contrato obligue al que jura á la prestacion del hecho, debe entenderse cuando tiene facultad para

ello, lo que no se verifica en el caso de que se trata, mediante á que el vendedor ya no posee la cosa, y no quedó impedido por el juramento para enagenar y transferir su dominio (*vers. Septimó. ley 51, tit. 5, part. 5*).

25. Limitase tambien la doctrina espuesta en cuatro casos. El primero, cuando por solo el título se causa y trasfiere el dominio ó derecho real, segun se verifica enagenándose la cosa á la Iglesia, que con solo el título adquiere el dominio (aunque debe probar haber sido dueño aquel de quien tuvo causa) y á otro cualquiera en diversos tiempos, como asimismo hipotecándose á muchos en diversos tiempos, pues aquí del mismo modo por solo el título se consigue el derecho real de hipoteca (*vers. Nunc veró limita, ley 13, tit. 13, part. 5*). El segundo, si la venta segunda se hizo en fraude del primer comprador para que no obtuviese la cosa, sabiéndolo el segundo; pues aunque éste haya obtenido el dominio de ella por medio de la tradicion, podrá aquel pedir la cosa, y revocar la entrega con la accion *in factum* revocatoria que compete para rescindir las enagenaciones que se hacen en fraude de los acreedores, sin necesitarse de escusion alguna, como cuando la cosa debida consiste en dinero, en atencion á que por el contrato de compra queda el vendedor precisado á entregar la cosa, si tiene facultad para ello (*vers. Secundó*): debiendo advertirse, que para revocar la segunda enagenacion, que se hace por título lucrativo, no es necesario probar fraude en el que recibe, ni tampoco en el vendedor, porque en éste se presume (*vers. Ex quo deducitur. ley 7, título fin. part. 5*). El tercer caso es, cuando ambos compradores probasen que se les entregó la cosa, y no consta de la prioridad, en cuyo acontecimiento la presuncion está por el primero, como que tiene mas justo título: del mismo modo que probando dos partes igualmente la posesion, debe obtener en el interdicto *uti*

possidetis la que probase título (*vers. Tertio principaliter limita*). El cuarto y último, prometiendo solemnemente el dueño vendedor al primer comprador, no enagenar, ni vender á otro la cosa, é hipotecando para su cumplimiento todos sus bienes, y especialmente la cosa vendida, por ser nula la enagenacion que despues se haga (*vers. Quarto principaliter*).

26. Por varias causas puede rescindirse el contrato de compra ya perfecto. La primera es el consentimiento contrario de las partes, ya sea incontinenti, ya despues de algun intervalo, antes que se verifique la entrega, porque precediendo ésta, es necesaria la restitucion de la cosa entregada, bien que si los contrayentes en este caso se conviniesen en la revocacion, podrán compelerse mutuamente á ella, mediante á que segun nuestro derecho, solo la voluntad de obligarse se requiere para quedar obligados (*número 21*).¹

27. La segunda causa es el dolo, siendo de tal cualidad que pudiera ocultarse aun á los muy sagaces, é incidiendo en el mismo contrato, porque si diese causa á él es de ningun momento; si bien es cierto que deberá observarse el contrato, siempre que la parte, en cuyo favor es nulo, ó se puede rescindir, lo apruebe: infiriéndose de esto, que en los casos que el contrato se rescinde ó declara inválido por favor de alguna persona, con su voluntad puede confirmarse y hacerse válido, por cuyo motivo el que cometió el dolo, podrá obligar al engañado á que declare, si quiere ó no estar por el contrato (*dic. n. vers. Secundus modus*).

¹ Si por una de las partes se cumplió el contrato, haciéndose la restitucion, se debe una alcabala del primer convenio, y si por ambas se consumó el contrato, se deben dos alcabalas, porque con el contrario consentimiento y mutua restitucion no se disuelve la primera venta, sino se contrae otra nueva (*núm. 22*).

28. La tercera causa es la lesion enorme, que consiste en mas de la mitad del justo precio aunque el exceso sea de sola una moneda, cuya tasacion se ha de mirar al tiempo del contrato, como si la cosa que vale diez, se venda por cuatro ó por diez y seis. (*núm. 22*). En este caso compete al comprador ó vendedor, respectivamente por el término de cuatro años el remedio de la *ley 2. C. de rescind. vendit. (dic. n. vers. Sed hodie)*, en cuya virtud pedirán, ó que se rescinda la venta, ó se supla el justo precio (*dic. n. 22, ley 56, tit. 5, part. 5*): advirtiéndose que si se hace la restitucion de la cosa, no hay obligacion de restituir los frutos, así porque el que la tiene la posee con justo título y buena fé, y no puede constituirse en mora, como porque la otra parte goza al mismo tiempo del precio (*núm. 24, ley 1. tit. 11, lib. 5, de la Recop.*).

29. Este remedio se estiende á todos los contratos de buena fé, como la permutacion y arrendamiento (*dic. núm. 22, al fin*); y se puede intentar aunque el perjudicado renunciase de él, y dijese que donaba lo que mas valia, porque estas palabras se refieren solamente á una corta cantidad, y con la misma facilidad que se inducen á vender los contrayentes, se inducen igualmente á poner esta cláusula y otras semejantes (*núm. 26*). Y aun tambien tiene lugar haciéndose la venta en pública subasta, si se prueba verdadera y realmente la lesion, pues en duda no se presume en ella, segun debe decirse del dolo (*núm. 23*).

30. Enagenada la cosa, el vendedor engañado aunque no puede reconvenir al poseedor de ella, sí al comprador mediante la accion personal que contra él tiene; mas si el perjudicado fué el comprador, ni aun contra el vendedor tiene accion, por quanto por hecho y culpa suya se halla sin facultad para restituir la cosa: y si ésta pereciese fortuitamente, ni uno ni otro puede valerse del dicho remedio: no el vendedor, porque

la acción que nace, respecto de la cosa, se estingue en pereciendo: no el comprador, porque no puede restituir la cosa al vendedor (*dic. núm. 22, vers. Item adde quod si res.*).

31. Si alguno de los contrayentes jurase no pedir la rescisión, está privado de pedirla siendo mayor, no siendo menor, pues entonces parece que jura no pedir la rescisión del contrato solamente por derecho privilegiado, prescindiendo del derecho comun; sino es que jura especial y particularmente no pedirla por ningún capítulo (*núm. 25*).

32. La cuarta causa es el pacto *de retrovendendo*, que se verifica cuando la venta se hace con condición de que haya de restituirse la cosa en d evolviéndose el precio, cuyo pacto es lícito también por derecho canónico y en el fuero de la conciencia, y el comprador lucra los frutos por razón del justo título hasta que se le dé u ofrezca el precio, sino es que el contrato se presume usurario, por acostumbrar el comprador dar á usura, convenirse espresamente en que éste lucre los frutos, ser corta la cantidad dada por la cosa ó por otro motivo semejante (*núm. 27, ley 42, tit. 5, part. 5*).

33. Para recobrar la cosa el vendedor debe dar u ofrecer el precio dentro del tiempo estipulado, porque pasado éste ni aun puede su heredero menor, sin que obste que la prescripción no corre *ipso jure* en perjuicio del menor, mediante á que ésto tiene lugar en la prescripción legal, y no en la convencional, cual es la presente; pues si ésta principia á correr contra el difunto, y nada se ha tratado con el heredero menor, siempre continúa sin esperanza de restitución, á no ser que el heredero ignore la condición puesta en el contrato del difunto, en cuyo caso, ya sea mayor, ya menor, será restituido por la cláusula general *si qua mihi justa causa* (*dic. n. vers. Qæro tamen*).

34. Pero si entre las partes no se hubiese señalado térmi

no, espresándose que el vendedor pudiese retraer la cosa en cualquiera tiempo que volviese el precio, así él como su heredero pueden recuperarla perpetuamente por virtud del dicho pacto, en atención á que las acciones y obligaciones se pueden estender *in infinitum* por convenio de las partes, según acontece cuando el comprador pacta con el vendedor restituir la cosa en cualquiera tiempo que le desagrade (*número 28*).

35. Si el comprador con pacto de retrovendendo vendiese á otro la cosa, como que no tiene facultad para entregarla, podrá el vendedor obligarlo á que le satisfaga el interés, y no tendrá acción para recuperarla del tercero poseedor, sino es que le fué cedida, se puso pacto prohibitivo de venta, cláusula resolutive del contrato, ó cláusula translativa de dominio ó posesión: porque las acciones personales sean activas ó pasivas, no pasan al singular poseedor, y el derecho real que este tiene es mas poderoso ó fuerte que el personal de otro (*núm. 29*).

36. La quinta causa es el pacto de la ley comisoría, que interviene cuando se vende la cosa con condición de que se tenga por no vendida, si el comprador dentro de cierto tiempo no satisface el precio estipulado; pues si éste en el término que se asignó, no hace la paga, se rescinde *ipso jure* la venta, transfiriéndose el dominio en el vendedor como si nunca se hubiese celebrado; y pudiendo éste á su consecuencia recuperar todos los frutos percibidos en el medio tiempo por el comprador, sin embargo de que en los contratos y su resolución, no se transfiere el dominio sin entrega verdadera ó ficta, porque esta regla no tiene lugar en el pacto de la ley comisoría, por evitar el perjuicio que de otra suerte podria seguirse al vendedor (*núm. 30. al princip. y vers. Item etiam. Ley 38, tit. 5, part. 5*).

37. Y no tan solo puede ponerse pacto por el que se extinga el dominio una vez adquirido, sino tambien por el que se impida, mediante á que el dominio (del mismo modo que la posesion) puede transferirse condicionalmente, como si se espresase que no habia de pasar el dominio al comprador hasta que satisfaciese el precio: no siendo de omitir, que si al principio se entrega el precio dándose la cosa, no se puede con pacto alguno estorbar la traslacion de su dominio (*dic. n. vers. Ex quo singulariter*).

38. Lo que hemos dicho de la virtud y efecto del pacto de la ley comisoría, no puede correr si se pacta que restituyendo el vendedor el precio dentro de cierto tiempo, se tenga la cosa por no comprada, así por no hallarse establecido en el derecho, como porque en este caso no puede seguirse al vendedor el perjuicio que en el antecedente; pues en el primero se halla el vendedor sin precio y sin cosa, y en el segundo con el precio (*dic. n. vers. Item adde prosequendo*).

39. Dos circunstancias han de verificarse para que tengan lugar el pacto de la ley comisoría y sus mencionados efectos. La primera, que intervengan en el contrato palabras directas, como: *téngase la cosa por no comprada: el contrato no valga*, y otras á este modo: porque si fuesen oblicuas, v. gr. *vuélvase la cosa, restitúyase*, y otras semejantes, solamente podrá intentarse la accion personal para la observancia del pacto que entonces es *de retrovendendo*. La segunda que se haga é interponga por las partes en el mismo contrato, y no despues de algun intervalo: siendo digno de advertir, que si el vendedor no quiere usar del pacto de la ley comisoría, despues que se verificó la condicion, sino estar al contrato, y compeler al comprador á su cumplimiento, puede y debe ser admitido por haberse puesto en su favor (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc leges 38 y 42, tit. 5, part. 5*).

40. La sesta causa es el pacto *adjectionis in diem* que consiste en que se tenga la cosa por no vendida, si dentro del término señalado parece otro que ofrece mayor precio, ó hace la compra con mejor condicion, porque si así se verifica, se rescinde y anula el primer contrato (*dic. n. vers. Sextus modus Ley 4. tit. 5. part. 5*).¹

41. Si celebrada la venta simple y absolutamente, se disuelve incontinenti por el mutuo consentimiento de las partes, no se debe alcabala, por ser lo mismo que si no se hubiese celebrado; pero si despues de algun intervalo se disuelve por el recíproco consentimiento, ó la disolucion se verifica en virtud del pacto de retrovendendo, muy bien se debe del contrato, porque no pueden las partes privar al fisco del derecho adquirido, aunque no se debe de su disolucion, por no ser contrato sino distracto: todo lo cual tiene tambien lugar cuando la venta se anula en fuerza del pacto directo de la ley comisoría, ó *adjectionis in diem*, sin embargo de que se disuelve *ipso jure* con todos sus efectos, como si nunca hubiese precedido, pues el contrato fué perfecto, y de consiguiente se le adquirió derecho al fisco, del cual no ha de privársele (número 31).

42. El perjuicio que se siga á la cosa despues de perfecta la venta, aunque no se haya verificado su entrega, pertenece al comprador, quien sin embargo tiene obligacion de satisfacer el precio estipulado, así por ser regla general que perfecto el contrato es del comprador el daño y peligro, como por

[1] Haciéndose la venta puramente, y resolviéndose bajo condicion: como si se dijese: *vendo el fundo con el pacto de que ofreciéndoseme mayor precio, esta venta no valga*: os el contrato perfecto, y los frutos pertenecen al comprador: mas si la venta es condicional v. gr. *te vendo el fundo si otro no me da mayor precio*, corresponden al vendedor los frutos (número 31 vers *Per pactum*).

que el deudor en especie de cuya clase es el vendedor, queda libre faltando aquella: debiendo esto entenderse cuando la cosa perece ó se deteriora sin culpa del vendedor, bien consista en hacer, bien en omitir, como si por no custodiarla, segun suele sus cosas un buen padre de familias, fuese incendiada: porque entonces sufrirá el perjuicio de la cosa el vendedor, que antes de entregarla se juzga procurador de ella con mandato de la ley (*núm. 32, ley 13, tit. 5, Part. 5*).

43. Si el contrato de que se habla, se resolviese en cuanto á una sola parte por convenio de los contrayentes, se entiende tambien resuelto en cuanto á la otra, siempre que no haya intervenido ni tradicion de cosa ni de precio: y en caso de que se haya entregado la cosa y uno de ellos libre al otro, parece hacerle donacion, y el contrato se resuelve solamente en cuanto á una parte (*dic. núm. vers. Quid autem*).

44. La mencionada regla general padece una escepcion notable en las cosas consistentes en peso ó medida, porque si alguno vende ciertas arrobas de aceite ó ciertas fanegas de trigo en género y sin determinacion del lugar en que se hallan, el daño y peligro es del vendedor, aunque perezca todo el trigo ó aceite que tiene en su patrimonio, ó exista fuera de él, mediante á que el género no puede perecer, y no tenia obligacion de pagar mas bien del contenido en un lugar que del contenido en otro: y si se determinase el lugar del que han de estraerse para la paga, no habiendo intervenido entrega, prueba con gustarlas ó medida, ni sido causa el comprador de que no interviniese, tambien toca el daño al vendedor, no tanto por conceptuarse la venta hecha en género, quanto porque en estas cosas el contrato se presume celebrado con la condicion tácita, *si se pesan ó si se miden*; mas si tales cosas se venden como cierta especie ó cuerpo, v. g., *todo el vino contenido en tal tinaja*; entonces el peligro pertenece al comprador

y no al vendedor, exceptua los tres casos. El primero cuando el vendedor recibe en sí el peligro: el segundo si el vendedor fué causa de que no se midiesen ni pesasen: el tercero si aseguró al comprador que lo vendido era de tal calidad que se podia guardar mucho tiempo sin dañarse, ó si sabiendo que se dañaria no se lo dijese. Y esto mismo sucede cuando teniendo noticia el vendedor de haberse publicado ó haberse de publicar dentro de poco tiempo alguna ordenanza para que se vendiese el vino, trigo ú otra cualquiera especie por un precio mas bajo, no certificase de ello al comprador; pues se ha de argüir de la mutacion de la cualidad intrínseca, á la de la cualidad estrínseca que es el precio de la cosa (*dic. núm. vers. Predicta. Leyes 24 y 25, tit. 5, part. 5*).

45. Tambien debe limitarse la espresada regla en la venta celebrada bajo condicion, si pendiente ésta perece la cosa, porque el peligro incumbe al vendedor (*dic. núm. vers. Item predicta. Ley 26, tit. 5, part. 5*).

46. La eviccion que se debe en el contrato de venta tiene tambien lugar, ya se evinca toda la cosa, ya solamente una parte indivisa ó separada (*núm. 34 al fin*), en todos los contratos onerosos como la permutacion, dacion *in solutum*, division de alguna cosa particular, comun á muchos por contrato ó última voluntad, y asimismo en la division de la herencia; pues si á un heredero se le despojase de alguna de las cosas que le fueron adjudicadas por sentencia de juez ó por unánime voluntad de los herederos, podrá intentar contra estos la accion de eviccion para que salgan al saneamiento, mediante á que la division de la herencia se conceptúa cierta permutacion, y tiene fuerza de compra y venta (*núms. 33 y 34, ley 33 tit. 5, part. 5 y ley penúlt., tit. 15, part. 6*). Dije: *de las cosas que le fueron adjudicadas por sentencia de juez ó voluntad &c.* porque si la division se hizo con arreglo á lo dispuesto por el

difunto que dividió entre ellos sus bienes, no se debe la evicción pidiendo por derecho de acción, aunque si reteniendo por derecho de excepción, y defendiéndose hasta conseguir la indemnidad de su parte (*dic. núm. 34, vers. Advertendum tamen.*); pero esta excepción se limita en cuanto á la legítima, bien se le asignase al hijo por el padre en su testamento, ó bien se le dejase en vida por título de donación, porque si se le eviniese alguna cosa de ella, puede compeler á sus hermanos ó coherederos al saneamiento (*dic. núm. vers. Quod tamen, dic. ley penúl.*).

47. En los contratos lucrativos no se debe por lo regular la evicción. Primeramente en la donación debemos distinguir, pues si ésta principia por la entrega, no está obligado el donante al saneamiento de la cosa, ni debe satisfacer los gastos hechos en ella ó el pleito que tuvo para defenderla, en atención á que de otra suerte sería nociva al donante su liberalidad: así como no pueden admitirse en la cosa donada, aunque aparezca viciosa, las acciones redhibitoria y *quanto minoris*, si no es que sabiendo ser agena la donase, porque entonces tiene contra sí el donante la acción de dolo para que abone las espensas hechas en la cosa. Pero si la donación principia por la promesa indistintamente, debe salir el donante á la evicción, bien prometiese una cosa en género, bien en especie, bien sepa que es agena, ó bien lo ignore; pues en este caso parece haberse obligado á transferir el dominio y hacer la cosa del donatario (*núm. 35*),¹ bien que si el donante prome-

¹ D. Francisco de Amaya (*leg. 1, C. de jure fisci núm. 18*) llama á esta opinión comunmente recibida, error inveterado, diciendo que el donante no debe sufrir pena por su liberalidad (*núm. 36, vers. Novissimé*). El Suarez (*letra O*) apellida vana y sutil esta diferencia, y yo no encuentro razón sólida en que pueda fundarse.

te espresamente la evicción, en todo caso debe prestarla (*dic. núm. vers. Secundo limita*).

48. No es contraria á lo que acabamos de decir, la regla de que ninguno se presume donar mas que el derecho que tiene en la cosa, principie la donación por la entrega ó por la promesa, mediante á que únicamente puede correr cuando el donante tiene en la cosa que dona algun derecho ó parte, aunque sea mínima, y por consiguiente en este caso nunca tiene entrada la evicción; mas no debe admitirse siendo la cosa de un todo agena, por considerarse la donación con respecto á toda la cosa, supuesto que no puede restringirse á una sola parte, y así se debe seguir la regla de evicción que va sentada (*dic. núm. vers. Advertendum tamen quod circa*).

49. Otra diferencia notable ademas de la insinuada se echa de ver entre la donación que se hace de una cosa enteramente agena, y la que se celebra de una cosa agena en parte; y es que en el primer caso si acontece despues que el donante se haga señor de la cosa donada, se confirmará y valdrá irrevocablemente la donación, hubiese principiado por la entrega ó por la promesa, porque confirmado el derecho del dante, se confirma el derecho del que recibe: y en el segundo caso, aunque llegue á ser dueño posteriormente de toda la cosa, no valdrá la donación en la otra parte que al tiempo de hacerse no era del donante, por no estenderse á ella su voluntad. No obsta que si alguna persona lega la cosa en que tan solo tiene parte, valdrá el legado en toda ella si antes de su fallecimiento toda la adquiere; porque esto sucede en las últimas voluntades que se confirman con la muerte, y por tanto este tiempo debe atenderse, mas no en los contratos, en los cuales el tiempo de ellos se ha de mirar (*dic. núm. vers. Secunda*).

50. Tampoco tiene lugar la evicción en los legados siempre que se legue alguna cosa en especie: porque ó no supo el

difunto que era agena, y entonces no se debe la eviccion por ser inválido el legado; ó lo supo, y fué la cosa dejada á una persona conjunta, y en este caso se halla obligado el heredero á prestar la estimacion de la cosa, por resolverse *ipso jure* el legado en el valor de ella, y consiguientemente la eviccion no se debe: ó finalmente el testador legó una cosa en parte solamente propia, é indistintamente no se debe la eviccion con respecto á la otra, hiciéralo con ignorancia ó sin ella, por ser visto legar el único derecho que en ella tenia; mas si se lega una cosa en género, mueble ó inmueble, y despues se evince la que entregó el heredero, deberá éste salir á su saneamiento, por ser evidente que el difunto no se refirió mas bien á ésta que á otra cualquiera, y así se le debe dar una cosa al legatario que la adquiera perfectamente (núm. 36).

51. En la dote, si se da estimada con estimacion que cause venta, siempre tiene lugar la eviccion, y el que da en dote la cosa agena con dolo, puede ser obligado á que entregue la estimacion é interes de la cosa vencida juntamente con las espensas hechas en ella por medio de la accion de dolo. Pero prescindiendo de estos dos casos, ha de atenderse la regla de si principia por la entrega ó por la promesa, segun acontece en la donacion, aunque no sea con respecto á la muger que obtiene la dote con título lucrativo, sino con respecto al marido que la adquiere por causa onerosa, mediante la obligacion que tiene de sostener las cargas matrimoniales: porque el contrato de dote aun de parte del marido no es tan oneroso como el de venta ú otro semejante, pues seria muy injusto que el comprador careciese de la cosa y del precio, y no lo es que el marido sostenga las cargas matrimoniales, sin embargo de que se prive de la dote, por no ser privado de su muger que es lo principal, mayormente cuando el peligro de la dote inestimada vencida no pertenece al marido, que en este caso

no se halla obligado á la restitution, aunque tambien debe sufrir las cargas matrimoniales, y se le puede imputar el no haber procurado que se le prometiese la eviccion ó saneamiento (núm. 37, ley 22, tít. 11. part. 4).

52. Por lo que hace al contrato de transaccion debemos decir, que si alguna persona mueve pleito á otra sobre cierta cosa, y mediante la transaccion se aparta de él, y dimite ésta á favor del reo convenido, evinciéndose despues por algun tercero, no está aquella obligada de eviccion, porque no parece que el que deja la cosa en poder de otro por causa de transaccion, le concede algun título de nuevo ó le trasfiere algun derecho: siendo su intencion solamente el apartarse del litigio, y reteniendo el poseedor la cosa como propia, y no como del actor; pero si alguno de los que se transigen entregase cierta cosa á otro en virtud de la transaccion, se halla aquel obligado de eviccion, por ser visto conceder título á éste y trasferirle el dominio de la cosa (núm. 38).

53. En el contrato de venta, segun acontece en los demas onerosos, no puede intentarse la accion de eviccion, hasta que el comprador haya entregado la cosa, ó se haga ejecucion en ella en virtud de la sentencia contra él pronunciada, sin que éste tenga derecho despues de movido el pleito para compeler al vendedor á que le preste fiadores por la eviccion, aunque probando ser la cosa agena, si no es que en el tiempo del contrato se tema la eviccion, y aparezca agena la cosa vendida, como si perfecta la venta, y antes de entregar el comprador el precio se moviese pleito sobre ella; pues en este caso aunque no puede inventar la accion de eviccion, mediante á no haberse vencido la cosa; si retener el precio hasta que se le dé suficiente caucion y fianza por la eviccion de ella; bien que si el pleito se hubiese movido por dolo é instancia del

comprador, y de ello constase, no puede retener el precio; en cuya inteligencia será muy útil valerse de la cautela de que el comprador y el que mueve el pleito juren no haberse cometido fraude alguno (*núm. 39, al princ.*).

54. Sabiendo el vendedor que la cosa era agena, no tiene lugar propiamente la evicción, y tan solo en cualquiera tiempo, y sin ser necesario que se mueva pleito sobre ella, podrá el comprador pedirle el interés por razón de su dolo (*dic. número vers. Secundó limita.*).

55. Para que pueda intentarse la acción de evicción, se requiere que el comprador, ó aquel á quien fué vendida la cosa, haga saber el pleito al vendedor ó autor suyo, á fin de que asista á él, y venga á defenderlo: exigiéndose para que éstos se certifiquen del litigio, que se les manifieste copia del libelo en pública forma si la denuncia se hace sin autoridad de juez, porque con ella no se necesita; y debiendo hacerse muerto el vendedor, ó autor á todos sus herederos, pues si se hiciese á uno solo, los demás no quedarían obligados, y cada uno lo está de evicción con respecto á la parte que le ha tocado de herencia (*vers. Item adde quod ad hoc. Ley 33, tít. 5, part. 5.*).

56. También debe hacerse la denuncia referida antes que pase el término de proponer las excepciones, y de hacer prueba, porque si se hace después, el vendedor ó autor no puede defender la cosa, y probar y deducir su derecho en juicio, mediante á que debe tomar el pleito en el estado en que se halla (*vers. Item quero. Ley 36, tít. 5, part. 5.*): de lo cual se deduce, que si en la primera instancia no se hizo la denuncia, podrá hacerse en la segunda, siempre que las cosas se hallen íntegras para el vendedor ó autor, por poderse admitir excepciones y pruebas sobre los artículos deducidos en la

primera, mas no de lo contrario (*vers. Ex quo infertur.*)¹ Y de tal suerte es necesaria la denuncia, que ha de intervenir, aun cuando el vendedor ó autor tenga noticia del pleito, porque no tanto se hace para esto cuanto para que venga á la causa y la defienda (*vers. Item adde quod in tantum.*).

57. No se requiere la denuncia cuando la necesidad de hacerse se remitió por el vendedor ó autor, segun se practica en los instrumentos de venta (*vers. Item adde quod ista.*). Tampoco se necesita la denuncia en el caso de que el derecho del que vence la cosa, sea tan notorio que con ninguna prueba ó defensa se pueda oscurecer: pudiendo además el comprador reconvenido restituir la cosa al que la pide antes de la sentencia condenatoria; y debiendo siempre probar manifestamente ser la cosa agena, de cuya prueba se escusa con la denuncia, por bastar entonces la manifestación de la sentencia en que fué condenado (*vers. Item etiam adde.*).

58. El vendedor ó autor á quien se hizo la denuncia, no está obligado á tomar el pleito, y suministrar las espensas, por incumbir al comprador, sino es que aquel las prometiere espresamente, porque entonces queda obligado, condenándose de otra suerte en todas las espensas del pleito, y en todo el interés (*vers. Item quod venditor.*);² bien que el vendedor aunque no se haya hecho la denuncia correspondiente, ni hubiese prometido en el contrato defender el pleito, puede si quiere en los casos que está obligado de evicción, movido el litigio, y antes de principiarse con el comprador (porque des-

1 En las causas lucrativas en que tiene lugar la evicción, debe hacerse la denuncia antes de contestarse el pleito (*núm. 40. vers. Denuntiationem fieri.*)

2 Esto se entiende si fuese denunciado jurídicamente (*núm. 40, vers. Venditorem.*).

pues es indispensable el consentimiento del actor) tomar en sí la causa sin mandato alguno por su propio interes, segun se observa en otros muchos casos, en los cuales la persona interesada tiene facultad para comparecer en juicio, y asistir á la causa presentando testigos ó instrumentos, ó haciendo alguna otra prueba. Y es digno de advertir que el vendedor como que está obligado de eviccion, compareciendo por su propio interes, puede tomar en sí principalmente toda la causa, lo cual no acontece en otros casos, porque en ellos el interesado solo tiene derecho para asistir al pleito, y coadyuvar la justicia del reo reconvenido: debiendo el que comparece tomar la causa en el estado que la tienen el actor y reo, y manifestando primero á lo menos sumariamente su derecho ó interes (*vers. Item adde quod venditor. Ley 33, tit. 5, part. 5*).

59. Si el vendedor ó autor á quien fué hecha la denuncia, quiere comparecer y asistir en la causa, debe litigar y seguirla en el tribunal en donde se principió, sin que pueda declinar la jurisdiccion, aunque sea clérigo, y goce del privilegio del fuero (*vers. Item adde quod talis venditor. Ley 57, tit. 6, part. 1*).

60. No tan solo puede el comprador, ú otro que obtuvo la cosa por título oneroso, intentar la accion de eviccion, cuando poseyéndola fué condenado por el juez á que la restituyese, sino tambien cuando perdió la posesion sin culpa suya (no de otra suerte) y habiendo intentado las acciones reivindicatoria y publiciana sucesivamente ó á un mismo tiempo (pues si no se intentan ambas no tiene lugar) contra el poseedor ó detentador, siempre fuese este absuelto, bien porque probase ser la cosa suya, ó bien porque el actor no hiciese la prueba que le correspondia, mediante á que en uno y otro acontecimiento seria injusto no pudiese solicitar el saneamiento, habiendo perdido la cosa sin culpa alguna: siendo

digno de notar, que aun en este caso debe el comprador haber saber al vendedor el pleito que movia (*vers. Item adde quod nedum*).

61. En muchos casos no está obligado de eviccion el vendedor, aunque le fuese hecha la denunciacion. El primero es, cuando así se hubiere convenido con el comprador; pues entoncés solo podrá compelerse á la restitucion del precio para que no se luere con la pérdida del comprador, y no á satisfacer todo el interes; sino que se pactó especialmente que tampoco se habia de hacer la restitucion del precio: debiendo entenderse lo espuesto, si el vendedor ignora ser la cosa agena, porque sabiéndolo queda obligado á la satisfaccion de todo el interes por razon del dolo, sin que sea de omitir que en el caso de que el pacto de no estar obligado á la eviccion no sea general, sino particular ó respectivo á cierta causa ó persona, si fuese vencida por una ú otra, no se halla obligado el vendedor ni aun al precio de la cosa, ya lo supiese, ya lo ignorase, en atencion á que el comprador parece cerciorado, y por tanto á él mismo se ha de imputar (*dic. núm. vers. Notandum*).

62. El segundo caso es, cuando el comprador no apela de la sentencia pronunciada contra él siendo injusta, ó no denuncia al vendedor en tiempo oportuno para comparecer y apelar, aunque antes se hubiese denunciado el pleito, bien se halle ó no presente el vendedor al tiempo de la sentencia. Dije siendo injusta, porque si fuese justa á causa de constar verdaderamente ser la cosa de quien la pide, no tiene obligacion de apelar; pues si en este caso pudo restituirla antes de la sentencia, con mayor motivo podrá no apelar, ni seguir la apelacion. Y dudándose si la sentencia es justa ó no, tampoco deberá apelar, mediante á presumirse justa en caso de duda; pero si el comprador apelase de la sentencia injusta verdaderamente,

ó en caso de duda, está obligado á seguir la apelacion dentro de los términos prescritos, á no ser que la denuncie al vendedor, porque la denunciacion escusa del gravámen de apelar y seguir la apelacion (*vers. Secundus. Ley 36, tit. 5, part. 5*).¹

63. El tercero, cuando el comprador fué condenado injustamente por imprudencia del juez, errando en la disposicion del derecho ó hecho; pues en este caso solo queda el remedio contra el juez en el tiempo de la residencia, mediante á que parece perdida la cosa fortuitamente, y por tanto la pérdida toca al comprador (*vers. Tertius. dicha ley 36*).

64. El cuarto, cuando habiéndose movido ó habiendo de moverse pleito sobre la cosa, el comprador se compromete en árbitros, y fuese condenado, ó cuando proroga la jurisdiccion del que no es su juez, por quanto lo hizo sin necesidad alguna: infiriéndose de aquí, que si el comprador estaba obligado á comprometerse, se podrá valer de la accion de eviccion (*núm. 40*).

65. El quinto, cuando por el príncipe es compelido el comprador á vender ó entregar la cosa á otro por alguna causa onerosa, en atencion á que no pudiendo resistir á su voluntad, se conceptúa privado de ella por un caso fortuito. Bajo de este supuesto es tambien evidente, que si al comprador se despoja de la cosa, en virtud del derecho de retracto, bien por ser de patrimonio ó abolengo, ó bien por ser comun pro indiviso, no estará obligado de eviccion el vendedor, porque fué vencida con arreglo á la voluntad del príncipe ó de la ley, (*dic. núm. vers. Quintus. Ley 37, tit. 5, part. 5*).

66. El sexto, evinciéndose la cosa por derecho especial, v.

¹ El vendedor puede apelar de la sentencia pronunciada contra el comprador, aunque por no apelar éste se haya pasado en autoridad de cosa juzgada (*núm. 40, vers. Emptorem non posse*).

gr. por la restitucion *in integrum*, en cuyo acontecimiento solo podrá el comprador pedir el precio, porque seria injusto que se privase de uno y otro, aunque si en el contrato se prometiese espresamente la eviccion, tendrá tambien lugar en este sexto caso (*núm. 41*).

67. El séptimo, cuando el comprador sabia hallarse la cosa obligada á otro, ó ser agena, aunque ignorase de quién: y en este caso tampoco puede pedir el precio (si no que se le hubiese prometido espresamente el salir al saneamiento) por ser visto donarlo, ni retenerlo no habiéndolo entregado, sin embargo de que intervenga dolo de parte del vendedor; bien que siempre que se invierta en utilidad de éste, habrá lugar á la repeticion (*núm. 42, ley 19, tit. 5, part. 5*).¹

68. El octavo, cuando el comprador es espelido de la cosa violentamente, aunque el vendedor hubiese prometido defenderlo en ella de derecho y de hecho, porque debe entenderse aconteciendo el que se le mueva pleito con derecho ó sin él, mas no en el caso de que se le infiera violencia de hecho. El nono, cuando el comprador no usucapió ó prescribió la cosa por culpa suya. El décimo, cuando perdió la cosa por su negligencia, y de poseedor se hizo actor. El undécimo, cuando contravinendo á la prohibicion puesta en el contrato, la vendió ó enagenó, y por esta causa llegó á perderla (*número 43*).

69. El duodécimo y último caso es, cuando se comprase al heredero la herencia ó parte de ella, y se venciese alguna cosa particular. La razon consiste en que si era hereditaria, y el comprador fué condenado injustamente, no tiene lugar la

¹ En el *vers. Secundó* limita al fin de este número está el lugar mendo, y donde dice: *in utilitatem venditoris*, debe decir *in utilitatem domini* (*núm. 43, vers. Denique*).

evicción: si no era hereditaria, no se contempla vendida; y si era hereditaria, y se venció justamente por haber probado el actor ser dueño, tampoco tiene lugar, porque no se conceptúa vendido mas que el derecho universal hereditario que compete al heredero, el cual no fué vencido. Por este motivo si se evinciese toda la herencia ó parte de ella, á causa de haberse probado que el vendedor no era heredero, ó que no habia muerto aquel de cuya sucesion se trata, está obligado á la evicción (número 44).

70. La evicción que se debe cuando se priva al comprador de toda la cosa, ó parte de ella, se debe tambien evinciéndose el usufructo, mediante á que se juzga parte de la cosa; pero no se debe con respecto al uso y servidumbres rústicas ó urbanas, porque aquel y éstas no se conceptúan partes de la cosa, sino cualidades ó accidentes suyos; bien que esto se entiende haciéndose la venta simplemente; pues si el vendedor espresó que el fundo no debia servidumbre, queda obligado de evicción. Y sabiendo el vendedor que el fundo debia servidumbre, puede ser reconvenido por el interes, y no por el duplo con la accion *ex empto*, si no certificó de ello al comprador con espresion de la misma servidumbre, por no ser bastante que sea cerciorado en general, como si solo se dijese, que el fundo debia servidumbre; mas si el vendedor no tuviese noticia de ella, solamente podrá el comprador intentar la accion *quanto minoris*, aunque por la *ley 63, tit. 5, part. 5*, puede el comprador sin perjuicio de los remedios espresados por estar en su mano la eleccion, rescindir el contrato, y pedir el precio, daño ó interes por causa de la servidumbre vencida siendo sabidor el vencedor, y siendo éste ignorante, puede el comprador del mismo modo rescindir el contrato, mas no pedir el daño ó interes (número 45).

71. Si el comprador pretendiese que se debia servidum-

bre al fundo comprado, y fuese vencido, no podrá valerse de la accion de evicción, ni de algun otro remedio contra el vendedor, á no ser que éste dijese espresa y especialmente que se le debia tal servidumbre (*dic. núm. vers. Si veró emptor.*).

72. La accion de evicción no se trasfiere en el sucesor particular contra el primer vendedor ó autor: debiendo cada uno de los que obtuvieron la cosa vencida por título oneroso, hacer la denunciacion á su inmediato autor, y reconvenirle de evicción, porque como sean diversos los contrayentes, títulos y contratos, justamente nace de cada uno de ellos su propia y nueva accion de evicción, que no puede intentarse contra el primer autor por no tenerse obligado. Ademas de esto concurre que la accion *ex empto* de evicción, que compete al primer comprador, es personal, y segun su naturaleza no pasa ni activa ni pasivamente al singular poseedor de la cosa, y por lo mismo si el que ha obtenido la cosa por título oneroso, la enagena á otro por título lucrativo, del cual no se debe la evicción, y despues se evince, tampoco podrá el adquirente por título lucrativo reconvenir al primer autor para que salga al saneamiento por la persona de su autor (número 46).

73. Esta doctrina debe limitarse, si el comprador que enagena á otro la cosa por título oneroso ó lucrativo, le cede la accion de evicción, pues con este requisito se podrá reconvenir de evicción al primer autor, en cuya inteligencia será muy útil espresar en los instrumentos de venta, donacion ú otro contrato, que el enagenante cede y traspasa todo el derecho, y todas las acciones que por la cosa y con su ocasion le competen (*dic. n. vers. Quod tamen*).¹

¹ Si el vendedor prometiese la evicción no solo al primer comprador sino tambien á sus herederos y sucesores, podrá el segundo comprador sin cesion alguna reconvenir al primer vendedor (n. 47).

74. Si el particular poseedor que tiene la cosa, v. gr., de Pedro, fué reconvenido, y á consecuencia de la sentencia condenatoria privado tambien de aquella, podrá Pedro inmediatamente, habiendo precedido la denunciacion necesaria, intentar la accion de eviccion contra su vendedor ó autor, siempre que se hubiese reservado en ella algun derecho cuando la enagenó, como si la hubiese dado en dote, en feudo ó en enfiteusis, porque vencida la cosa, al punto perece el derecho que se reservó en ella; pero si Pedro ningun derecho se reserva cuando hace enagenacion de la cosa, sin embargo de que sea vendida del particular sucesor que de él la obtuvo y preceda la denunciacion, no puede reconvenir de eviccion á su autor, hasta que aquel lo haya reconvenido con la misma accion, y haya satisfecho en fuerza de ser condenado (*dic. n. vers. Item etiam*).

75. Aunque el singular poseedor por título oneroso quedase vencedor en el pleito que le fuese movido sobre la cosa, puede repetir de su autor todos los gastos que en él espendiese en los casos que estuviese obligado de eviccion, no tan solo cuando éste prometió espresamente el satisfacerlos, sino tambien cuando faltase su promesa; pues en todos los contratos en que la eviccion se debe, tiene obligacion el autor despues que se le denunció el pleito á defender al poseedor, si no quiere hallarse obligado al interes, y por consiguiente no tomando en sí la causa, queda ligado en virtud de accion y obligacion por todas las costas: esceptuándose de esta general doctrina el caso de no haberlas obtenido el poseedor del que lo reconvinó, por no solicitarlo ante el juez (*núm. 47*).

76. Vendiéndose ó enagenándose por contrato oneroso en el que se deberia la eviccion si se enagenase la cosa agena, algun siervo, animal ú otra cualquiera cosa mueble con alguna enfermedad, vicio ó tacha, puede el comprador rescindir el

contrato restituyendo la cosa al vendedor y recobrando el precio dentro de seis meses mediante la accion redhibitoria, ó estar al contrato, y solicitar con la accion *quanto minoris*, la disminucion del precio por razon de la enfermedad ó tacha dentro de un año, principiándose á contar uno y otro tiempo desde el de la ciencia, y no antes (*núm. 48, leyes 64 y 65, tit. 5, part. 5*).

77. Las referidas acciones no pueden intentarse cuando la enfermedad ó tacha se hallase manifiesta, ó el comprador la supiese al tiempo de la venta, ó últimamente cuando el vendedor cerciorase del vicio especial y claramente al comprador: porque no es suficiente que esprima las tachas con oscuridad, generalidad ó confusion, como si teniendo la cosa vendida dicierto vicio, el vendedor espresase que la vendia con todos sus vicios ó enfermedades: pero debe advertirse que todo lo espuesto se entiende con respecto al vicio que tenia la cosa antes de celebrarse el contrato, y no con respecto al que sobrevenga despues, y por tanto el comprador deberá probar que el vicio existia en la cosa antes de la compra (*dic. n. 48, vers. Quod tamen intellige y n. 49, ley 66, tit. 5, part. 5*).

78. Si en una misma disposicion se venden muchas cosas separadas y no unidas por algun respecto ó motivo, cada una por distinto precio, hallándose alguna de ellas con tacha, ésta puede redhibirse solamente y no las demas, y si se venden por un mismo precio, tampoco se redhibirá mas que la viciosa, estimándose su valor por el juez; pero si las cosas vendidas á un mismo tiempo están unidas por alguna causa, de tal suerte, que sea dura y nociva su separacion, segun acontece en muchos animales de un oficio, bien se hayan vendido por un precio, bien por diversos, ó todas se han de redhibir ó ninguna, porque de otra forma no se hallaria quién las comprara (*dic. n. 49, vers. Dubium tamen*).

79. Todas las cosas pueden venderse, exceptuándose las que se hallan prohibidas por ley. Estas son las sagradas y religiosas, las públicas, y el hombre libre, en tales términos, que no convalece la venta, aunque todas aquellas se hagan privadas y éste sea reducido á la servidumbre, ni es válida desde el principio haciéndose bajo de esta condicion: pudiendo el comprador ignorante, no lo siendo el vendedor, pedir todo el interes, y teniendo noticia de la calidad de la cosa únicamente el precio (*n. 50, leyes 15 y 18, tit. 5, part. 5*).¹

80. Ninguno puede ser compelido á vender sus cosas aunque por ellas se le dé el justo precio sino en dos casos. El primero, cuando resulta utilidad á la religion ó al público, como se advierte en estos ejemplos. No habiendo camino para dirigirse á algun lugar religioso ó público, será precisado el dueño vecino á venderlo por el justo precio, como asimismo su propia casa ó fundo, si se considera necesario para edificar ó ampliar iglesia, hospital ó lugar piadoso. Tambien en tiempo de carestía puede el príncipe, señor temporal, ciudad ó juez ordinario, compeler á los súbditos á que vendan el trigo y otros comestibles por cierto y justo precio: cuidando de que ninguno compre mas de lo que necesita para que otros no los compren mas caros, ó lleguen á carecer de ellos totalmente, segun se practica en nuestra España. Y aun llega á tanto el favor público, que si teniendo alguno era en cierto lugar pretende el vecino construir casa, ó levantar la que tiene inmediata, de tal suerte que se impida el aire de la era, y no puedan cojerse los frutos, podrá aquel estorbar á éste que edifique sin en-

¹ Parece mas probable que no puede el comprador pedir el precio en este caso, porque cuando alguno compra la cosa agena con ciencia de serlo, no puede repetirla segun se dijo en el *núm. 67*, y entre ambos casos no se echa de ver razon de diferencia (*letra Q*).

tregarle precio alguno. El segundo caso es, cuando el señor trata á su siervo con dureza y crueldad; pues por este motivo será compelido á venderlo, así como se precisará á que venda la jurisdiccion al señor temporal ó juez que trate á sus súbditos con demasiada aspereza (*n. 51, ley 6, tit. 21, part. 4*).

CAPITULO III.

De la locacion y conduccion.

1. El segundo contrato que se celebra con el consentimiento es la locacion y conduccion, la cual se verifica cuando una persona entrega á otra alguna cosa para que use de ella y la disfrute por cierta pensión. Esta ha de consistir en pecunia numerada, pues si consiste en cierta parte de trigo, vino ú otra especie de fruto, no será propiamente colacion sino contrato innominado, aunque semejante, teniendo lugar en éste cuanto se halla dispuesto en aquella y compitiendo la accion *præscriptis verbis*: y si consiste la pensión en cierta cuota de frutos, será contrato de sociedad (*en el princip. y n. 3, vers. Item quero, Ley 1 y todo el tit. 8, part. 5*).

2. En este contrato pueden intervenir las mismas personas que en el de venta, y el dueño que arrienda está obligado á entregar la cosa y permitir que usen de ella, y la disfruten por el término convenido, y el conductor á la satisfaccion del precio en el debido tiempo; pero si el dueño no tiene facultad para entregar la cosa porque pereció fortuitamente, se disuelve el contrato en un todo, y se desvanece la obligacion de ambas partes, no obstante que el comprador, aunque perezca la cosa, debe entregar el precio al vendedor por cuya parte se disolvió el contrato; pues el de venta es instantáneo y no tiene tracto sucesivo, y por consigniente habiendo perecido la cosa, el vendedor como deudor en especie queda libre; y el de

79. Todas las cosas pueden venderse, exceptuándose las que se hallan prohibidas por ley. Estas son las sagradas y religiosas, las públicas, y el hombre libre, en tales términos, que no convalece la venta, aunque todas aquellas se hagan privadas y éste sea reducido á la servidumbre, ni es válida desde el principio haciéndose bajo de esta condicion: pudiendo el comprador ignorante, no lo siendo el vendedor, pedir todo el interes, y teniendo noticia de la calidad de la cosa únicamente el precio (n. 50, leyes 15 y 18, tit. 5, part. 5).¹

80. Ninguno puede ser compelido á vender sus cosas aunque por ellas se le dé el justo precio sino en dos casos. El primero, cuando resulta utilidad á la religion ó al público, como se advierte en estos ejemplos. No habiendo camino para dirigirse á algun lugar religioso ó público, será precisado el dueño vecino á venderlo por el justo precio, como asimismo su propia casa ó fundo, si se considera necesario para edificar ó ampliar iglesia, hospital ó lugar piadoso. Tambien en tiempo de carestía puede el príncipe, señor temporal, ciudad ó juez ordinario, compeler á los súbditos á que vendan el trigo y otros comestibles por cierto y justo precio: cuidando de que ninguno compre mas de lo que necesita para que otros no los compren mas caros, ó lleguen á carecer de ellos totalmente, segun se practica en nuestra España. Y aun llega á tanto el favor público, que si teniendo alguno era en cierto lugar pretende el vecino construir casa, ó levantar la que tiene inmediata, de tal suerte que se impida el aire de la era, y no puedan cojerse los frutos, podrá aquel estorbar á éste que edifique sin en-

¹ Parece mas probable que no puede el comprador pedir el precio en este caso, porque cuando alguno compra la cosa agena con ciencia de serlo, no puede repetirla segun se dijo en el núm. 67, y entre ambos casos no se echa de ver razon de diferencia (letra Q).

tregarle precio alguno. El segundo caso es, cuando el señor trata á su siervo con dureza y crueldad; pues por este motivo será compelido á venderlo, así como se precisará á que venda la jurisdiccion al señor temporal ó juez que trate á sus súbditos con demasiada aspereza (n. 51, ley 6, tit. 21, part. 4).

CAPITULO III.

De la locacion y conduccion.

1. El segundo contrato que se celebra con el consentimiento es la locacion y conduccion, la cual se verifica cuando una persona entrega á otra alguna cosa para que use de ella y la disfrute por cierta pensión. Esta ha de consistir en pecunia numerada, pues si consiste en cierta parte de trigo, vino ú otra especie de fruto, no será propiamente colacion sino contrato innominado, aunque semejante, teniendo lugar en éste cuanto se halla dispuesto en aquella y compitiendo la accion *præscriptis verbis*: y si consiste la pensión en cierta cuota de frutos, será contrato de sociedad (*en el princip. y n. 3, vers. Item quero, Ley 1 y todo el tit. 8, part. 5*).

2. En este contrato pueden intervenir las mismas personas que en el de venta, y el dueño que arrienda está obligado á entregar la cosa y permitir que usen de ella, y la disfruten por el término convenido, y el conductor á la satisfaccion del precio en el debido tiempo; pero si el dueño no tiene facultad para entregar la cosa porque pereció fortuitamente, se disuelve el contrato en un todo, y se desvanece la obligacion de ambas partes, no obstante que el comprador, aunque perezca la cosa, debe entregar el precio al vendedor por cuya parte se disolvió el contrato; pues el de venta es instantáneo y no tiene tracto sucesivo, y por consigniente habiendo perecido la cosa, el vendedor como deudor en especie queda libre; y el de

locacion es respectivo, y tiene tracto sucesivo, por cuanto la pension se dá por el uso y goce de la cosa, y así faltando ésta necesariamente ha de faltar la obligacion de parte del conductor (*núm. 1*).

3. Pereciendo la cosa ó evinciéndose por dolo y culpa del locador, está obligado á la satisfaccion de todo el interes, y lo mismo acontece siendo vencida sin dolo ó culpa suya; si bien es cierto que en este caso satisfará tambien al conductor entregándole otra cosa igualmente idónea, sin embargo de que esto último no tiene lugar en el contrato de venta, ni en el que se halla obligado á entregar alguna cosa por el contrato de permutacion, depósito, comodato, ú otro semejante. La razon de diferencia consiste en que se trata en la compra y semejantes contratos de la perpetua enagenacion de la cosa y de trasferir todo su derecho, que no se consigue por la solucion del precio; y en el contrato de locacion no se trata de traspasar dominio, posesion ni otro derecho real, sino de usar y gozar la cosa por cierto tiempo, y de consiguiente se trata de poco perjuicio: en cuya atencion mas fácilmente por equidad, concedió la ley que en este contrato fuese suficiente el prestar al conductor otra cosa semejante á la arrendada. Y esto mismo se verifica en el fiador y en la prenda, pues se satisface dando otros iguales á los prometidos (*núm. 2*).¹

4. No habiéndose entregado la cosa, ó aunque se haya entregado, no pudiéndose usar de ella por impedimento que ocasiona la naturaleza ó algun tercero, ni el señor está obligado al interes, ni el conductor al precio con respecto al tiempo del

1. Por lo que hace al fiador y prenda hay varias opiniones, y Pinelo sigue contra nuestro Gomez, que el acreedor no puede ser compelido en ninguno de los dos casos á la admision de uno por otro (*núm. 3 vers. Quod fidejussorem*).

obstáculo. Bajo de este supuesto, si el conductor abandona la casa por temor de peste ó porque amenaza ruina, no queda obligado: y asimismo el fámulo no puede pedir el salario por el tiempo que estuvo enfermo (*núm. 3, ley 21, tit. 8, part. 5*).

5. Finalizado el tiempo de la locacion, puede el dueño espeler de la cosa al conductor por medio de la accion *locati*, ó del remedio posesorio, y aun por su propia autoridad interviniendo resistencia; y arrendarla á otro libremente, sin que pueda el conductor retener la cosa arrendada por el mismo ó mayor precio; pero de esta regla se esceptúan los conductores de prédios fiscales, que se prefieren á otros por el mismo precio, en atencion á que algunas veces han de continuar forzados en el arrendamiento. Tambien se prefieren por el mismo precio los estudiantes, y siempre que en el pueblo del arrendamiento haya costumbre de esta preferencia, se ha de observar (*núm. 5, ley 18, tit. 8, part. 5, y ley 5, tit. fin. part. 2*).

6. Durante el tiempo de la locacion puede el locador espeler al conductor por cuatro causas espresas en el derecho. La primera es, si el conductor no satisface el precio al locador. La segunda, si éste la necesita para sus propios usos.¹ La tercera, si quiere componer su casa.² Y la cuarta, si el conductor se versa mal en ella. En cuanto á la primera causa si la locacion se hizo por mucho tiempo y se constituyó una pension por cada año, ha de cesar la paga por dos: si la

1 Puede espelerse al conductor por estas dos causas, aunque hubiese intervenido el pacto *de non expellendo*, y el conductor por el contrario puede abandonar la cosa alquilada ó arrendada precediendo causa (*n. 7, vers. ex quatuor y siguiente*).

2 Segun la ley 6, abajo cita la vers. *La segunda*. Ha de hallarse la casa en tal disposicion, que sin la obra que se intenta hacer en ella podría destruirse. Véase al Señor Elizondo en el 4º tom. de su *práct. univ. For.* pág. 130, *núm. 1*).

locacion se hizo por corto tiempo, basta que el conductor no pague en el tiempo debido; y si la locacion se hizo por dos ó tres años; es suficiente que no se haga la satisfaccion en uno, segun debe entenderse la *ley 5, tit. 8, part. 5*. Y en cuanto á la segunda causa debe decirse, que únicamente tiene lugar cuando el motivo de necesidad no existia al tiempo del contrato, y despues sobrevino, como si contrae matrimonio, si se arruina la casa en que habita, ó consigue alguna dignidad por la que necesita de familia mas dilatada. Tambien tiene lugar lo espuesto, ocurriendo la dicha necesidad al hijo, ó descendiente del locador: advirtiéndose que lo referido tan solo puede correr en la casa alquilada, y no en el fundo rústico, pues sin embargo de la necesidad superveniente, no ha de ser espelido el conductor, así porque la ley contiene un privilegio que no se debe estender, como porque la habitacion es parte de los alimentos (*n. 6, ley 6, tit. 8, part. 5*).

7. Si el marido durante el matrimonio arrienda alguna cosa dotal, disuelto éste la muger ó su heredero ha de estar al contrato, y asimismo puede compeler al conductor á su observancia; bien es verdad que no está obligada la muger ó su heredero á pasar por el contrato precisamente sino *causativé*; pues no queriendo aprobarlo ó confirmarlo, el conductor podrá pedir al marido todo el interes, y por tanto la muger ó su heredero no puede ocupar la cosa locada hasta ofrecer al marido ó sus herederos caucion de indemnidad, aunque es cierto que estos no necesitan de pedirla, por cuanto la muger ó su heredero queda obligado *ipso jure* si no quiere estar al contrato, del mismo modo que si diese caucion. Pero si el tutor, curador ú otro que tenga plena y legítima administracion arrienda alguna cosa, muerto el legítimo administrador, el dueño ó su heredero se halla precisado á pasar por el contrato, como si ellos mismos hubiesen intervenido en él, y el

colono ó inquilino tiene derecho de retencion por el tiempo del alquiler ó arrendamiento. No obsta lo dicho anteriormente, porque tan solo tiene lugar cuando alguno administra en nombre propio y como señor, segun es el marido en las cosas dotales, mas no cuando administra en nombre de otro: por cuyo motivo si el marido loca los bienes parafernales, cuya administracion se le encarga tácitamente por la ley, ha de pasar la muger precisamente por el contrato (*núm. 8*).¹

8. Si el locador no tiene pleno dominio ni plena administracion en la cosa como el usufructuario, fideicomisario, poseedor de mayorazgo ú otra persona semejante, el sucesor de ningun modo queda obligado á pasar por el contrato, porque el tal poseedor ni es dueño ni administrador de un verdadero dueño, y solamente tiene un derecho real por el tiempo de su vida (*dic. n. vers. Tertia*).

9. No pasa el contrato de locacion ni activa ni pasivamente al particular sucesor de la cosa, y por tanto si el dueño la vende á otro, podrá éste espeler al conductor (aunque el locador queda obligado á la satisfaccion del interés), y por el contrario el conductor podrá dejar de seguir en el arrendamiento. Esto mismo tiene lugar cuando se vende ó enagena el usufructo de la cosa ó se concede en enfitéusis, porque el particular sucesor se hace plenamente dueño de la cosa, y el colono ó inquilino ningun derecho tiene en ella, y sí solo tiene obligada la persona del señor al mismo tiempo que éste lo tiene obligado, de cuya obligacion recíproca nace una accion personal mutua, activa respecto del señor, y pasiva respecto

¹ La muger ha de pasar forzosamente por el contrato de locacion que hizo el marido de alguna cosa ganancial; porque conforme á la ley es legítimo administrador de los bienes adquiridos durante el matrimonio (*núm. 9, vers. In banis autem*).

del colono ó inquilino, que no sigue al poseedor de la cosa. De esta razon se infiere que si el conductor tuviera algun derecho real, no podria ser espelido, como si el locador hipotecase todos sus bienes por la seguridad del contrato, ó especialmente la cosa locada; pues entonces el conductor podria retener ésta en lugar de prenda ó hipoteca, y no seria espelido hasta que se le satisficiera todo el interés. Igualmente si el colono ó inquilino arrendó la cosa por mucho tiempo, v. gr. por diez años ó por el tiempo de su vida, en cuyo caso á lo menos tiene un derecho útil en la cosa, no podrá ser espelido y tendrá el derecho de retencion (*n. 9, ley 19, tit. 8, part. 5*).

10. Tambien tiene el conductor la escepcion y derecho de retencion contra el comprador ó particular sucesor, cuando al tiempo de la venta ó enagenacion intervino convenion expresa de que no pudiera ser espelido. (*dic. n. vers. Tertio limita, dic. ley 19*). Ultimamente no puede ser espelido el conductor, si al tiempo del contrato de locacion hizo pacto con el dueño de que durante el término de ella no habia de enagenar la cosa locada, hipotecándola especialmente por la observancia y firmeza del contrato, en atencion á que el pacto de no enagenar puesto en favor del que tiene hipoteca ó algun derecho, es un grande impedimento para la enagenacion (*dic. n. vers. Quarto limita*).

11. Confiscándose solamente el fundo ó cosa locada, no está obligado el fisco á pasar por el contrato, como que es sucesor particular de ella, y puede espeler al conductor ó inquilino; pero si se confiscan generalmente todos los bienes ó parte cuotitativa de ellos sucede lo contrario, por reputarse heredero y sucesor universal, si no es que los bienes se confiscan por un delito de tal calidad, que por él pierde *ipso jure* el delincuente el dominio y su administracion (*núm. 10*).

12. El conductor puede locar la cosa á otro siempre que

sea igualmente idóneo y para el mismo uso (*núm. 11*); y aunque el segundo conductor no se halla obligado con accion personal para satisfacer la pension al dueño primer locador, las cosas que aquel lleve á la cosa ó casa alquilada, y los frutos que nazcan en el fundo rústico quedan obligados tácitamente por la pension referida, en cuya virtud por ésta podrá el dueño intentar la accion hipotecaria; y si por ventura el segundo conductor hubiese pagado al primero, aunque fuese antes del tiempo debido, queda libre de uno y otro, no pudiendo ser espelido aun no pagando el primer conductor al dueño (*n. 12*).

13. La pension se ha de pagar en el tiempo estipulado, y si nada hubiesen dicho las partes se ha de estar á la costumbre del pueblo: pagándose segun derecho si de ésta no constase, al fin del año, porque el locador no cumple antes el contrato por su parte, y porque en duda, se ha de seguir en los contratos lo menos perjudicial al deudor, bien que en los fundos públicos enfiteuticos y tributarios se ha de pagar cada año en tres términos: siendo digno de advertir que dudándose si el conductor ó inquilino ha pagado la pension por los años preteridos, le bastará á éste manifestar á pocas por los cuales acredite haber satisfecho en los tres años últimos, en atencion á que se presume haberlo hecho en los anteriores, si el locador no prueba lo contrario (*número 13, ley 4, tit. 8, part. 5*).

14. Para que valga el contrato sobre alguna cosa comun, se requiere el consentimiento de todos los compañeros, y no basta el de la mayor parte, ó el del que tiene mas derecho, porque en las cosas que son comunes á muchos *ut singulis*, es indispensable el consentimiento de todos: lo cual se entiende para que valga en utilidad ó perjuicio de todos, como si por todos se hubiese hecho, pues si uno de los compañeros quiere

locar la casa ó fundo á alguna persona haciéndolo saber al otro, aunque sea contra su voluntad, valdrá el contrato en toda la cosa únicamente en utilidad y perjuicio del locador, quien percibirá solo la pensión ó los frutos, mediante á que el señor por parte indivisa puede lícitamente usar de la cosa conforme á su destino, cuando el acto ó uso no se puede expedir con respecto á una parte, porque de otra forma por dolo y culpa de uno se seguiria grave perjuicio á otro: y habiendo discordia entre los compañeros se puede evitar provocando cualquiera de ellos á la division, ó dividiéndose entre todos el tiempo que han de gozar de la cosa, para que cada uno por el tiempo que le pertenezca, la tenga por sí ó la dé en arrendamiento (*núm. 14*).

15. Si la discordia consiste en que uno quiere locar á una persona y otro á otra, será preferido aquel que quiere locar á persona honesta: si ambos quieren locar á persona honesta, el juez interpondrá su autoridad para que se evite escándalo ó riña entre los compañeros y el fundo no quede sin cultura, y si alguno de los socios quiere locar para sí la cosa en que tiene parte, y otro quiere darla á otro en arrendamiento, será preferido el compañero (*dic. n. vers. Unum tamen*).

16. Siendo el fundo rústico, si uno de los socios usa de todo él y percibe los frutos presente ó ausente el otro, está obligado á comunicarlos con éste, porque el tal cómodo y utilidad consiste en una cosa estrínseca que puede dividirse; pero si el fundo comun es urbano, v. gr. una casa, habitándola toda *pro indiviso* uno de los compañeros, aunque por ésto se escuse de alquilar otra capaz y de pagar la pensión; no se halla obligado á satisfacer al otro alguna parte de pensión ó utilidad, mediante á que no consiste en cosa estrínseca, por cuanto es una utilidad intrínseca de la persona que habita, é inseparable de

ella, de modo que no se puede dividir para dar parte á otro (*dic. n. vers. Item adde pro complemento*).¹

17. Si el inquilino concluido el tiempo estipulado permanece en la casa alquilada con ciencia y paciencia del locador, se induce entre ellos tácita reconduccion por solo el tiempo que habitare aquel, y está obligado á pagar la pensión á prorata con respecto al precio convenido en el primer contrato; mas si ésto acontece en un fundo rústico se induce tácita reconduccion por todo el año principiado únicamente, y el conductor se obliga por toda su pensión, aunque el primer arrendamiento se hubiese hecho por muchos años. Esta doctrina tiene tambien lugar en los fundos de la república, fisco ó Iglesia, en cuyo caso se requiere la ciencia y paciencia de los regidores, prelados ó personas que los administran. Fundase la diferencia notada entre los prédios rústicos y urbanos en que en éstos cada dia se percibe la utilidad de la habitacion, y en aquellos se perciben los frutos sola una vez en el año, y por tanto de ninguna utilidad sería la reconduccion tácita si no se entendiese por todo un año. En fuerza de esta razon, si el fundo rústico es de tal calidad que se perciben solamente los frutos de dos en dos años, ó de cinco en cinco, ó cada año se perciben dos veces, ó en fin se perciben uniformemente los frutos en cualquiera parte del año, se entenderá la reconduccion tácita en este último caso tan solo por el tiempo corrido, y en los demás por medio año, por dos ó por cinco respectivamente. Asimismo si de la casa ó fundo urbano no se perciben uniformemente los frutos en cualquiera parte del año, porque una vez en él en cierto dia ó tiempo se suele alquilar, y despues cómodamente no se encuentra inquilino

¹ Es mas probable que siendo la casa tan amplia que le baste al socio su parte, nada tenga que pagar al compañero, pero que no siéndolo haya de satisfacerle (*n. 15 vers. Si unus*).

lino; si éste permanece en la casa concluido el tiempo del alquiler se considera la reconduccion por todo el año, pues con respecto á lo dicho parece que una vez en el año se percibe la pensión (n. 15, ley 20, tit. 8, part. 5).

18. El tiempo que ha de permanecer en el fundo el conductor para que se induzca la reconduccion tácita, se deja al arbitrio del juez, par no hallarse prevenido en el derecho, y así es muy útil que el que no quiere continuar en la conduccion declare al dueño su voluntad antes de espirar el tiempo de ella (núm. 16).

19. Para que la reconduccion se induzca por el tácito consentimiento es indispensable que en el primer contrato no hubiese intervenido escritura para su forma y sustancia, porque si intervino con esta cualidad, se colige de la intencion de las partes que no quisieron contraer sin escritura en los siguientes contratos, y el otorgamiento de ésta no es acto que se explica con la voluntad tácita de aquellas. De aquí se infiere que el enfiteusis finalizado por alguna causa no se induce tácitamente, pues en él de necesidad ha de intervenir escritura (dic. n. 16, vers. *Advertendum tamen*).

20. La reconduccion tácita se induce entre las partes con todos los vínculos y cláusulas accesorias puestas en el primer contrato, siempre que dependan de la mera voluntad de aquellas, como la hipoteca, pena, término de la solucion ú otra semejante, mas no si dependen de la voluntad de algun tercero como la fianza, pues mediante á que por el transcurso del tiempo contenido en el primer contrato quedó libre el fiador, no se proroga ni aun cuando interviene reconduccion expresa entre las partes, y así en todo caso se requiere nueva voluntad del fiador para la prorogacion. Esto mismo se verifica cuando se da fianza en el compromiso por cierto tiempo y se proroga despues por las partes: cuando el juez dió fiador

por el tiempo de su oficio y concluido éste se lo proroga el superior, y en otros muchos casos semejantes (núm. 17).¹

21. El conductor no está obligado á pagar la pensión si por algun caso fortuito hubo esterilidad y padeció un daño intolerable, que entonces se dice haberlo, cuando en consideracion de los frutos percibidos por una parte y de la pensión por otra, queda perjudicado en mas de la mitad del justo precio: porque segun la intencion de las partes y naturaleza del contrato, se dá y paga la pensión en recompensa de los frutos. Tambien tiene lugar la remision aunque los frutos se hayan cogido y separado del suelo, siempre que no se hubiesen conducido á la casa, como si el fuego consume las mieses puestas en el fundo ó era, pero no puede correr lo espuesto habiéndose percibido los frutos, no obstante que sean de poco valor segun acontece en el trigo mal granado: como ni tampoco cuando los años antecedentes ó posteriores son tan fértiles, que compensándolos con el año ó años estériles no resulta perjudicado el conductor (n. 18, ley 22, tit. 8, part. 5 y ley 23, tit. 5, part. 5).

22. Asimismo se aumenta la pensión por la suma fertilidad, siempre que ésta consista en la abundancia de los frutos proveniente del tiempo favorable que hizo, y no de la eficaz diligencia é industria del conductor, pues si consiste en el excesivo valor que el tiempo ha dado á los frutos, no tiene lugar el aumento, así como no se disminuirá la pensión por tener un precio muy bajo. En esta atencion se deberá aumen-

1 Si las cosas hipotecadas eran ajenas y fueron obligadas con el consentimiento del dueño, cesa la obligacion por el tiempo de la reconduccion; y lo mismo debe decirse si la cosa hipotecada era propia del conductor al tiempo de la conduccion, y se hallaba enagenada y en poder de un tercero en el tiempo de la reconduccion. (núm. 18 al fin.)

tar la pension de un molino, si el ímpetu de las aguas destruye los demas que se hallan vecinos (*dic. núm. vers. Item quero quid ley 23, tit. 8, part. 5*).

23. Renunciando el conductor los casos fortuitos, por ellos y la esterilidad no se escusa de satisfacer la pension, y recibiendo alguno en sí el peligro de alguna cosa se entiende renunciarlos; bien que en la renunciacion de los casos fortuitos solo se comprenden los que acaecen comunmente, y no los que rara vez se verifican, sino que se hace mencion especial de ellos (*núm. 19, dicha ley 23*).¹

24. Las espensas necesarias y útiles que el conductor hizo en la cosa, puede repetirlas ó computarlas en la pension, siempre que duren perpetuamente; pues no basta que permanezcan en utilidad del conductor por solo el tiempo de la conduccion. Llámanse espensas necesarias y útiles las que consisten en la reedificacion de la casa ó alguna parte de ella, que amenaza ruina, ó en gastos sin los cuales no se podria usar de la cosa locada y otras semejantes (*núm. 20, ley 24, tit. 8, part. 5*).

25. No restituyendo el conductor la cosa acabado el tiempo del arrendamiento, ó restituyéndola deteriorada por dolo, culpa lata, ó leve, se halla obligado al interes; mas no si lo dicho acontece por culpa levísima ó por acaso, mediante á no prestarse aquella ni éste en los contratos que se celebran por favor de ambas partes. Por tanto, si alguno edifica en la cosa locada, ó amenazando ruina la casa del vecino no dió noticia al dueño para que se valiese de los remedios correspon-

¹ Casos fortuitos *in solitos* ó raro contingentes son aquellos que no se han oido ni visto en la region ó territorio del fundo locado por espacio de cuarenta años, ni podia presumirse que acaeciesen naturalmente en aquel (D. José Febrero en su *Libr. de Escrib. tom. 2, cap. 6, § 1, núm. 15*)

dientes, tiene obligacion á satisfacer el interes, y será compelido á ello por medio de la accion *locati* (*núm. 21, ley 7, tit. 8, part. 5*).

26. Pereciendo ó muriendo la cosa locada, se presume que fué casualmente, y si el Señor dijese que aconteció por culpa del conductor, lo ha de probar; si bien es cierto que debe hacerse distincion entre los casos fortuitos que se verifican regularmente por culpa y negligencia del poseedor, como el hurto, incendio y otros á este modo; y entre los que acontecen por lo regular sin culpa de aquel, por ejemplo, la muerte natural, el asolamiento ejecutado por los enemigos y otros semejantes. En estos basta la prueba de ellos, mas en los primeros se ha de probar al mismo tiempo la exacta custodia, y que no intervino culpa. Pero es de tener presente que en el hurto é incendio solo se presume culpa levísima, y así en los casos que alguno se halla obligado por esta como en el comodato, bien procede la dicha regla y doctrina, no en el contrato de locacion y en los demas que se constituye la obligacion únicamente por la culpa leve; pues entonces se libran el conductor y poseedor con sola la prueba del hurto ó del incendio (*núm. 22, ley 15, tit. 8. Part. 5*).

CAPITULO IV.

De la donacion.

1. El tercer contrato que se celebra con el consentimiento es hoy el de donacion, la cual se verifica *cuando alguno sin causa, y solo por mera liberalidad da á otro dinero ó otra cualquiera cosa suya*. Puede celebrarse de dos modos, ó con la tradicion de la cosa, sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente en el donatario el

tar la pension de un molino, si el ímpetu de las aguas destruye los demas que se hallan vecinos (*dic. núm. vers. Item quero quid ley 23, tit. 8, part. 5*).

23. Renunciando el conductor los casos fortuitos, por ellos y la esterilidad no se escusa de satisfacer la pension, y recibiendo alguno en sí el peligro de alguna cosa se entiende renunciarlos; bien que en la renunciacion de los casos fortuitos solo se comprenden los que acaecen comunmente, y no los que rara vez se verifican, sino que se hace mencion especial de ellos (*núm. 19, dicha ley 23*).¹

24. Las espensas necesarias y útiles que el conductor hizo en la cosa, puede repetirlas ó computarlas en la pension, siempre que duren perpetuamente; pues no basta que permanezcan en utilidad del conductor por solo el tiempo de la conduccion. Llámanse espensas necesarias y útiles las que consisten en la reedificacion de la casa ó alguna parte de ella, que amenaza ruina, ó en gastos sin los cuales no se podria usar de la cosa locada y otras semejantes (*núm. 20, ley 24, tit. 8, part. 5*).

25. No restituyendo el conductor la cosa acabado el tiempo del arrendamiento, ó restituyéndola deteriorada por dolo, culpa lata, ó leve, se halla obligado al interes; mas no si lo dicho acontece por culpa levísima ó por acaso, mediante á no prestarse aquella ni éste en los contratos que se celebran por favor de ambas partes. Por tanto, si alguno edifica en la cosa locada, ó amenazando ruina la casa del vecino no dió noticia al dueño para que se valiese de los remedios correspon-

¹ Casos fortuitos *in solitos* ó raro contingentes son aquellos que no se han oido ni visto en la region ó territorio del fundo locado por espacio de cuarenta años, ni podia presumirse que acaeciesen naturalmente en aquel (D. José Febrero en su *Libr. de Escrib. tom. 2, cap. 6, § 1, núm. 15*)

dientes, tiene obligacion á satisfacer el interes, y será compelido á ello por medio de la accion *locati* (*núm. 21, ley 7, tit. 8, part. 5*).

26. Pereciendo ó muriendo la cosa locada, se presume que fué casualmente, y si el Señor dijese que aconteció por culpa del conductor, lo ha de probar; si bien es cierto que debe hacerse distincion entre los casos fortuitos que se verifican regularmente por culpa y negligencia del poseedor, como el hurto, incendio y otros á este modo; y entre los que acontecen por lo regular sin culpa de aquel, por ejemplo, la muerte natural, el asolamiento ejecutado por los enemigos y otros semejantes. En estos basta la prueba de ellos, mas en los primeros se ha de probar al mismo tiempo la exacta custodia, y que no intervino culpa. Pero es de tener presente que en el hurto é incendio solo se presume culpa levísima, y así en los casos que alguno se halla obligado por esta como en el comodato, bien procede la dicha regla y doctrina, no en el contrato de locacion y en los demas que se constituye la obligacion únicamente por la culpa leve; pues entonces se libran el conductor y poseedor con sola la prueba del hurto ó del incendio (*núm. 22, ley 15, tit. 8. Part. 5*).

CAPITULO IV.

De la donacion.

1. El tercer contrato que se celebra con el consentimiento es hoy el de donacion, la cual se verifica *cuando alguno sin causa, y solo por mera liberalidad da á otro dinero ó otra cualquiera cosa suya*. Puede celebrarse de dos modos, ó con la tradicion de la cosa, sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente en el donatario el

dominio y pleno derecho; ó con la promesa que uno hace de dar á otro cierta cosa, por la cual queda obligado (*núm. 1, ley 1, tit. 4, part. 5*).

2. La donacion, bien principié por la entrega, bien por la promesa, es válida aun á favor del ausente, sin embargo de que no intervenga nuncio ni carta, como si alguno á presencia del escribano ó testigos prometiese dar alguna cosa al ausente; pues éste atendida la *ley 2. tit. 16, lib. 1, de la Recop.* segun la cual para quedar una persona obligada no se necesita mas que la voluntad de obligarse, despues que haya tenido noticia puede reconvenir al promitente (*núm. 2*): y por tanto la donacion no se puede revocar ni aun en perjuicio del tercero, á quien el donatario debe restituir la cosa donada conforme á la voluntad del donante pasado algun tiempo, ó verificada la muerte de aquel (*n. 3, vers. Hodie al fin*).¹

3. Cuando alguno entrega á otro cierta cosa simplemente, en duda, no se presume donacion sino depósito, mútuo ó comodato, á no ser que por algunas conjeturas se presuma que quiso donar, como si la cosa entregada es de poco valor, el tradente rico, y el que recibe pobre ó conjunta persona: y cuando uno pregunta á otro si quiere darle cierta cosa y éste le responde: *no solo te daré la que me pides sino todas las demas que tengo*; no vale la promesa, ni aun en la cosa que se pidió por no presumirse donada (*núm. 5, vers. In dubio autem. Véase el núm. 5, cap. 9, de este tom. y comp.*).

¹ El P. Tomás Sanchez, D. Juan del Castillo, el Hermosilla y otros AA. llevan, que aun en el día se requiere la aceptacion para que no pueda revocarse la donacion hecha al ausente; pero el Hermosilla añade que se pueden conciliar las dos contrarias opiniones, diciendo, que la de nuestro Gomez proceda cuando además de la promesa consta por otro capítulo que el donante quiso obligarse inmediatamente, y la de los AA. mencionados, cuando no hay otra cosa mas que la nuda donacion hecha al ausente (*n. 3*)

4. No se sabe en nuestro reino qué cantidad ha de esceder la donacion para que no pueda subsistir sin insinuacion, porque la *ley 8, tit. 4, part. 5*, espresa que valga la donacion hasta 500 maravedís de oro, y no consta qué moneda sea ésta, perteneciendo su declaracion al príncipe. Esta insinuacion se escige para que las donaciones escesivas se hagan con mayor deliberacion y propósito y se eviten los fraudes. Su forma y solemnidad consiste en que el donante comparezca ante el juez manifestándole la voluntad que tiene de donar á ésta ó la otra persona, y se haga escritura ante escribano, sin necesitarse conocimiento de causa, licencia ó decreto del juez ni otra solemnidad judicial, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria (*núm. 6*).¹

¹ Hermosilla en la *Ley 9, tit. 4, part. 5, gloss. 14*, refiere todas las opiniones que hay acerca del valor de los sueldos; y finalmente asevera que le parece mas conforme á derecho la sentencia de Parladorio, que juzga hace el sueldo diez y seis reales, y que por tanto no será necesaria la insinuacion en la donacion que no esceda la cantidad de ocho mil reales; pero dice que en las consultas se ha de seguir como mas segura la opinion del Sr. Covarrubias y Escobar, es á saber, que se ha de insinuar para evitar ocasiones de pleitos la donacion que esceda la cantidad de 242,500 maravedís (*núm. 7, vers. de valore*).

* Estos maravedís componen la cantidad de 7,132 reales con 12 maravedís, mas el citado D. José Febrero, segun varias cuentas que hace (*tom. 1, cap. 3, § 1, núm. 11, de su Libr. de Escrib.*), dice que si cada maravedí de oro valia lo que un castellano, que fué moneda de oro de estos reinos, los 500 maravedís de oro compondrán la suma de 25,600 reales de vellon: y que si se consideran sueldos de oro y cada sueldo del valor de 500 maravedís de vellon ascenderán á 250,000 maravedís que hacen 7,352 reales y 32 maravedís de la propia especie. Y aunque el Gomez, y otros muchos AA. tienen por una misma moneda el sueldo, y el maravedí de oro, parece que no debemos juzgarlo así por la suma autoridad de nuestro gran Diccionario Castellano, que en las palabras *sueldo* y *maravedí de oro* habla de am-

5. La renunciacion de la insinuacion por ser de ley prohibitiva es de ningun momento, y no basta espresar en el instrumento que si el valor de la donacion escede la cantidad de 500 sueldos, se hacen tantas donaciones distintas cuantas veces escede; pues si en la donacion se mencionan muchas cosas, de suerte que sean verdaderamente muchas las donaciones, con respecto á la insinuacion se juzga una tan sola, por haberse hecho en un mismo tiempo; (n. 7) bien que la donacion, aun siendo muy excesiva y no interviniendo insinuacion ni renunciacion de ésta, es válida con juramento por no ser contra las buenas costumbres, ni contra la utilidad pública principalmente, ni en perjuicio de la conciencia y salud eterna (n. 8).

6. Tambien se necesita la insinuacion cuando se remite por causa de donacion alguna deuda pura y líquida que escede la cantidad mencionada, y no deuda incierta por transacion hecha sobre cosa dudosa. Asimismo se necesita, remitiéndose muchas deudas, que solamente unidas esceden la dicha cantidad, sin embargo de que se conceptúen muchas las donaciones, por lo que se espuso en el número anterior; pero si alguno dona y promete á otro cierta cantidad anual que no escede la legítima de los 500 sueldos; no es necesaria la insinuacion si se hizo por sola la vida del donante ó donatario, mas si fué hecha perpetuamente de modo que pasa á los herederos de uno ú otro, sucede lo contrario (n. 9).

7. Por derecho romano antiguo habia de insinuarse la donacion que escediese la cantidad de 300 sueldos, esceptuándose la hecha fá avor de causa pía que no necesitaba la insinuacion, hasta que sobrepujase los 500 sueldos; pero como des-

bas monedas como de diversas; bien que refiriendo nuestras leyes de Partida el derecho del emperador Justiniano, llama siempre á los sueldos maravés de oro.

pues se previno lo mismo en cuanto á todas, se duda si la donacion pía podrá valer sin insinuacion, aunque esceda los 500 sueldos. Nuestro Gomez lleva la negativa, atendiendo á que no hay ley que lo disponga, y esceptúa la donacion hecha para redencion de cautivos, la remuneratoria, y la que hace el príncipe (núms. 6 10).

8. Todo lo espuesto corre en los bienes presentes y no en los futuros por razon de algun derecho, y de consiguiente no es necesaria la insinuacion en la renuncia que cualquiera haga de alguna herencia ó legado que espera por virtud de sustitucion, en la renuncia que haga el padre del usufructo que le pertenecé en los bienes adventicios del hijo, y en la renuncia que haga la muger de la mitad de los bienes gananciales (dic. núm. 10, vers. *Item etiam.*).

9. En tres casos se puede revocar la donacion una vez perfecta. El primero; si hallándose alguno sin hijos dona todos sus bienes, ó la mayor parte, y despues los tiene; pues entonces la donacion se revoca al punto *ipso jure*, aunque hubiese intervenido juramento, mediante á presumirse que se hizo con la condicion tácita *si no nazcan hijos*; porque se conceptúa que ninguno quiere preferir los estraños á su posteridad; y si el donatario es estraño se revoca en un todo, á no ser que el donante hubiese espresado que no se revocase por el nacimiento de los hijos, en cuyo caso se revoca solamente hasta la legítima de éstos por constar de su voluntad. Asimismo se revoca la donacion tan solo hasta la legítima naciendo algun hijo, y siéndolo el donatario, en quien permanecerán conforme á nuestras leyes reales su legítima y tercio y quinto de los bienes: como tambien siendo iglesia, monasterio ú otro lugar pío, padre ó ascendiente, los cuales podrán retener el quinto (núm. 11. ley 8, tit. 4, part. 5); pero si en vida del padre faltan los hijos, por cuyo motivo se revocó la donacion, convale-

ce ésta á ejemplo de otros actos en los cuales se advierte la misma convalecencia por faltar la causa que los invalidó; entendiéndose esto siempre que aquel sobreviva tanto tiempo á éstos, que en él pudo verosímilmente revocar la donacion y no lo hizo, pues de otra forma se considera revocada (n. 12).

10. El segundo caso es, cuando el que tiene hijos la hace en perjuicio de la legítima de éstos, revocándose tan solo la donacion hasta la legítima, si es inoficiosa únicamente en la realidad, y distinguiéndose si es inoficiosa en la realidad y por fraude; pues si se hizo á algun hijo ó descendiente, tambien se revoca hasta la legítima, y si á extraño se revoca en un todo (núm. 13, dic. ley 8, tit. 4, part. 5).

11. El tercer caso en que la donacion válida puede revocarse, se verifica cuando el donatario es ingrato para con el donante, de tal suerte, que aunque éste hubiese prometido espresamente no revocarla por causa de ingratitud, hay lugar á la revocacion, por ser nula la promesa como que induce á delinquir. Las causas de ingratitud son cinco, es á saber, si el donatario pusiese violentamente sus manos en el donante: si le infriese con palabras alguna atroz injuria: si con dolo y propósito le perjudicase gravemente en sus bienes: si practicó algunas diligencias para quitarle la vida; y si no cumple el modo, ó condicion puesta en la donacion; pero sin embargo será suficiente para la revocacion cualquiera otra causa de ingratitud, siempre que sea en un todo semejante: advirtiéndose que muerto el donante, su heredero no puede revocar la donacion por ingratitud, así como muerto el donatario no puede el heredero de éste revocarla el donante, porque la accion que compete en este caso como proveniente de delito, no pasa á los herederos ni activa ni pasivamente: todo lo cual se entiende cuando el donante tuvo noticia de la ingratitud y tiempo para revocar la donacion, pues de lo contrario la dicha accion

pasa á los herederos, tanto activa como pasivamente (n. 14, ley penúlt., tit. 4, part. 5).

12. Es inválida la donacion de todos los bienes, la que media entre padre é hijo, y la que interviene entre marido y muger (dic. n. vers. Finaliter.); mas todo lo antedicho tiene lugar en la donacion pura ó *inter vivos*, no en la donacion *causa mortis*, que es la que se hace por ocasion de la muerte futura ó por miedo de algun peligro que amenaza, en cuyos casos su efecto se confiere para el tiempo de la muerte del donante, y despues de ella nace accion eficaz; requiriéndose siempre que se haga mencion de la muerte ó peligro, porque de otro modo no seria donacion *causa mortis* sino simple y pura, bien se hiciese por el sano bien por el enfermo, ó constituido en algun riesgo (núm. 15).¹

13. La donacion *causa mortis*, se equipara al contrato respecto de su forma y solemnidad, y por tanto si la cosa donada se entrega al donatario, adquiere revocablemente el dominio, sin embargo que por la tradicion sin título hábil no se trasfiere; pues aquí lo hay en esperanza por razon del contrato condicional, el cual es suficiente. Asimismo para la firmeza de esta donacion no se necesita la adiccion de la herencia despues de la muerte del donante, por cuanto con ésta habiéndose antes entregado la cosa se confirma el dominio como purificada la condicion tácita del contrato, y si solo intervino la promesa se dará curador á la herencia yacente, y á éste pedirá el donatario la cosa prometida, segun se observa en la donacion entre padre é hijo, marido y muger, que no es váli-

¹ Si de los hechos consta que se quiso donar *causa mortis*, será la donacion de esta especie, aunque en ella no se hiciese mencion de la muerte, y por el contrario, sin embargo de que se haga mencion de la muerte, se entenderá donacion entre vivos en muchos casos (núm. 16. vers. *Donationem*, y vers. *Sicut.*).

da al principio, y se confirma despues con la muerte del donante. Del mismo modo como la muger casada no puede contraer ni quasi contraer sin licencia del marido, tampoco puede por sí sola donar *causa mortis*, y aunque el heredero ó legatario pueda repudiar la herencia ó legado, no puede el donatario repudiar la dicha donacion, habiendo consentido en ella, ni hacer perjuicio al tercero, en cuyo favor se le impuso el gravámen de restituir la cosa donada. Ultimamente por la donacion *causa mortis* no compete accion hipotecaria ni *ex testamento*, como en los legados (núm. 16).

14. Pero respecto de la confirmacion y efecto se equipara la donacion *causa mortis* á la última voluntad (*dic. n. al princ.*), y en esta atencion el dominio de la cosa donada pasa sin entrega al donatario, inmediatamente que se verifica la muerte del donante: tienen en ella lugar la cuarta falcidia, el derecho de acrecer siempre que haya conjuncion (núm. 17), y la caucion muciana, donándose bajo condicion negativa se puede sustituir vulgarmente y por fideicomiso, y se entiende en este caso tácita la condicion *si fallece sin hijos*, como en la última voluntad: se desprecia la condicion imposible, se inspecciona la capacidad ó incapacidad del donatario al tiempo de la muerte del donante: puede intervenir entre marido y muger confirmándose con la muerte, aunque en vida no se hubiese hecho la entrega: se juzga revocada con la enagenacion voluntaria de la cosa donada, como acontece en la cosa que se lega (núm. 18, *vers. Quinto infero, y sigg.*); y finalmente no se requiere en ella insinuacion, sin embargo de que esceda la cantidad de los 500 sueldos, segun todo lo dicho se verifica en cualquiera última voluntad (*dic. núm. 17, vers. Quartó*); si bien es cierto que en la donacion pura y simple que al principio no vale, y se confirma despues de la muerte, como la que se hace entre padre é hijo, marido y muger, es

indispensable la insinuacion, y de otra suerte será inválida en la parte escesiva, mediante á ser pura, y no conferirse su efecto para el tiempo de la muerte, segun sucede en la donacion, *mortis causa* (*dic. n. 18. al princ.*).

15. Todo lo dicho se ha de entender con respecto á la donacion *mortis causa*, que se hace al presente, ó en favor del ausente interviniendo nuncio ó carta; mas no con respecto á la que sin intervencion de éstos se hace al ausente, pues ésta se tiene por mero legado, y se compara á él por todos conceptos: y lo mismo acontece en la donacion simple y hecha entre vivos á favor del ausente con la solemnidad que se exige en la última voluntad (*dic. núm. 18, vers. Prædicta tamen*).

16. La donacion *mortis causa* se puede revocar por la expresa voluntad del donante, atento á que no es válida ni perfecta hasta despues de su muerte: y se revoca tácitamente si fallece primero el donatario que el donante, como tambien cuando éste hizo la donacion, hallándose enfermo ó constituido en algun riesgo, y despues convalece ó queda libre del peligro; bien es verdad, que si la donacion se hace por el que está sano y fuera de riesgo, no se juzga revocada aunque enferme despues ó se halle amenazado de algun peligro, y quede en fin libre de uno ú otro; mas es de advertir, que para que la donacion sea *mortis causa*, es menester que se haga mencion de la muerte con palabras dispositivas que denoten la sustancia del acto, como si alguno diga: *te doy tal cosa por temor de la muerte, ó despues de ésta, ó cuando muera*; pues si se hace mencion de ella con palabras ejecutivas que denoten la dilacion y término de la paga; v. gr. *te dono tanta cantidad que se te ha de satisfacer despues de mi muerte, ó te doy tal fundo quedándome con el usufructo por el tiempo de mi vida*; se conceptúa verdadera y propia donacion entre vivos (núm. 19, *ley fin. tit. 4, part. 5*).

17. Revocada la donacion espresa ó tácitamente vuelve *ipso jure* el dominio al donante, quien puede intentar la accion reivindicatoria y *condicion ob causam vel sine causa* (núm. 20), y pedir los frutos tanto percibidos desde el tiempo de la donacion como pendientes. No se opone á esto último el que cuando alguno percibe los frutos con voluntad del señor, aunque sea por contrato revocable, como lo es el comodato y precario, no tiene obligacion de restituirlos siguiéndose la revocacion: porque en éstos el contrato es válido inmediatamente y no se suspende su confirmacion hasta la muerte, como sucede en la donacion dicha, por lo cual revocándose antes se pueden repetir los frutos. Por este fundamento si la donacion pura y perfecta se revoca por el nacimiento de los hijos ó por ingratitud, no se deben los frutos percibidos anteriormente: y si el contrato se rescinde en virtud de la *ley 2, C. de rescind. vendit.* no pueden pedirse los frutos percibidos en el medio tiempo (núm. 21).

18. Si en la donacion *mortis causa* se dice espresamente que no pueda revocarse, será donacion entre vivos y tendrán lugar en ella todos sus efectos; pues en este caso la mencion de la muerte no parece final sino impulsiva y para diferir la paga. Lo mismo sucede cuando se hace instrumento de la donacion *mortis causa*, y en las principales palabras dispositivas en las cuales consiste la sustancia del contrato, pone el donante las espresiones genéricas *de que promete guardar, y no revocar en tiempo alguno la donacion, ni alguna de las demas cosas contenidas en el instrumento;* pero si las palabras referidas se ponen accesoriamente al fin, segun suelen practicar los escribanos, por ellas no pierde la donacion *mortis causa* su virtud y efecto, porque la cláusula accesorial puesta al fin, mira solamente la ejecucion, y no se juzga que muda la disposicion principal; bien que la regla, segun la cual la donacion *causa*

mortis se convierte en donacion pura por las espresiones mencionadas, se ha de seguir cuando sea tal que pueda valer como donacion entre vivos, mas no de lo contrario, segun se verifica donando alguno á otro todos sus bienes presentes y futuros con el pacto de no revocar; pues en este acontecimiento, conforme á la mente de los contrayentes, valdrá como donacion *mortis causa*, para que el acto mas bien sea válido que nulo; entendiéndose las palabras confirmatorias con arreglo á la propia naturaleza de la donacion *causa mortis* (núm. 22).

19. La donacion que hace el marido á la muger ó por el contrario es nula *ipso jure*, porque con el cariño recíproco no se despojen de sus bienes; aunque si el marido anciano ó plebeyo hace donacion á su muger jóven, rica ó noble, ó confiesa haber recibido la dote que no recibió, será válida por ser mas bien remuneracion que donacion. Mas sin embargo de que la donacion referida es nula, se confirma con la muerte del donante, y no del donatario por la voluntad tácita, en atencion á que cesa ya la razon impeditiva, y á que un consorte puede muy bien instituir y legar al otro; pero para ésto es forzoso que hubiese intervenido tradicion; porque si ésta no se hizo, como que la donacion y su título fueron nulos, no hay cosa que pueda confirmarse; y sin embargo de lo dicho es verdaderamente donacion y especie de contrato, por lo cual no se retrotrae el tiempo de la muerte en que se confirma, al tiempo en que se hizo en cuanto al dominio de la cosa, sino solamente en cuanto á los frutos (núm. 23, *leyes 4 y 5, tit. 11, part. 4*).

20. Para que la donacion hecha por un cónyuge á otro sea inválida, es indispensable que por ella se disminuya el patrimonio del donante, pues no verificándose así, aunque se siga grande utilidad al donatario, será subsistente (*dic. n. vers. Item adde*). Por este concepto puede muy bien el marido renun-

ciar alguna herencia ó legado para que lo consiga su muger, que es heredera *abintestato* ó sustituta: puede el padre remitir al hijo el usufructo de los bienes adventicios y repudiar herencias ó legados en perjuicio de su legitima: puede el deudor hacer las dichas renunciaciones en fraude de sus acreedores; y últimamente, no se revocan éstas por el nacimiento de los hijos, porque en todos los casos mencionados no padece detrimento el caudal, sino solamente se deja de adquirir (núm. 24).

21. Asimismo el marido puede durante el matrimonio, renunciar los bienes gananciales que se hayan de adquirir, y aunque la *ley 3, tit. 12, lib. 3 del Fuero de las leyes*, dispone que valga la donacion entre marido y muger habiendo corrido un año desde el dia que se celebró el matrimonio, solamente se ha de observar en los pueblos que haya esta costumbre (*dic. n. vers. Dubium tamen.*)¹

22. Tambien es inválida la donacion que hace el padre al hijo constituido en su potestad, y necesita de confirmarse con la muerte de aquel, en cuyo acontecimiento cesa la patria potestad; porque si valiese, por causa de ésta adquiriria segunda vez el padre la cosa donada, y pareceria que se donaba á sí mismo; y por tanto puede muy bien donar al hijo emancipado, al natural *tantúm* y al casado, así como la madre puede donar á todos sus hijos indistintamente, y el hijo al padre y á la madre (núm. 25, *dic. leyes 4 y 5, tit. 11, part. 4, y ley 4, tit. 15, part. 6*).

¹ El fundamento que tuvo la citada ley para la espresada disposicion, fué el contemplar que pasado un año de matrimonio no es el amor de los cónyuges tan intenso que por él quieran despojarse recíprocamente. Véase al Gomez en el *Coment. á las leyes 50 y sigg. de Toro, núm. 66, vers. Hodie tamen.*

² El Hermostilla (en la *ley 3, tit. 4, part. 5 glosa 1, núm. 38*), enseña con otros AA. que por derecho real es válida la donacion que hace el padre al hijo que se halla en su potestad (núm. 27 al fin).

CAPITULO V.

De la sociedad.

1. El cuarto contrato que se celebra con el consentimiento es la sociedad. Esta puede celebrarse por la vida de los contrayentes, hasta cierto ó desde cierto tiempo, ó bajo de condicion, mas no para siempre, ó sin limite de tiempo, porque con esta sociedad se induciria cierta especie de servidumbre, en atencion á que las partes no podrian usar libremente de su persona y bienes (núm. 1, *todo el tit. 10, part. 5*).

2. Cuando la compañía se contrae simplemente sobre todos los bienes, se estiende á los futuros, pues como sea reciproca, y el lucro y daño que de ella resulten, se comuniquen entre las partes, no se juzga que se les sigue perjuicio por esta estension (núm. 3).

3. En este contrato se advierte la particularidad de que por solo el título se trasfiere á los compañeros el dominio y posesion de todos los bienes así adquiridos como por adquirir, mediante á que cualquiera sócio parece tener sus bienes en su nombre y en el de su compañero como por la cláusula de constituto (*dic. n. vers. Item quero, ley 47, tit. 28, part. 3*).

4. La sociedad contraida simplemente se estiende tan solo á los bienes muebles é inmuebles, acciones y derechos adquiridos por título oneroso, y no por título lucrativo, pues para que éstos vengan en la compañía es necesario que se espere; y así no se comunican los que se adquieren por donacion, ó por cualquiera última voluntad, porque segun la naturaleza de la compañía se conceptúa pactado tácitamente, que solo se divida entre los socios lo que provenga de su industria y diligencia. Esto se entiende aun cuando la compañía fuese causa de la donacion, como si por los negocios de ella uno de

ciar alguna herencia ó legado para que lo consiga su muger, que es heredera *abintestato* ó sustituta: puede el padre remitir al hijo el usufructo de los bienes adventicios y repudiar herencias ó legados en perjuicio de su legitima: puede el deudor hacer las dichas renunciaciones en fraude de sus acreedores; y últimamente, no se revocan éstas por el nacimiento de los hijos, porque en todos los casos mencionados no padece detrimento el caudal, sino solamente se deja de adquirir (núm. 24).

21. Asimismo el marido puede durante el matrimonio, renunciar los bienes gananciales que se hayan de adquirir, y aunque la *ley 3, tit. 12, lib. 3 del Fuero de las leyes*, dispone que valga la donación entre marido y muger habiendo corrido un año desde el día que se celebró el matrimonio, solamente se ha de observar en los pueblos que haya esta costumbre (*dic. n. vers. Dubium tamen.*)¹

22. También es inválida la donación que hace el padre al hijo constituido en su potestad, y necesita de confirmarse con la muerte de aquel, en cuyo acontecimiento cesa la patria potestad; porque si valiese, por causa de ésta adquiriría segunda vez el padre la cosa donada, y parecería que se donaba á sí mismo; y por tanto puede muy bien donar al hijo emancipado, al natural *tantum* y al casado, así como la madre puede donar á todos sus hijos indistintamente, y el hijo al padre y á la madre (núm. 25, *dic. leyes 4 y 5, tit. 11, part. 4, y ley 4, tit. 15, part. 6*).

¹ El fundamento que tuvo la citada ley para la espresada disposición, fué el contemplar que pasado un año de matrimonio no es el amor de los cónyuges tan intenso que por él quieran despojarse recíprocamente. Véase al Gomez en el *Coment. á las leyes 50 y sigg. de Toro, núm. 66, vers. Hodie tamen.*

² El Hermosilla (en la *ley 3, tit. 4, part. 5 glosa 1, núm. 38*), enseña con otros AA. que por derecho real es válida la donación que hace el padre al hijo que se halla en su potestad (núm. 27 al fin).

CAPITULO V.

De la sociedad.

1. El cuarto contrato que se celebra con el consentimiento es la sociedad. Esta puede celebrarse por la vida de los contrayentes, hasta cierto ó desde cierto tiempo, ó bajo de condición, mas no para siempre, ó sin límite de tiempo, porque con esta sociedad se induciría cierta especie de servidumbre, en atención á que las partes no podrían usar libremente de su persona y bienes (núm. 1, *todo el tit. 10, part. 5*).

2. Cuando la compañía se contrae simplemente sobre todos los bienes, se estiende á los futuros, pues como sea recíproca, y el lucro y daño que de ella resulten, se comuniquen entre las partes, no se juzga que se les sigue perjuicio por esta estension (núm. 3).

3. En este contrato se advierte la particularidad de que por solo el título se trasfiere á los compañeros el dominio y posesion de todos los bienes así adquiridos como por adquirir, mediante á que cualquiera sócio parece tener sus bienes en su nombre y en el de su compañero como por la cláusula de constituto (*dic. n. vers. Item quero, ley 47, tit. 28, part. 3*).

4. La sociedad contraída simplemente se estiende tan solo á los bienes muebles é inmuebles, acciones y derechos adquiridos por título oneroso, y no por título lucrativo, pues para que éstos vengan en la compañía es necesario que se espere; y así no se comunican los que se adquieren por donación, ó por cualquiera última voluntad, porque segun la naturaleza de la compañía se conceptúa pactado tácitamente, que solo se divida entre los socios lo que provenga de su industria y diligencia. Esto se entiende aun cuando la compañía fuese causa de la donación, como si por los negocios de ella uno de

los compañeros hablase al príncipe y entonces le donase algunos bienes: no siendo de omitir, que si los socios se convienen en que se divida la legítima y justa herencia, únicamente se dividirá entre ellos la que provenga *ab intestato* (núm. 4, ley 9, tit. 10, part. 5).

5. Siendo igual el patrimonio, capital ó suerte, no vale el pacto de que á uno pertenezca mayor porcion de lucro ó daño que á otro, y debe hacerse la division igualmente; pero si es válido siendo desigual la suerte, aunque en este caso conforme á la naturaleza de la sociedad siempre se haria la division con respecto á la parte de cada uno de los socios. Tampoco con mayor razon es subsistente el pacto de que un compañero tenga parte en el lucro, y al otro pertenezca todo el daño; bien que los dichos pactos inválidos, como contrarios á la naturaleza del contrato, no lo vician ni anulan, y es de advertir que cuando un compañero pone capital y otro su industria y trabajo personal, vale el pacto de que el lucro y daño se dividan igualmente, y aun no es necesario que se espese para que así se haga, porque el trabajo del uno se compensa con el patrimonio del otro, y muchas veces es de mayor aprecio (núm. 5, leyes 3, 4, y 5, tit. 10, part. 5).¹

6. De esta doctrina se infiere, que si alguno presta ó da á otro dinero para que con él negocie bajo la condicion de quedar salvo, y percibir cierta porcion de lucro si lo hay, es nula y reprobada la condicion, por no haber igualdad, y come-

1 Cuando un compañero pone dinero, y otro su industria, se puede pactar que pertenezca á aquel solamente el daño del dinero, aunque éste perciba parte del lucro, por perder tambien sus obras: y asimismo valdrá el pacto de que á un socio toque todo el peligro del dinero, siempre que se le adjudique mayor parte de ganancias en compensacion del peligro (núm. 6, vers. *Non annullari*).

terse usura. Tambien se infiere, que si se da ó presta dinero sin pacto alguno, y el que lo recibe paga al acreedor en cada año cierta porcion de dinero por lucro sin cuenta ni computacion de alguna negociacion lícita hecha entre ellos, el tal acreedor recibe injustamente, se juzga usurero, y queda obligado á la restitution en ambos fueros, á causa de cometerse usura mental: todo lo cual se comprueba de que no es verosímil que el acreedor deje por mucho tiempo su dinero en el que lo recibe, sin la esperanza de algun premio, y de que no parece que el deudor entrega éste espontaneamente y por mera liberalidad, sino por el miedo de que aquel le pida el dinero, mayormente si la cualidad de las personas coadyuva estas presunciones; si bien es cierto que dando el deudor al tiempo de hacer la paga ó despues de algun intervalo algo mas en dinero ú otra cosa al acreedor sin pacto espreso ó tácito de darlo, y solamente por remuneracion, puede recibirlo justamente el acreedor, como donacion gratuita que se hace sin obligacion alguna (*dic. n. vers. Tertio infertur y sig.*).

7. La compañía se acaba primeramente por la espresa voluntad de las partes ó del procurador general ó especial, aunque se hubiese pactado entre aquella que no habia de finalizarse, porque este pacto como opuesto á la naturaleza del contrato no subsiste; pero es muy oportuno que la disolucion de la sociedad se intime á todos aquellos que por razon de ella pueden contraer con alguno de los compañeros, para que los demas no se obliguen involuntariamente, dándose pregones y poniéndose edictos en los lugares públicos con palabras claras por el tiempo necesario en el caso que los contrayentes sean inciertos; segun se debe observar tambien cuando alguna persona quiere revocar por sospechoso ó por otro motivo el factor que tenia para alguna negociacion, ó el procurador general para contraer ó cobrar de sus deudores, pues si es

particular para tratar con cierta persona, basta que á ésta se denuncie la revocacion: advirtiéndose que si despues del mandato general ó especial se hace el procurador sospechoso ó se huye, se contempla revocado el mandato y no se requiere la intimacion (*núm. 6, ley 11, tít. 10, part. 5*).

8. En segundo lugar se disuelve la compañía con la muerte de alguno de los socios, porque el contrato de sociedad, su virtud y efecto no pasan á los herederos aun en el caso de que se hubiese espresado, para que ninguno á consecuencia de la sucesion sea socio contra su voluntad, y sin embargo de que los compañeros sean muchos y uno de ellos muera, se acaba en cuanto á todos; mas el lucro y daño de la sociedad pasada y sus obligaciones y acciones muy bien se trasfieren á los herederos (*dic. n. vers. Secundó finitur, ley 10, tít. 10, part. 5*).

9. En tercer lugar se finaliza con el trascurso del tiempo porque fué contraida, en cuyo acontecimiento un socio no se obliga por los contratos en que otro intervino, no obstante que no precediese intimacion hecha á los contrayentes, porque ésta se exige solamente habiéndose contraido simplemente la sociedad ó hasta tiempo cierto, como dentro de él se disolviese por voluntad de las partes. Lo mismo sucede cuando habiéndose celebrado la sociedad con ciertos modos y condiciones, alguno de los compañeros contrajo sin observarlas, debiendo imputarse á los contrayentes el que no inspeccionasen la forma y tenor de la compañía. Y finalmente lo propio sucede á favor del Señor en el institor ó procurador constituido hasta cierto tiempo, ó bajo algun modo ó condicion (*dic. n. vers. Tertio modo.*).

CAPITULO VI.

Del contrato de mutuo.

1. Dijimos al principio del *capítulo segundo* que hay contratos que se celebran con la cosa, y éstos son *aquellos que no requieren para su perfeccion ni la solemnidad de palabras, ni el consentimiento formal determinado, sino principalmente la tradicion de la cosa*, como el mutuo, comodato, depósito y otros semejantes: porque la misma cosa designa en qué y en cuánto se contraiga la obligacion, de suerte que si el que recibe promete restituir algo ademas de la cosa, se juzga usura y no queda obligado. El primer contrato real que se nos ofrece es el mutuo, el cual se celebra *cuando alguno entrega á otro dinero, trigo, vino ú otra cualquiera cosa que consista en peso, número ó medida, y reciba equivalente en su género, para que al punto se haga del que recibe, y despues restituya otro tanto del mismo género, de la misma bondad y calidad*; pues como estas cosas no sean útiles si no se consumen, y tengan entera semejanza con otras del mismo género, necesariamente ha de transferirse el dominio, y entregando otras del mismo género, parece que se entrega la misma cosa que se recibió; lo cual no acontece en las cosas consistentes en especie, v. gr. el caballo ó libro, mediante á que apenas podrá encontrarse una en un todo semejante á otra, y así no pasa el dominio en el que recibe, sino la simple facultad de usar de la cosa que se ha de restituir en especie en el tiempo estipulado, ni puede consistir en ellas el mutuo, sino el depósito ú otro semejante contrato: pudiéndose inferir de lo espuesto que si despues del contrato de mutuo crece ó se disminuye el precio de la cosa sin preceder culpa ni mora del deudor, el daño ó cómodo pertenece al acreedor, porque pagando á quel otro tanto en su género, que-

da libre y no se atiende aquella cualidad estrínseca de la cosa (núm. 1, *tt.* 1, 2 y 3, *part.* 5).^{1 2}

2. Asimismo se infiere que si el deudor restituye el mismo dinero ó cosa que recibió, por no necesitarla despues ó por alguna otra causa, vale la solucion y queda libre, sin que obste que volviéndose la misma cosa, es comodato ó depósito, porque ésto debe entenderse cuando así se ejecuta por convenion de las partes (*dic. n. vers. Item infertur.*)

3. Si el hijo de familias recibe algun mutuo, queda obligado civil y naturalmente; pero á causa de ser este contrato mas frecuente que otros, se escusa de pagar oponiendo (segun puede con buena conciencia) la escepcion del senado-consulto Macedoniano, de la cual gozan tambien sus herederos y fiadores, y tiene lugar así en vida del padre como despues, y aun pronunciada la sentencia definitiva, sin embargo de que la haya renunciado, porque no se indujo principalmente en favor suyo, sino en beneficio del padre; bien que si nterviene juramento, es probable que el hijo no quede obligado en vida del padre y sí despues como que cesa la razon (núm. 3, *leyes* 4 y 5, *tt.* 1 *part.* 5).³

1 En el mutuo puede restituirse aun lo que no sea de tan buena calidad como lo que se recibió, siempre que se pactase, y no deja de ser mutuo (*letra B*).

2 Sin embargo de que el mutuo se celebra espontáneamente, hay casos en que nos hallamos obligados á prestar, como cuando lo hemos prometido: lo exige la necesidad pública, en cuyo caso los ricos pueden ser compelidos: pide el rey en empréstito á los acaudalados, sean nobles, exentos, clérigos ú otras personas eclesiásticas, procediendo los jueces seculares contra sus bienes si hay peligro en la tardanza; ó cuando pide prestado alguno constituido en una estrema necesidad (*n. 2, vers. Quamvis autem.*)

3 Por lo dispuesto en la *ley* 22, *tt.* 11, *lib.* 5 de la *Recop.* tienen el Acevedo y otros AA. que del mutuo hecho á un hijo de familias no nace ni civil ni natural obligacion (núm. 3, *vers. Hodie tamen.*)

4. Lo espuesto no puede correr en el hijo de familia que tiene bienes castrenses ó cuasi castrenses, pues queda obligado eficazmente; y se limita en otros muchos casos. El primero, cuando el mutuo consiste en otras cosas fuera de la pecunia numerata, á no ser que se den bajo la condicion de que se vendan para que el dinero de ellas se convierta en mutuo. El segundo, si el hijo de familias se reputaba públicamente padre de familias, de suerte que con justo fundamento fué engañado el acreedor. El tercero, si al tiempo del contrato dijo el hijo que era padre de familias, y tuvo el acreedor justa causa para creerlo. El cuarto, si el hijo de familias fuese deudor por otro justo título, v. gr. por el de venta, y el dinero debido se convirtió en mutuo. El quinto, si sea fiador de otro por causa de mutuo, no habiendo fraude por haber recibido el dinero. El sexto, si recibió el mutuo con el mandato ó consentimiento del padre, ó si éste aprobó el contrato despues, aunque sea tácitamente pagando parte de la deuda, ó si el mismo hijo lo aprueba espresa ó tácitamente verificada la muerte del padre: de lo cual se deduce que si pudiendo el deudor valerse de alguna escepcion paga parte de la deuda, se conceptúa que la aprueba en un todo de nuevo y no puede despues oponerla. El séptimo, si se convirtió el dinero en utilidad del padre ó en utilidad del hijo, á la cual se hallaba éste obligado. El octavo, si el hijo recibió el dinero por causa de sus estudios, pues el padre queda obligado, mediante á que habiéndolo destinado á ellos, parece que el contrato se hizo con su consentimiento: sucediendo lo propio si el padre lo puso en alguna negociacion y recibió en mutuo por causa de ella (como en duda se presume) sin esceder lo verosímil, de modo que aunque el padre quiera probar que no se invirtió en la dicha causa, no se escusa. El nono, si habiendo el hijo recibido dinero por cuasi mandato del padre, y significándoselo despues

á éste por escrito, no protestó lo contrario. Y el décimo, si acostumbraba recibir dinero en mutuo y el padre solia pagarlo; por cuanto de esta costumbre se presume su consentimiento (*dic. núm. vers. Nunc veró limita, leyes 4, 5 y 6, tit. 1, part. 5*).

5. Confesando alguno con esperanza de la futura numeracion con instrumento público ó privado, ó delante de testigos haber recibido algun dinero, aunque se obliga civilmente, no naturalmente, por no intervenir la cosa ni el consentimiento, y le compete la escepcion de la *non numerata pecunia* dentro de un bienio, bien intente repetir el instrumento, bien sea reconvenido por el acreedor, no obstante la regla de que lo temporal para pedir es perpetuo para defenderse: porque no tiene lugar cuando tambien se puede proponer el derecho, principalmente demandando, mediante á que se ha de imputar la culpa al que lo tiene y no lo deduce en juicio, como sucede en nuestro caso (*dic. n. vers. Prædicta, ley 9, tit. 1, part. 5. Véase al Gomez, en el n. 8, cap. 14*).

6. La dicha escepcion puede oponerse aun haciéndose la confesion con juramento, sin embargo de que por éste se dá fuerza al contrato nulo, pues ésto acontece mediando consentimiento, el cual no interviene en dicha confesion; pero ésto ha de entenderse cuando se jura pagar, no cuando se jura haber recibido el dinero (*dic. n. vers. Quod extendit et vers. Et attendit*).

7. Aun cuando el deudor confesase haber recibido dinero en mutuo y prometiese pagarlo en instrumento público garantigio, puede oponer la escepcion de la *non numerata pecunia*, con la cual se impide la ejecucion si el acreedor no prueba la entrega. No obsta la *ley 1, tit. 21, lib. 5 de la Recop.* que dispone no pueda objetarse contra el dicho instrumento alguna escepcion fuera de las contenidas en ella, entré las

cuales no se numera la mencionada, porque dice juntamente que deben proponerse y probarse dentro de los diez dias, cuando el acreedor por la naturaleza del contrato tiene fundada su intencion, y de consiguiente teniendo en nuestro caso el deudor su intencion fundada y perteneciendo hacer la prueba al acreedor, no se puede conceptuar escludida (*núm. 3*).

8. Tambien compete la escepcion de la *non numerata pecunia* en el caso de que la confesion dimanase de causa pretérita, como si dijese el deudor: *confieso que recibí en mutuo ciento, que se me entregaron dos años ha;* pues con la misma facilidad y esperanza de la futura entrega que en los casos referidos se confiesa haber recibido por causa anterior (*núm. 4*).

9. Pero no tiene lugar en las últimas voluntades, y por tanto si en el testamento ó codicilos confiesa alguno haber recibido cierta cantidad por causa de mutuo y manda pagarla, deberán los herederos hacerlo precisamente, por no poderse decir que la confesion fué hecha con la esperanza de recibir el dinero, mediante á que la última voluntad tiene efecto despues de la muerte: siendo de advertir que en la confesion de la deuda por otras causas, tiene lugar solamente dentro de treinta dias la escepcion de la *non numerata pecunia* (*n. 5*).

10. La obligacion civil que nace de la confesion aun pasado el bienio subsiste sin la natural, mas sin embargo tiene la virtud de ambas y es eficaz para pedir; así como la que proviene de sentencia definitiva injusta pronunciada contra la justicia de la parte á causa de no haber precedido contrato ni consentimiento de ésta, pues se puede ejecutar ó intentar la via ordinaria con la accion que de ella nace (*núm. 6*); bien es verdad que si el deudor pasados los dos años prueba que no se le dió el dinero en mutuo se escusa de pagarlo, en atencion á que el trascurso del bienio no induce presuncion *juris et de jure* contra la cual no se admite prueba en contrario.

sino *juris tantum*; aunque hoy parece se halla dispuesto en la ley 9, tit. 1, part. 5, que no pueda oponerse esta escepcion, segun interpreta Greg. Lop. en el vers. *Bien ansl como* (n. 7).^{1 2}

11. La prueba que haga el deudor, ha de ser de testigos ú otra, sin obligar al acreedor á que jure ó responda á las posiciones, infiriéndose de ésto que así como no puede ser obligado á jurar el que probó plenamente su intencion, así tampoco el que probó presuntivamente; si bien la ley 184 del *Estilo* determina lo contrario (*dic. n. vers. Unum tamen*).

12. La doctrina espuesta corre en la confesion para obligarse, no en la que se hace por causa de liberacion, pues si el acreedor por cualquiera contrato confiesa que se le hizo la paga, puede dentro de treinta dias oponer la escepcion de la *non numerata pecunia*, y en este caso el deudor debe probar la paga, y de otra suerte no queda libre (*dic. n. vers. Advertendum*).

CAPITULO VII.

Del comodato y del depósito.

1. Comodato es: cuando alguno entrega á otro gratuitamente cierta cosa mueble ó inmueble, para que use de ella por cierto y determinado tiempo tácita ó espresamente. Por este contrato no se transfiere el dominio, ni la posesion, ni otro derecho real en el comodatario, quien por ser solo el que re-

1 El Hermosilla con otros muchos AA. sigue la opinion de nuestro Gomez en la citada ley 9, glosa 5 desde el n. 2, y en el n. 8 esplica esta ley que parece disponer lo contrario (n. 18).

2. La presuncion *juris et de jure* admite tambien prueba en contrario aunque no en tantos casos como la presuncion *juris tantum*. Llámase aquella *juris* por hallarse expresa en el derecho, y *de jure* por determinar el derecho que se tenga por cosa cierta, en cuya atencion hace plena prueba.

cibe utilidad, debe prestar hasta la culpa levísima aunque no los casos fortuitos (n. 1 ley 1 al fin tit. 1, part. 5, y todo el tit. 2 de la misma part.)¹

2. Si la cosa que se entrega por este contrato se da estimada, pereciendo por caso fortuito se halla obligado el comodatario á la satisfaccion del precio por la convencion tácita que media entre las partes, atento á que de otra suerte poco ó nada obraria la estimacion: en cuyo supuesto la estimacion de la cosa puesta entre las partes obra que el deudor se halle obligado por los casos fortuitos en los contratos que se estien de la obligacion á la culpa levísima, y por ésta un aquellos que debe satisfacer por la culpa leve solamente (*dic. n. vers. Unum tamen*).²

3. Convienen el comodato y el precario en que por ambos se lucran los frutos de la cosa, y se diferencian en que por éste último no se concede la cosa para cierto uso ni determinado tiempo: se adquiere la posesion natural con permanencia de la civil en el dante, á no ser que se tratase otra cosa; y puede revocarse á arbitrio del dueño, aunque interviniese el pacto de no revocar, por ser contra la naturaleza del contrato: todo lo cual se verifica por el contrario en el primero (*dic. n. vers. Et ex prædictis*).

1 Se halla obligado el comodatario por el caso fortuito si así se pacta, si destina la cosa á uso diferente de aquel para que le fué concedida, ó es moroso en restituir, aconteciendo que la cosa perezca por alguna de las dichas causas; pero estos casos no proceden si del mismo modo hubiera perecido la cosa en poder del señor, pues entonces solo queda obligado á la estimacion del uso que no le fué concedido ó del lucro cesante (n. 2, vers. *Quod commodatarius*).

2 Varios AA. sostienen que la estimacion de la cosa obra tan solo que se preste sin controvertir acerca de ella en juicio, ni necesitarse su prueba si por ventura acontece que se pierda la cosa por culpa del comodatario (*dic. n. vers. Si res*).

sino *juris tantum*; aunque hoy parece se halla dispuesto en la ley 9, tit. 1, part. 5, que no pueda oponerse esta escepcion, segun interpreta Greg. Lop. en el vers. *Bien ansl como* (n^{um.} 7).^{1 2}

11. La prueba que haga el deudor, ha de ser de testigos ú otra, sin obligar al acreedor á que jure ó responda á las posiciones, infiriéndose de ésto que así como no puede ser obligado á jurar el que probó plenamente su intencion, así tampoco el que probó presuntivamente; si bien la ley 184 del *Estilo* determina lo contrario (*dic. n. vers. Unum tamen*).

12. La doctrina espuesta corre en la confesion para obligarse, no en la que se hace por causa de liberacion, pues si el acreedor por cualquiera contrato confiesa que se le hizo la paga, puede dentro de treinta dias oponer la escepcion de la *non numerata pecunia*, y en este caso el deudor debe probar la paga, y de otra suerte no queda libre (*dic. n. vers. Advertendum*).

CAPITULO VII.

Del comodato y del depósito.

1. Comodato es: cuando alguno entrega á otro gratuitamente cierta cosa mueble ó inmueble, para que use de ella por cierto y determinado tiempo tácita ó espresamente. Por este contrato no se transfiere el dominio, ni la posesion, ni otro derecho real en el comodatario, quien por ser solo el que re-

1 El Hermosilla con otros muchos AA. sigue la opinion de nuestro Gomez en la citada ley 9, glosa 5 desde el n. 2, y en el n. 8 esplica esta ley que parece disponer lo contrario (n. 18).

2. La presuncion *juris et de jure* admite tambien prueba en contrario aunque no en tantos casos como la presuncion *juris tantum*. Llámase aquella *juris* por hallarse expresa en el derecho, y *de jure* por determinar el derecho que se tenga por cosa cierta, en cuya atencion hace plena prueba.

cibe utilidad, debe prestar hasta la culpa levísima aunque no los casos fortuitos (n. 1 ley 1 al fin tit. 1, part. 5, y todo el tit. 2 de la misma part.)¹

2. Si la cosa que se entrega por este contrato se da estimada, pereciendo por caso fortuito se halla obligado el comodatario á la satisfaccion del precio por la convencion tácita que media entre las partes, atento á que de otra suerte poco ó nada obraria la estimacion: en cuyo supuesto la estimacion de la cosa puesta entre las partes obra que el deudor se halle obligado por los casos fortuitos en los contratos que se estien de la obligacion á la culpa levísima, y por ésta un aquellos que debe satisfacer por la culpa leve solamente (*dic. n. vers. Unum tamen*).²

3. Convienen el comodato y el precario en que por ambos se lucran los frutos de la cosa, y se diferencian en que por éste último no se concede la cosa para cierto uso ni determinado tiempo: se adquiere la posesion natural con permanencia de la civil en el dante, á no ser que se tratase otra cosa; y puede revocarse á arbitrio del dueño, aunque interviniese el pacto de no revocar, por ser contra la naturaleza del contrato: todo lo cual se verifica por el contrario en el primero (*dic. n. vers. Et ex prædictis*).

1 Se halla obligado el comodatario por el caso fortuito si así se pacta, si destina la cosa á uso diferente de aquel para que le fué concedida, ó es moroso en restituir, aconteciendo que la cosa perezca por alguna de las dichas causas; pero estos casos no proceden si del mismo modo hubiera perecido la cosa en poder del señor, pues entonces solo queda obligado á la estimacion del uso que no le fué concedido ó del lucro cesante (n. 2, vers. *Quod commodatarius*).

2 Varios AA. sostienen que la estimacion de la cosa obra tan solo que se preste sin controvertir acerca de ella en juicio, ni necesitarse su prueba si por ventura acontece que se pierda la cosa por culpa del comodatario (*dic. n. vers. Si res*).

4. Depósito es: *cuando se entrega á otro alguna cosa no para su uso sino para su custodia*, en cuyo caso el que recibe se halla obligado á restituir por la accion *depositi* que es de buena fé y muy privilegiada; puez inmediatamente que se intenta debe volverse el depósito, aunque se haya hecho por el ladrón, siervo, hijo ó persona semejante, sin que tenga lugar la compensacion, y si el depositario se escusa á restituir, si uiéndose la condenacion se hace infame, y está obligado á la entrega de la cosa ó su estimacion con todo el interés siempre que el depósito fuere voluntario, porque en el necesario que es el que se hace por inminente necesidad como de ruina ó incendio, si está negativo debe ser condenado en el duplo (*n. 2, ley 1 y 8, del tit. 3 con todo el part. 5*)¹

5. El depositario tampoco adquiere dominio, posesion ú otro derecho real, y se halla obligado únicamente por la culpa lata, mediante á que tan solo se sigue utilidad al depositante, quien si se perdiese la cosa por culpa leve ó levisima, deberá imputarse el no haber elegido persona idónea y cuidadosa (*dic. n. vers. Item adde quod in depositarium.*)

6. Si se depositase cerrada ó ligada arca, maleta ú otra cosa semejante con ciertas cosas dentro, y se vuelve del mismo modo, diciendo el dueño que le faltan algunas, para obtener necesita probarlo; pero si se le restituye abierta ó no de la manera que estaba cuando se depositó, ha de estarse á su juramento moderado por el juez segun las circunstancias de las personas, á no ser que estuviese cerrada ó ligada tan leve-

¹ Si el depositante pide el depósito en perjuicio suyo ó de otros, aunque jure el depositario restituir no se halla obligado, y si los bienes del depositante se confiscan, debe hacerse la restitucion al fisco, aguardándose cuando á un tiempo piden la cosa depositada el ladrón depositante y el señor, si éste prueba que es suya, en cuyo evento se le ha de restituir (*n. 3, vers. Sunt tamen.*)

mente, que con facilidad pudiera abrirse ó desliarse, y el depositario sea sugeto de buena opinion (*dic. número vers. Item quaero.*)

7. Para que se verifique depósito, es indispensable que se dé la cosa espresamente para su custodia, porque si el dueño sin manifestacion alguna la pusiese en la casa ó cuarto de otro sabiéndolo éste y permitiéndolo, no se conceptúa depósito. En esta atencion si por salirse el dueño de su casa ó cuarto y dejarse la puerta abierta, fuese hurtada, á nada es obligado por no haber contrato, si no se prueba que lo hizo con dolo: cuya doctrina no puede correr en los mesoneros, venteros y otros semejantes, porque éstos por razon de su oficio deben pagar aquellas cosas que ponen los huéspedes en su presencia si son hurtadas: como ni tampoco cuando el dueño espresa que entrega la cosa para su custodia á cualquiera persona, y ésta callase, por verificarse entonces un depósito tácito (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc.*)

8. Si el comodatario, depositario ú otro cualquiera deudor de alguna especie la entrega á su siervo ó criado para que la entregue al dueño ó acreedor, y huye con ella ó la pierde, no queda obligado á la estimacion, si el tal siervo ó criado era fiel y no acostumbraba hacer tales cosas. Lo mismo debemos decir entregándose la cosa al criado del dueño ó acreedor, si tambien era fiel y éste solia hacer semejantes encargos; pero si queda obligado habiéndose convenido las partes en que el deudor entregase la cosa por sí ó por cierto nuncio, si la da á otro para su entrega. Dije, *deudor en especie*, porque si lo es en cantidad ó género no se escusa, mediante á que el género no puede perecer (*núm. 3*).

9. Conviniéndose el acreedor y deudor en que éste entregue la cosa al que llevase ciertas señales, como ignorante el acreedor, se presente con estas al deudor alguno de los cir-

cunstantes ó transeúntes que se informó de lo convenido y se la entregue, queda libre. siendo deudor en especie: y si el deudor entregó la cosa á una persona en quien no concurrían las antedichas presunciones particulares, sino que se presumía buena, no se excusa en los contratos que se presta la culpa levísima y sí en los demas; mas si el dueño ó acreedor remite alguna epístola al deudor con cierto criado, diciéndole que le envíe lo que le debe sin espresarle lo haga con éste, si se lo entrega y lo pierde ó se huye, no queda libre, porque el conductor de la carta fué solamente para requerir y no para recibir (*dic. n. vers. Item adde quod si creditor*).

CAPITULO VIII.

De los contratos innominados.

1. El contrato se celebra en tercer lugar con la intervencion de la cosa, segun se dijo al principio del *capítulo 2*, y éste es cualquiera contrato innominado, el cual se divide en cuatro especies, es á saber; *doy para que des, doy para que hagas, hago para que hagas, y hago para que des*. Por derecho romano y de partidas para que naciera accion y obligacion eficaz del contrato innominado, se requería el cumplimiento por alguna de las partes (*núm. 1, ley fin. tit. 6, part. 5*), pero hoy no es necesario segun la *ley 2, tit. 16, lib. 5, de la Recop.*, la cual no pide para la obligacion eficaz mas que la voluntad espresa ó tácita de obligarse, y de consiguiente basta la policitacion, escediéndose en esto nuestro derecho al canónico que á lo menos exige pacto nudo para la obligacion; bien es verdad que si alguna de las partes en virtud del contrato innominado reconviene á la otra, le obstará la escepcion, á lo menos en la ejecucion real si no ofrece y cumple por su parte: infi-

riéndose de aquí que aunque los instrumentos guarentigios se ejecutan sin que pueda oponerse contra ellos escepcion alguna fuera de las contenidas en la *ley 1, tit. 21, lib. 5, de la Recop.*, se puede oponer la que acaba de mencionarse (*número 4*).¹

2. De todo lo espuesto se deduce que en el dia si alguno de los contrayentes cumple por su parte el contrato innominado, no tendrá lugar la repeticion, ni por arrepentimiento de éste, ni falta de observancia en el otro, así como no lo tiene en el contrato perfecto y nominado (*núm. 5*).

3. Entre los contratos innominados solo hay uno que tenga nombre propio, es á saber, la permutacion que se comprende en el contrato general *doy para que des*, y consiste en la recíproca entrega de cosa cierta en especie. Tiene nombre propio, no porque dejase de verificarse en él quanto era propio del contrato innominado, sino por su mucha semejanza con el de compra y venta; pues así como en éste por la tradicion se traspasa el dominio ó la condicion de usucapir, tienen lugar la eviccion y acciones redhibitoria y *quanto minoris*, y se debe alcabala, así tambien en el contrato de permutacion (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley 1, tit. 6, part. 5*).²

CAPITULO IX.

Del contrato verbal.

1. Tambien se dijo al principio del *capítulo 2*, que el contrato se celebra con palabras, y entonces se llama estipula-

¹ En atencion á esta doctrina, no podrá decirse ya que los contratos innominados se celebran con la intervencion de la cosa, sino que todos indistintamente se celebran con el consentimiento.

² Es mas verdadero y conforme que hay tambien permutacion, cuando se da especie por género, ó por el contrario (*letra A.*).

cion firme y solemne; para cuya inteligencia es de advertir que en el derecho hay policitacion, pacto nudo y estipulacion solemne. La policitacion es una nuda y simple promesa hecha al ausente, y aun al presente siempre que éste no consienta ni espresa ni tácitamente. El pacto nudo es un convenio entre los que se hallan presentes y consienten espresamente por palabras formales y equivalentes (núms. 1 y 2). Y estipulacion solemne es un contrato de palabras que se hace y celebra, precediendo la interrogacion del acreedor y siguiéndose la respuesta del deudor; pues aunque en ella se requiere el consentimiento como en los contratos que se celebran con éste, y la solemnidad que se exige en otros contratos, se llama de palabras, por la solemnidad de éstas; bien que en el dia no es necesaria la estipulacion con arreglo á la citada ley 2, tit. 16, lib. 5, de la Recop. y á lo que se ha notado sobre ella en varios pasages, de modo que es lo mismo la intervencion de estipulacion que la de una simple promesa (núm. 3).

2. Habiendo diversidad entre los contrayentes, para ver si ésta vicia ó no el contrato, se ha de mirar principalmente si es tal que constituye disenso entre ellos y no las sutilezas del derecho: y así cuando la diversidad es en la cantidad, porque precedió interrogacion de mayor suma y la respuesta fué de menor ó por el contrario, siempre valdrá en la menor, y aun en la mayor, pues en el promitente hay ánimo de obligarse, y en el que ha de recibir no se puede considerar disenso; pero ésto debe entenderse en el contrato lucrativo, no en el oneroso, en donde la diversidad cuantitativa vicia de tal suerte el contrato, que no vale en la menor suma, por perjudicarse al acreedor, si no es que preceda interrogacion de menor suma y se siga la respuesta de mayor, que entonces valdrá en la menor (núm. 4, ley 16, tit. 13, part. 5).

3. La diversidad en la cualidad ó en el tiempo por haber

precedido interrogacion pura y siguiéndose respuesta condicional ó *in diem*, ó por el contrario, vicia la estipulacion, mediante á que se colige el disenso de los contrayentes de la diversidad en la cualidad, y ésta la induce en la sustancia; y si hablamos particularmente con respecto á la diversidad en el tiempo, podemos decir que aun cuando preceda interrogacion de cierto dia y se responda de otro anterior, hay disenso entre las partes, y de consiguiente se vicia el contrato, porque se colige claramente que el ánimo del acreedor estipulante fué de que no se le hiciese la paga antes del dia ó tiempo que espresó por favor suyo. De aquí se deduce que la regla conforme á la cual el deudor *in diem* puede antes del tiempo pagar al acreedor aun contra su voluntad, ó depositar y consignar la paga para que despues el peligro de ella incumba al acreedor, se debe entender cuando se mencionó el tiempo por gracia del deudor, mas no si se hizo por beneficio del acreedor (*dic. n. vers. Secunda conclusio, ley 6, tit. 11, part. 5*).

4. La diversidad en la cosa porque precedió la pregunta acerca de una y la respuesta fué de otra, vicia la estipulacion (*vers. Tertia, ley 33, tit. 11, part. 5*), á no ser que la diversidad agrade incontinenti al acreedor (*vers. Sexta, ley 26, tit. 11, part. 5*): y si habiendo precedido interrogacion, fuese de cosa ó suma, ó fuese pura, condicional ó de otra cualquiera especie, se sigue una respuesta simple y absoluta, vale el contrato, porque la respuesta y promesa se juzga dada y hecha con respecto á todo lo contenido en la pregunta (*vers. Séptima*).

5. Si precede la interrogacion de muchas cosas y se sigue la respuesta de una tan solo, vale en ésta el contrato, mediante á que en ella convienen las partes, y tantos son los contratos cuantas son las cosas deducidas en la convencion: y si por el contrario, precediendo interrogacion de cierta cosa, se si-

que la respuesta de ésta y de otras, en todas es válida la estipulación (*vers. Quarta*); pero si precede la interrogación alternativa de tal ó tal cosa, y se sigue la respuesta de una sola, ó al contrario, si precede interrogación de una cosa y se sigue la respuesta alternativa de ésta ú otra, no subsiste el contrato en cosa alguna por el dinero de las partes, en atención á la mucha diversidad que hay entre la estipulación pura y la alternativa con respecto á la forma, sustancia y efecto (*vers. Quinta*).

6. Cuando la diversidad es únicamente en la voz, no en la sustancia y efecto, como si precede la interrogación de ciertas monedas de plata y se ofrecen otras diversas de la misma materia y estimación, no se vicia la estipulación porque en el dinero no se considera mas que el valor y efecto. Lo propio sucede por esta razón aunque el dinero ofrecido sea de diversa materia, y así el acreedor será obligado á recibir éste en cualquiera moneda, si no prueba que se le ha de seguir perjuicio (*vers. Octava*).

7. Las partes se pueden obligar por medio de cifras ó señales que ellas mismas inventasen á su arbitrio (*vers. Nona*); como asimismo precediendo la interrogación en un idioma y siguiéndose la respuesta en otro, siempre que los contrayentes los entiendan ambos, ó intervenga la declaración de algun intérprete; pues en estos términos todos los actos y contratos se pueden celebrar en cualquiera lengua y aun en diversas, de modo que una parte de ellos se halle en un idioma y otra en otro. Con este motivo es digno de advertir que el edicto general que se halla de poner en algun lugar público para que llegue á noticia de todos, ha de estar concebido en la lengua y palabras que mas se versan en el pueblo del edicto, en cuyo caso perjudicará á todos los extranjeros por la obligación que tienen á inquirir sobre el idioma del lugar donde residen,

y de otra suerte á ninguno perjudicaria, escusándose cualquiera con la ignorancia de la lengua (*vers. Decima*).

8. Si habiendo intervenido intérprete en algun acto ó contrato, se suscitase alguna duda entre las partes, depondrá aquel ante el juez con juramento de qué modo declaró á éstas en el tiempo del acto el idioma ó palabras sobre que recae la duda (*vers. Advertendum tamen*): debiendo estarse á la declaración del intérprete sin otra prueba ó adminículo, no obstante de que á un testigo solo no se ha de creer aunque se halle constituido en grande dignidad, siempre que conste por confesión de las partes, ú otra prueba ó indicio, que con voluntad de éstas intervino el intérprete, y aun no constando como no haya mas que uno en la ciudad ó pueblo; mas si se hallan muchos, se requieren dos y no se dá á uno solo entero crédito. Y segun esta distinción se ha de estar al testimonio de los peritos, cuando en algun litigio ó negocio deponen sobre duda que se ha suscitado y consiste en pericia, ciencia ó arte, en cuyo acontecimiento siempre se ha de ocurrir á ellos, de lo cual trae varios ejemplos nuestro Gomez (*núm. 5*).¹

CAPITULO X.

De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos.

1. El contrato, su obligación y efecto se dicen individuos ó individuos, conforme á la disposición del derecho, y es regla general que se digan individuos ó individuos, segun la naturaleza de la cosa deducida en el mismo contrato. Unas veces se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida: otra co-

¹ Es mas probable segun el rigor del derecho que en las causas árdas son necesarios dos peritos, de tal suerte que si en el pueblo hay uno solo, debe hacerse venir otro del pueblo mas cercano (*núm. 6*).

que la respuesta de ésta y de otras, en todas es válida la estipulación (*vers. Quarta*); pero si precede la interrogación alternativa de tal ó tal cosa, y se sigue la respuesta de una sola, ó al contrario, si precede interrogación de una cosa y se sigue la respuesta alternativa de ésta ú otra, no subsiste el contrato en cosa alguna por el dinero de las partes, en atención á la mucha diversidad que hay entre la estipulación pura y la alternativa con respecto á la forma, sustancia y efecto (*vers. Quinta*).

6. Cuando la diversidad es únicamente en la voz, no en la sustancia y efecto, como si precede la interrogación de ciertas monedas de plata y se ofrecen otras diversas de la misma materia y estimación, no se vicia la estipulación porque en el dinero no se considera mas que el valor y efecto. Lo propio sucede por esta razón aunque el dinero ofrecido sea de diversa materia, y así el acreedor será obligado á recibir éste en cualquiera moneda, si no prueba que se le ha de seguir perjuicio (*vers. Octava*).

7. Las partes se pueden obligar por medio de cifras ó señales que ellas mismas inventasen á su arbitrio (*vers. Nona*); como asimismo precediendo la interrogación en un idioma y siguiéndose la respuesta en otro, siempre que los contrayentes los entiendan ambos, ó intervenga la declaración de algún intérprete; pues en estos términos todos los actos y contratos se pueden celebrar en cualquiera lengua y aun en diversas, de modo que una parte de ellos se halle en un idioma y otra en otro. Con este motivo es digno de advertir que el edicto general que se halla de poner en algún lugar público para que llegue á noticia de todos, ha de estar concebido en la lengua y palabras que mas se versan en el pueblo del edicto, en cuyo caso perjudicará á todos los extranjeros por la obligación que tienen á inquirir sobre el idioma del lugar donde residen,

y de otra suerte á ninguno perjudicaria, escusándose cualquiera con la ignorancia de la lengua (*vers. Decima*).

8. Si habiendo intervenido intérprete en algún acto ó contrato, se suscitase alguna duda entre las partes, depondrá aquel ante el juez con juramento de qué modo declaró á éstas en el tiempo del acto el idioma ó palabras sobre que recae la duda (*vers. Advertendum tamen*): debiendo estarse á la declaración del intérprete sin otra prueba ó adminículo, no obstante de que á un testigo solo no se ha de creer aunque se halle constituido en grande dignidad, siempre que conste por confesión de las partes, ú otra prueba ó indicio, que con voluntad de éstas intervino el intérprete, y aun no constando como no haya mas que uno en la ciudad ó pueblo; mas si se hallan muchos, se requieren dos y no se dá á uno solo entero crédito. Y segun esta distinción se ha de estar al testimonio de los peritos, cuando en algún litigio ó negocio deponen sobre duda que se ha suscitado y consiste en pericia, ciencia ó arte, en cuyo acontecimiento siempre se ha de ocurrir á ellos, de lo cual trae varios ejemplos nuestro Gomez (*núm. 5*).¹

CAPITULO X.

De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos.

1. El contrato, su obligación y efecto se dicen individuos ó individuos, conforme á la disposición del derecho, y es regla general que se digan individuos ó individuos, segun la naturaleza de la cosa deducida en el mismo contrato. Unas veces se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida: otra co-

¹ Es mas probable segun el rigor del derecho que en las causas árdas son necesarios dos peritos, de tal suerte que si en el pueblo hay uno solo, debe hacerse venir otro del pueblo mas cercano (*núm. 6*).

sa particular ó integral en especie ó en género, como el animal, casa, fundo ú otra cualquiera cosa mueble ó inmueble: otras cosa incorporal, como la servidumbre; y otras un hecho: debiendo saberse que solamente con cuatro respectos se dice el contrato dividuo ó individuo, es á saber, con respecto á la promesa y obligacion, con respecto á la distribucion y division entre los herederos, con respecto á la paga, y con respecto á la liberacion y efecto (núm. 2).

2. Cuando se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida es el contrato dividuo por todos respectos. En primer lugar lo es respecto de sí mismo y de la obligacion, porque así como puede deducirse una grande cantidad ó número, así tambien cualquiera de sus partes. En segundo lugar lo es respecto de la division entre los herederos, pues éstos muerto el deudor, se hallan obligados á pagar la deuda segun sus porciones hereditarias, dividiéndose *ipso jure* entre ellos la obligacion, de tal suerte que pagando cada uno la deuda por su parte, aun contra la voluntad del acreedor, queda libre, porque entonces paga verdaderamente todo lo que debe, y no hace satisfaccion parcial, que no puede ser compelido á admitir el acreedor. No obsta que la condicion de la obligacion no se muda por la persona de los herederos, mediante á que debe entenderse en los actos ó contratos individuos, no en los dividuos. En esta atencion, si el enfiteúsis se impone con el pacto de retrovendendo, no puede un heredero redimirlo pagando su parte: si se vende la cosa con el pacto de que si el precio no se paga dentro de cierto tiempo, se tenga por no comprada, dejando de satisfacerse una parte aunque mínima, se tiene por no vendida; y si alguno quiere retraer la cosa del comprador por el mismo precio en virtud de ser consanguíneo ó compañero, no puede hacerlo en parte (núm. 3).

3. En tanto es verdad que en el espuesto caso cualquiera

heredero se halla obligado en parte, que aunque el coheredero no tenga para pagar, no tiene obligacion de satisfacer por él ni aun en el fuero de la conciencia: y sin embargo de que el testador gravase á un solo heredero á que satisfaciese toda la deuda, no puede el acreedor reconvenirlo *in solidum* sino á todos por su respectiva parte, mediante á que la obligacion se dividió por la ley; bien que en este caso los coherederos pueden reconvenir al gravado por su interes: no teniendo lugar esta doctrina en la dote, por cuanto solamente queda obligado el heredero gravado por el testador á pagarla á la muger, y ésta lo puede reconvenir *in solidum* (núm. 4.)

4. En tercero y cuarto lugar lo es dividuo con respecto á la paga y liberacion, pues si satisface una parte de lo que se debe, vale la paga, y en cuanto á la parte queda libre el deudor; pero ésto debe entenderse interviniendo la voluntad del acreedor, porque no se halla precisado á recibir una solucion particular, á no ser que sea líquida una parte y otra dudosa, y se le entregue la primera, aunque siendo muchas las deudas de diversos contratos, está obligado á recibir la paga de una sola: entendiéndose satisfecha la mas dura ó grave si el deudor no señala deuda que quiere pagar, y si todas las deudas son iguales, se divide la solucion con respecto á todas. Asimismo por el contrario el acreedor no puede pedir al deudor con ningún motivo, una parte de la deuda y despues las demas, sino toda ella para que no se divida la continencia de la causa y el deudor no sea molestado con muchos litigios; si bien es cierto que no oponiendo éste la escepcion de division, valdrá el proceso y la sentencia (núms. 5 y 6, ley 20, tit. 14, part. 5).

5. Cuando se deduce en el contrato cierta cosa particular mueble ó inmueble que tenga ciertos fines determinados por la naturaleza, v. gr., el siervo Pedro, tambien es dividuo por todos respectos. Respecto del contrato, porque puede dedu-

cirse en él una parte cuotitativa como la mitad, la tercera ó la cuarta: respecto de la division entre los herederos y respecto de la paga, por lo dicho en el caso anterior; y respecto de la liberacion, porque en cuanto á la parte pagada queda libre el deudor, debiendo satisfacer despues la otra, mediante á que precisamente ha de trasferir el dominio de la cosa debida y no se libra pagando el interes; mas lo espuesto debe entenderse pagándose una parte de la cosa debida en propiedad y usufructo, no si se pagase la propiedad ó el usufructo solamente; pues aunque valga la paga recibéndola el acreedor, no queda libre el deudor en cuanto á lo que pagase, porque estipulando el acreedor el pleno dominio, estipuló el usufructo causal que es de la misma naturaleza y no se acaba con la muerte ni *capitis* diminucion, como sucede al usufructo formal y separado, y por consiguiente la tal paga en parte no trae tanta utilidad respecto de la otra parte, como el todo respecto del todo (*núm.* 7).

6. Pero si la cosa contenida en el contrato es particular en género, v. gr., un caballo, aunque es dividuo respecto de la obligacion, de la division entre los herederos y de la paga, porque puede satisfacer el deudor parte de la cosa genérica, restringiendo la solución á cosa particular, y vale admitiéndola el acreedor; no lo es respecto de la liberacion y efecto, mediante á que pagada una parte ni aun cuanto á ésta se libra el deudor, pues de otra suerte podria éste pagar la otra parte en otro caballo diverso, y el acreedor no lo tendria todo segun estipuló, sino diversas partes en diversos caballos, y así la paga en parte no traeria tanta utilidad respecto de la otra, como el todo respecto del todo, que es un grande inconveniente. Bajo este supuesto el acreedor á quien se hizo la paga de una parte, puede pedir toda la cosa en género, como si nada se le hubiese satisfecho, y si la cosa en que se pagó la

parte cuotitativa *pro indiviso* perece fortuitamente, queda obligado el deudor á satisfacer otra íntegra en género, sin que perjudique al acreedor el que recibiendo una parte, parece que libra al deudor y que consiente en que se le pague la otra parte en otra cosa diversa, porque el acreedor cree verosímilmente que lo restante se le ha de satisfacer en la misma cosa, y con esta intencion recibe la parte (*núm.* 8).

7. Pagando el deudor la otra parte en la misma cosa, al punto queda plenamente libre, y si paga otra cosa diversa íntegra, puede repetir con la condicion *indebiti* la parte que primero satisfizo; pero en el medio tiempo de ningun modo puede repetirla, pues aunque en ella no queda libre, como que vino al acreedor de su voluntad, puede éste retenerla hasta que en la misma cosa ó en otra diferente se le satisfaga en un todo. Esto tiene tambien lugar en los herederos del deudor de cosa genérica, sin embargo de que esta obligacion se divida, y por tanto si uno paga su parte en cierta cosa, no se libra, aunque en este caso se suspende y está pendiente la petition por la parte que se satisfizo, hasta que se convengan los demas herederos, y si éstos pagan en la misma cosa queda libre enteramente, y si no, podrá ser reconvenido. La razon de diferencia que ya queda espuesta, consiste en que pagando alguno de los herederos su parte, paga todo lo que debe (*número* 9).

8. Muriendo el deudor y dejando muchos herederos, si estos no se conforman en la eleccion de la cosa, porque uno quiere pagar su parte en una y en otra, puede el acreedor pedir la estimacion de la cosa ó al principio ó en el tiempo de la ejecucion; mas si quiere la misma cosa y ha deducido su accion, puede implorar el oficio del juez, para que los obligue á convenirse, como puede implorarse para el mismo efecto, siempre que muchos disienten en perjuicio de algun tercero:

y si á instancia del juez no quieren concordar los herederos, podrá éste elegir la cosa que han de prestar (núm. 10).

9. En el caso de que se habla, un heredero no puede pedir al juez que obligue á los demás á concordia, porque cuando muchos disienten en perjuicio de ellos mismos, cesa el oficio del juez, aunque sí puede solicitar que la discordia se dirima por medio de la suerte, que no solo tiene lugar en los casos determinados por derecho, sino tambien en aquellos donde concurre igual ó mayor razon, pues la ley sin embargo de que hable con palabras taxativas, se estiende á los casos semejantes; bien que un heredero puede pagar toda la cosa por sí y sus coherederos, y despues recuperar de éstos la estimacion con respecto á sus partes no con la accion *negotiorum gestorum* sino con la accion *familiae eriscundae*, en atencion á que mas bien paga por cierta necesidad para quedar libre, que voluntariamente (núm. 11).

10. Y por el contrario si el acreedor de cosa genérica fallece con muchos herederos que no concuerdan, la discordia re dirime con la suerte si la eleccion era del acreedor, y si alguno de los herederos comete culpa por la que los demas padecen algun perjuicio, está obligado á ellos por el interés en el juicio *familiae eriscundae*, pero si la eleccion es del deudor, puede éste ofrecer á los herederos la cosa que quiera del mismo modo que el difunto, y si á uno da parte en alguna cosa, no se verifica la liberacion y está pendiente hasta que se pague á los demas, segun se dijo respecto de los herederos del deudor, por militar la razon é inconveniente de que se haga la paga en diversas cosas, la cual se verificaria repudiando el otro heredero la herencia y acreciendo al que adiese, pues si quedase libre el deudor, podria pagar á éste la parte que acrece en otra cosa diversa. Mas si el deudor paga realmente á todos los herederos sus partes en diversas cosas, siendo de

consentimiento de ellos queda libre, por cesar el apuntado inconveniente, y si recibiesen con ignorancia pueden pedir la solucion en una cosa entera, porque del mismo modo se debia al difunto, y la cualidad de la obligacion no se muda por las personas de los herederos (*dic. n. vers. Quid tamen si creditor*).

11. Todo lo dicho con respecto á la obligacion genérica tiene lugar en la obligacion alternativa; pues el tal contrato es dividuo respecto de sí mismo, de la division entre los herederos y de la paga, é individuo respecto de la liberacion, porque esta no se verifica en la parte pagada hasta que se dé la otra en la misma cosa, ó se satisfaga entera la otra cosa debida alternativamente, en atencion á que siendo la eleccion del deudor en la obligacion alternativa, si se verificase la liberacion en la parte pagada de la cosa alternativa, se seguiria el inconveniente de que pagando despues la otra parte en la otra cosa alternativa, se hiciese la solucion en diversas cosas. De aquí se infiere que si la eleccion es del acreedor, se verificaria la liberacion en la parte pagada y se podria compeler al deudor á que pagase la otra parte en la misma cosa, por ser visto elegirla el acreedor cuando recibió la parte y no poder mudar su voluntad; lo cual no sucede perteneciendo la eleccion al deudor, mediante á que con pagar éste la parte de alguna cosa no parece que la elije simple sino condicionalmente, es á saber, si acontezca despues el pagar la otra parte en la misma cosa: pudiendo tambien decirse que aunque parezca elegirla, puede variar y elegir despues la otra, favoreciéndose mas en ésto al deudor que al acreedor; bien que la variacion de aquel no tiene lugar satisfaciendo alguna cosa de las alternativas (núm. 12).

12. Entre la obligacion genérica y la alternativa se advierte la diferencia de que en la primera, segun se ha dicho,

el acreedor que recibe parte de la cosa, puede pedir toda la cosa en género como si nada se hubiese satisfecho, y en la segunda el acreedor que recibe parte, no puede solicitar por entero ambas cosas debidas alternativamente, sino la otra parte de la cosa pagada ó toda la otra cosa (*dic. n. vers. Attende*).

13. Dijimos que tambien se deduce en el contrato cosa incorporal como la servidumbre, para cuya inteligencia acerca de la presente materia es de advertir, que unas veces se halla la servidumbre prometida solamente y deducida en el contrato no realmente constituida, y otras realmente constituida mediante la tradicion ó cuasi tradicion. Tambien es de advertir que se puede hacer promesa de servidumbre personal; real y mista. La servidumbre personal únicamente prometida es cuando el señor de algun siervo prometió en él algunas obras ó servicio. Esta es individua por todos respectos, y respecto de la paga no por la razon que otras servidumbres sino por consistir en hecho y juzgarse segun su naturaleza (*núm. 15*).

14. La servidumbre, rústica ó urbana prometida solamente es asimismo individua por todos respectos. Primeramente es individua respecto del contrato, porque no se puede prometer ni deducir en la obligacion tan solo una parte de ella, ya atendiendo á que repugna naturalmente su division por ser incorpórea, intelectual é indivisible segun la disposicion del derecho, y ya atendiendo á que en esta materia es regla y doctrina singular, que aquello se diga individuo, cuya parte no trae tanta utilidad respecto de la parte como el todo respecto del todo, lo cual se verifica en la servidumbre, en atencion á que su parte no es útil en modo alguno, bien se considere el fundo serviente, bien el dominante, bien el instrumento con que se usa de la servidumbre, bien la latitud ó modifi-

cacion del fundo serviente ó del uso. Y aunque es cierto que la servidumbre puede constituirse y prescribirse en cierta parte del fundo quedando libres las otras, no por ésto se divide la servidumbre, sino tan solo se modifica y se coarta para que se ejerza en cierta parte del fundo *pro diviso*, porque de otra forma se ejerceria en todo él. Tampoco se divide la servidumbre en su sustancia, cuando se divide su uso, ejercicio ó comodidad por algun tiempo ó modo, v. gr., constituyéndose con el pacto de que se use en tales dias ó tales horas y no en otras, por distar mucho lo uno de lo otro (*dic. núm. 15*).

15. En segundo lugar se dice individua la servidumbre respecto de la division entre los herederos, bien sean del promitente, bien del acreedor, para cuya perfecta inteligencia se pueden poner cuatro conclusiones así en orden á los primeros como en orden á los segundos. La primera en orden á los primeros es, que uno de ellos no puede constituir realmente la servidumbre *in solidum* en el fundo comun hereditario, sin el consentimiento de los demas, mediante á que ninguno de los sócios por sí solo puede imponer servidumbre, y á que de otra suerte se seguiria que estaba en potestad de uno de los herederos el perjudicar á los demás: como asimismo que la sentencia pronunciada contra uno perjudicaria á otros, lo cual es injusto y contra todas las reglas del derecho; debiendo esto entenderse aun cuando los herederos estuviesen constituidos en mora por el acreedor, sino es en la servidumbre que se debe por última voluntad, pues no debe estar pendiente como el contrato, y en la última voluntad pasa el dominio ó derecho de la servidumbre sin constitucion real (*núm. 16 ley 9, tit. 31, part. 3*).

16. La segunda conclusion es, que si á uno de los herederos se adjudica todo el fundo en que fué prometida la servidumbre por el difunto, debe aquel constituirla *in solidum* por

cesar la comunión que en el caso antecedente servía de impedimento, sin que pueda repetir cosa alguna de los herederos con respecto á sus porciones hereditarias, si se le hizo la adjudicación con el cargo de la servidumbre prometida; mas habiéndosele hecho con su ignorancia, aunque está obligado á constituirla, hay lugar á la repetición dicha (*dic. núm. vers. Secunda conclusio.*).

17. La tercera conclusión es, que uno de los herederos puede constituir la servidumbre en el fundo comun hereditario, no para que valga al punto ó se adquiriera el derecho real de servidumbre en todo ó en parte, sino para que la constitución ó cuasi tradición esté pendiente hasta que los demás consientan, en cuyo entretanto el constituyente, como que queda obligado personalmente, no podrá impedir el uso de la servidumbre, según acontece en otros cualesquiera señores particulares de algun fundo (*dic. núm. vers. Tertia ley 10, tit. 31, part. 3.*).

18. La cuarta conclusión es, que si uno de los herederos no constituye la dicha servidumbre, ó aunque la quiera constituir, el acreedor se resiste á admitirla, mediante á que no se constituye por todos, podrá éste pedir á aquel la servidumbre *in solidum*, y será condenado en ella haciéndose la ejecución en todo el interés. No obsta que el interés en las obligaciones de hecho se reputa dividuo, porque esto acontece cuando el acreedor pide principalmente el interés, pero no si solicita servidumbre ó cosa individua, y después por vía de ejecución consigue el interés (*dic. núm. vers. Quarta*).

19. En orden á los segundos es la primera conclusión, que si el fundo dominante se adjudica á uno de los herederos en la división de la herencia, éste puede reivindicar la servidumbre *in solidum* y se le debe constituir, pagándosele de lo contrario la estimación de la servidumbre. La segunda, que si

muerto el acreedor, el fundo dominante se divide entre los herederos, cada uno puede reconvenir al deudor con el fin de que se le constituya *in solidum* para su parte. La tercera, que si el fundo dominante es todavía comun por no haberse dividido la herencia, uno de los herederos puede pedir la servidumbre *in solidum*, y si el deudor la constituye, estará pendiente hasta que los demás consientan, mas aquel solo podrá usar de ella, sin que éste pueda perturbarlo. Y la cuarta conclusión, que si uno de los herederos pide la servidumbre y en la ejecución se le satisface el interés por no consentirlo los demás, lo conseguirá solamente por su parte (*núm. 17*).

20. En tercer lugar es individua la servidumbre respecto de la solución, porque no se puede pagar en parte; y por tanto si el promitente de la servidumbre pagándola con la tradición ó cuasi, dice que paga en parte, ni aun en cuanto á ésta vale la solución. Y en cuarto lugar es individua respecto de la liberación, pues haciéndose la paga en parte, tampoco se verifica aquella en orden á ésta (*dic. n. vers. Similiter etiam & tertio*).

21. El usufructo, servidumbre mista es dividuo por todos respectos. Respecto del contrato y obligación, porque así como todo puede prometerse, así también una parte quotitativa *pro indiviso* en algun fundo, y por tanto hecha la tradición, adquiere el usufructuario el derecho del usufructo en cuanto á la parte, consiguiendo sus frutos y teniendo por ella todos los remedios é interdictos que competen al que tiene todo el usufructo. También respecto de la división entre los herederos del promitente, no de los del acreedor, porque el usufructo se extingue con la muerte y no pasa á los herederos. Y últimamente respecto de la solución y liberación, por las razones espuestas en otros casos (*núm. 18*).

22. La servidumbre de uso, aunque también mista, es indi-

vidua por todo respecto, en atencion á que se debe por la cosa á la persona con arreglo á su indigencia y necesidad que es indivisible; pues si á la persona acreedora le faltase la mitad de sus alimentos necesarios, no podria vivir, y de consiguiente la parte no traeria tanta utilidad respecto de la parte como el todo respecto del todo (*núm. 19*); pero sin embargo de que la servidumbre de uso que se deja en alguna cosa ó fundo es individua, no lo es la promesa y obligacion personal ó legado de alguna parte de los alimentos por via de cuota, de número ó cantidad sin asignacion de fundo, en cuyo caso no hay servidumbre de uso. Estriba la razon de diferencia, en que en el primer caso la servidumbre de uso prometida ó legada se refiere á los alimentos que ha de percibir la persona en cuyo favor se constituye, y es individua naturalmente por el fundamento arriba espresado; y en el segundo la obligacion personal ó legado se refiere al dinero ó cantidad que se atiende y deduce principalmente en el contrato, la cual es dividua; bien se espanda en alimentos, bien en otra cualquiera cosa; pudiendo inferirse de toda la doctrina espuesta que si aquel á quien se prometió la servidumbre de uso por sí y sus herederos, falta dejando muchos de éstos, cada uno tendrá entera la servidumbre de uso, segun la cualidad de su persona, y percibirá para sí *in solidum* lo necesario (*número 20*).

23. Ultimamente se dijo que en el contrato se deduce algun hecho, pero antes de tratar sobre si es ó no individuo, debe preceder alguna doctrina para su mejor comprension. La promesa de hecho propio es válida y de ella nace accion eficaz, sucediendo despues de la mora la obligacion al interés, de suerte que éste ó el hecho se puede pedir, ó uno y otro alternativamente, que es el mejor modo, y perteneciendo la eleccion al deudor en tales términos, que aunque el acreedor

pida el hecho y el juez lo condene en él, satisfaciendo el interés, queda libre de la obligacion, porque ninguno puede ser compelido precisamente al hecho (*núm. 21*), en atencion á que de otro modo se ofenderia la libertad y se induciria cierta especie de servidumbre; bien que en algunos casos puede ser apremiado con precision al hecho, los cuales se omiten por la nota siguiente (*núm. 22, al princip. ley 5, tit. 27. Ley pen. tit. fin. part. 3, y ley 42, tit. 5, part. 5*).¹

24. La promesa de hecho ageno es de tal suerte inválida, que no nace de ella ni aun la obligacion al interés: entendiéndose esto aun despues de la citada *ley 2, tit. 16, lib. 5. de la Recop.*, pero esta doctrina se ha de limitar en el caso de que el hecho ageno prometido se haya de hacer por persona á quien puede compeler el promitente, v. gr. hijo ó siervo: como asimismo en el caso de que la promesa se haga con juramento, pues entónces tiene lugar la obligacion al interés, en atencion á que todo acto en donde interviene juramento vale en el modo mejor que pueda valer (*núm. 23*).²

1 El Sr. Elizondo (*tom. 1. de su práct. pág. 4, núm. 10*), lleva que no se cumple por el obligado la obligacion á un hecho con prestar el interés, sino en los casos de que el promitente despues de constituirse en mora no puede hacer lo que prometió, ó aunque pueda, si ya no le acomoda al acreedor, por cuanto en pena de la morosidad sucede la obligacion al interés; siendo los modos de perfeccionarse la ejecucion en la obligacion al hecho la prision del obligado, el embargo de sus bienes ó denegacion de audiencia hasta que la cumpla, á no ser que proponga escepcion esclusiva de la accion, obligándose á probarla inmediatamente. El Sr. Gregorio López (*ley 3, tit. 14, part. 5*) juzga que la opinion de nuestro Gomez se derogó por las leyes de Partida. Finalmente con arreglo á nuestro derecho y aun al derecho comun, llevan la sentencia de los citados AA. el Sr. Castillo, el Sr. Vela, el Sr. Salgado, el Carleval y otros grandes varones (*Puede verse al Aillon, núms. 22 y 23, y al Suarez, letra L*).

2 Es mas comun y verdadero que vale esta promesa en virtud de la ley

25. La promesa que haga alguno al tiempo de contraer matrimonio, de habitar perpetuamente con su muger en cierta ciudad ó lugar bajo cierta pena, es de ningun momento, á no ser que se pruebe interesa á la muger la observancia del pacto, pues entonces el marido está obligado á satisfacerle el interés: y si alguno es inducido con la promesa de cierta cantidad ó con algun legado á morar en determinada parte por favor de alguna persona, no cumpliendo la condicion pierde el lucro, y no puede ser compelido á vivir en el lugar señalado. Dije *por favor de alguna persona*, porque sin este respecto no valdrá la tal condicion, aunque se imponga con la esperanza de premio: siendo digno de advertir que en los casos que vale el pacto de que se habla y el promitente puede ser apremiado á cumplirlo, no tiene esto lugar sobreviniendo de nuevo alguna causa por la que no puede ni debe residir en el pueblo espresado (número 24).

26. Supuesta toda esta doctrina debe decirse que el hecho es regularmente individuo por todos respectos. Respecto de la obligacion, porque no puede deducirse en ella una parte indivisa cuotitativa, y así no se puede prometer la mitad, tercera ó cuarta parte de un hecho. Respecto de la division entre los herederos, porque muerto el deudor cada uno de ellos está obligado *in solidum*. Respecto de la solucíon, porque no se puede pagar por parte divisa ó indivisa; y respecto de la liberacion, porque haciéndose la paga por parte divisa ó indivisa, aunque el acreedor la reciba, de ningun modo queda

2, ya citada, y así lo enseñan muchos regnícolas, entre ellos el Cavalios (*quaest.* 846), quien prueba que el promitente de hecho ageno se libra si hace lo que está de su parte, aunque el Pichardo resuelve que no se libra el que prometió hecho ageno y puso su diligencia para que se cumpliese, si no se sigue el efecto (número 24, *vers.* *Etiam de jure*).

libre el deudor. Entre otras razones por las cuales el hecho es individuo, es la principal que el hecho en parte respecto de la parte no trae tanta utilidad como el todo respecto del todo. Sirva de ejemplo una casa ó edificio. Este completo nos defiende de la lluvia y el viento, y en él puede el acreedor habitar ó servirse de él segun le parezca, lo cual no puede decirse de una parte del edificio; mas sin embargo de que no se pueda deducir en el contrato una parte indivisa cuotitativa del hecho, sí puede deducirse una parte divisa cierta y determinada, como si se prometen hacer los cimientos, el techo ú otra cualquiera parte cierta de algun edificio, por cesar aquí las razones impositivas; si bien es cierto que por concurrir estas despues, es individuo el tal hecho por todos respectos (número 25).

27. Para conclusion de este capítulo se hará mencion de algunos actos individuos cuya cualidad deduce el autor de la doctrina que trae en el citado número 25. La obligacion de dar algun dinero para cierto hecho, como cuando se promete ó se lega á fin de que se haga alguna obra, es individua del mismo modo que el hecho por cuyo respecto se prometió ó legó el dinero, y por tanto, muriendo el deudor, cualquiera de sus herederos se halla obligado *in solidum*; bien que aquel que pague, podrá repetir de los demas las partes correspondientes (*dic. n. vers. Tertio infero*). Asimismo es individua la cantidad ó cosa puesta en la condicion de paga, por reputarse hecho, y así no puede pagarse en parte, ni muerto el deudor se divide entre los herederos, de los cuales cada uno está obligado *in solidum* en los casos que la obligacion de cumplir la condicion se transmite á ellos; pero esto se entiende cuando la dicha condicion se impone á uno, no sí á muchos, pues entonces cada uno podrá cumplirla por su parte y conseguirá en parte el emolumento. La cosa puesta en condicion

de paga se verifica en este ejemplo: *lego á Pedro tal fundo si diere diez*; en el cual si Pedro da solamente cinco no obtendrá la mitad del fundo (*vers. Quartó infero*).

28. Tambien si alguno vende cierta cosa por determinado precio con el pacto de *retrovendendo*, ni él ni sus herederos dando alguna parte del precio, podrán redimir parte de la cosa, lo cual se debe igualmente decir respecto de muchos que vendan con el referido pacto, porque dirigiéndose la cantidad á un hecho, es á saber, á la tradicion de la cosa, es individua la facultad de redimir, mayormente cuando habiéndose vendido la cosa por un precio, todo él se ha de volver para restituirla; pero si alguno de los vendedores ofrece todo el precio, podrá redimir toda la cosa, siempre que dé caucion de restituir la parte correspondiente al otro si despues quiere redimirla: como tambien si estotro renuncia de su derecho ó por alguna otra causa se halla escludido, porque se le acrece el derecho al compañero, quien de otra suerte sufriria el perjuicio de no poder redimir la cosa ni aun en parte (*vers. Quintó y vers. Septimo infero*).

29. Igualmente la obligacion de pagar la pensión el enfiteuta y el que tiene contra sí un censo, es individua, y así muertos éstos dejando muchos herederos, aunque uno pague por su parte, sino paga el otro pasado el trienio, cae en comiso la cosa enfiteutica ó censual como si ninguno hubiese pagado (*vers. Octavó*). Del mismo modo si el deudor entrega al acreedor alguna cosa en prenda por la deuda, y fallece con muchos herederos, ofreciendo alguno de ellos la parte de la deuda que le corresponde, no puede conseguir la cosa dada en prenda, para lo cual necesita de pagar en un todo. Y últimamente el mas próximo consanguíneo no podrá retraer en parte la cosa de patrimonio ó abolengo, lo cual se comprueba muy mucho con la *ley 71 de Toro*, en la que se dispone que

si se venden muchas cosas de patrimonio ó abolengo por un mismo precio, no se puede retraer la una sin la otra (*vers. Nonó y vers. Decimó*).

CAPITULO XI.

De las qualidades de los contratos.

1. En orden á las qualidades de los contratos hay contrato puro, contrato *in diem*, contrato condicional y contrato alternativo. El primero se celebra cuando alguno promete puramente dinero ú otra cosa sin asignar tiempo ó condicion, en cuyo caso nace al punto accion civil y natural, y se puede pedir la deuda (*núm. 1, ley 12, tit. 11, part. 5*); aunque el juez segun su arbitrio por equidad debe señalar algun tiempo para la paga. Este tiempo legal arbitrario se diferencia mucho del que adhiere á la obligacion por convenio de las partes; pues sin embargo de que aquel no se haya pasado, si el reo condenado pide ejecucion en virtud de otra sentencia contra el acreedor, se puede oponer la compensacion de la deuda, la cual no tiene entrada durante el tiempo convencional. Ademas de esto si el acreedor pide la deuda antes de haber corrido el término legal, no se duplica el tiempo, como acontece, pidiéndose antes de haberse pasado el término convenido: y últimamente el término legal no impide la prescripcion que empieza á correr desde la sentencia, como la impide el término convencional cuyo trascurso es necesario para el principio de aquella (*núm. 2, ley 13, tit. 11, part. 5*).

2. Para que sea válido el contrato ó promesa es indispensable que intervenga causa suficiente y obligatoria, así porque la promesa sin causa es muy general que puede interponerse sobre causas ya justas, ya injustas, por lo cual es de apetecer la manifestacion de alguna, á fin de que se conozca

de paga se verifica en este ejemplo: *lego á Pedro tal fundo si diere diez*; en el cual si Pedro da solamente cinco no obtendrá la mitad del fundo (*vers. Quartó infero*).

28. Tambien si alguno vende cierta cosa por determinado precio con el pacto de *retrovendendo*, ni él ni sus herederos dando alguna parte del precio, podrán redimir parte de la cosa, lo cual se debe igualmente decir respecto de muchos que vendan con el referido pacto, porque dirigiéndose la cantidad á un hecho, es á saber, á la tradicion de la cosa, es individua la facultad de redimir, mayormente cuando habiéndose vendido la cosa por un precio, todo él se ha de volver para restituirla; pero si alguno de los vendedores ofrece todo el precio, podrá redimir toda la cosa, siempre que dé caucion de restituir la parte correspondiente al otro si despues quiere redimirla: como tambien si estotro renuncia de su derecho ó por alguna otra causa se halla escludido, porque se le acrece el derecho al compañero, quien de otra suerte sufriria el perjuicio de no poder redimir la cosa ni aun en parte (*vers. Quintó y vers. Septimo infero*).

29. Igualmente la obligacion de pagar la pensión el enfiteuta y el que tiene contra sí un censo, es individua, y así muertos éstos dejando muchos herederos, aunque uno pague por su parte, sino paga el otro pasado el trienio, cae en comiso la cosa enfiteutica ó censual como si ninguno hubiese pagado (*vers. Octavó*). Del mismo modo si el deudor entrega al acreedor alguna cosa en prenda por la deuda, y fallece con muchos herederos, ofreciendo alguno de ellos la parte de la deuda que le corresponde, no puede conseguir la cosa dada en prenda, para lo cual necesita de pagar en un todo. Y últimamente el mas próximo consanguíneo no podrá retraer en parte la cosa de patrimonio ó abolengo, lo cual se comprueba muy mucho con la *ley 71 de Toro*, en la que se dispone que

si se venden muchas cosas de patrimonio ó abolengo por un mismo precio, no se puede retraer la una sin la otra (*vers. Nonó y vers. Decimó*).

CAPITULO XI.

De las qualidades de los contratos.

1. En orden á las qualidades de los contratos hay contrato puro, contrato *in diem*, contrato condicional y contrato alternativo. El primero se celebra cuando alguno promete puramente dinero ú otra cosa sin asignar tiempo ó condicion, en cuyo caso nace al punto accion civil y natural, y se puede pedir la deuda (*núm. 1, ley 12, tit. 11, part. 5*); aunque el juez segun su arbitrio por equidad debe señalar algun tiempo para la paga. Este tiempo legal arbitrario se diferencia mucho del que adhiere á la obligacion por convenio de las partes; pues sin embargo de que aquel no se haya pasado, si el reo condenado pide ejecucion en virtud de otra sentencia contra el acreedor, se puede oponer la compensacion de la deuda, la cual no tiene entrada durante el tiempo convencional. Ademas de esto si el acreedor pide la deuda antes de haber corrido el término legal, no se duplica el tiempo, como acontece, pidiéndose antes de haberse pasado el término convenido: y últimamente el término legal no impide la prescripcion que empieza á correr desde la sentencia, como la impide el término convencional cuyo trascurso es necesario para el principio de aquella (*núm. 2, ley 13, tit. 11, part. 5*).

2. Para que sea válido el contrato ó promesa es indispensable que intervenga causa suficiente y obligatoria, así porque la promesa sin causa es muy general que puede interponerse sobre causas ya justas, ya injustas, por lo cual es de apetecer la manifestacion de alguna, á fin de que se conozca

si debe ó no valer: como porque de lo contrario se presume hecha por error y con cierta ciencia, y así no queda obligado el promitente, á no ser que conste ó pruebe el acreedor por confesion de la parte ó por presunciones, que el deudor prometió sin causa sabiendo que nada debia; pues entónces se conceptúa donacion la promesa y vale como tal (*núms. 3 y 4, vers. Ad aliam veró*); bien que si la promesa hecha llanamente sin causa puede fundarse en otra anterior, será válida mediante á que ésta se tiene por espresa entre las partes (*dic. núm. 3, vers. Adde tamen*).

3. Tambien es válida la promesa recíproca que se llama vulgarmente *apuesta*, por ser condicional y no exigir causa el contrato bajo condicion, por cuanto esta es causa suficiente; y esto sucede sin embargo de que el cumplimiento de la condicion no franquee luerio alguno á los contrayentes, pues causa bastante es que se satisfaga á su voluntad (*núm. 4*).

4. La referida necesidad de causa en los contratos y promesas aun tiene lugar despues de la *ley 2, tit. 16, lib. 5, de la Recop.*, porque no interviniendo no se presume ánimo ni voluntad de obligarse, sino un error que impide el consentimiento, por cuyo motivo no dará fuerza alguna al contrato ó promesa sin causa el juramento que se interponga, mayormente cuando en este caso le faltarian sus tres requisitos substanciales, es á saber, el juicio, la verdad y la justicia (*núm. 5*).¹

5. La confesion hecha á presencia del interesado por el deudor es válida y le perjudica; pero no surte el mismo efec-

¹ El Pichardo y el Parladorio aseguran que ni por derecho real se requiere causa en el contrato ó pacto. Lo mismo sostiene el Suarez (*letra E, cap. 9*), y esto juzga mas verdadero nuestro Aillon (*en este cap. y en el 9, núm. 4*).

to la que se hace en ausencia del acreedor, sino que se reitera con intervalo y no incontinenti, pues entonces le daña: como asimismo cuando además de la confesion en ausencia concurre un testigo, ó alguna conjetura ó indicio, porque en este caso hay plena prueba, mediante á que la confesion la induce á lo menós semiplena. Tambien perjudica la confesion estrajudicial hecha en escritura, bien sea pública, bien privada, bien se haga en presencia, bien en ausencia, en atencion á que la escritura siempre habla, es mas que una confesion repetida, y se hace con mucha deliberacion. Asimismo perjudica la hecha en juicio, teniéndose por condenado el que la hace y restando solo la ejecucion (*núm. 6*).

6. La incertidumbre en la disposicion ó contrato unas veces lo vicia, y otras no, para cuya inteligencia se propondrán varias conclusiones. La primera es, que la incertidumbre en las palabras dispositivas de parte del que promete, vicia el contrato, porque siendo las palabras dudosas é inciertas no se presume ánimo de obligarse: v. gr., *se satisfarán diez*, hablando impersonalmente. La segunda, que la incertidumbre de parte del acreedor á quien se hace la promesa, no vicia el contrato, como si alguno diga en presencia de otro: *prometo dar veinte*; pues la promesa se entiende hecha al ausente. La tercera, que la incertidumbre únicamente en las palabras ejecutivas no vicia la disposicion: v. gr.; *te prometo que se darán diez*; aunque no se espese la persona que los ha de dar, por entenderse ser el promitente, ú otro idóneo que ponga en su lugar. La cuarta, que la incertidumbre acerca de una tercera persona que se ha de mencionar por el acreedor, nunca vicia el contrato por juzgarse siempre nombrado su heredero á quien se adquiere la accion, como si alguno estipula de otro que haya de dar cierta cantidad para la persona que aquel nombrase en su vida ó en la muerte, ó á la que quiera dejár-

sela; pero esto debe entenderse cuando la cosa se habia de restituir al acreedor para que en él, ó en la persona que mencionase, permaneciera perpetuamente, por no seguirse entonces perjuicio al deudor; mas no si se debiese por tiempo limitado, como si alguno recibe en arrendamiento, ó en enfiteusis la cosa por sí y algunas personas que nombre antes de su muerte, pues nombradas las tales personas se disuelve el contrato y la cosa vuelve á su dueño, porque una vida puede ser mas larga que otra y no milita la misma razon (núm. 7, ley 3, tit. 11, part. 5).

7. La quinta, que la incertidumbre que se ha de desvanecer por algun futuro acontecimiento, no vicia la disposicion ni en los contratos ni en las últimas voluntades. La sexta, que la incertidumbre de las cosas que consisten en peso, número ó medida, vicia la disposicion en los contratos y en las últimas voluntades, si no que por conjeturas ó alguna causa que precedió entre las partes, se puede colegir el peso, número ó medida. La séptima, que la incertidumbre en género generalísimo ó género subalterno, que comprende en sí muchas especies, como si se prometiese ó legase simplemente algun ente ó algun animal, vicia la disposicion así en los contratos como en las últimas voluntades, porque dando lo mas vil de las cosas referidas, quedaria libre el deudor (núm. 8 desde el vers. Septima y núm. 9).

8. La octava es, que la incertidumbre en género inferior, que los Dialécticos llaman especie y se predica de muchos diferentes en número, no vicia la disposicion, como si se promete ó lega alguna cosa que tiene ciertos fines determinados por la naturaleza, v. gr., un buey, un caballo, ó cosa semejante, por distar poco una de otra, y no ser de consiguiente total la incertidumbre (dic. n. vers. Duodecima. Ley 23, tit. 9, part. 6). La nona, que la incertidumbre de la cosa en género que tie-

ne fines determinados, no por la naturaleza sino por hecho de hombre, como si se promete ó lega casa ó nave, no vicia la disposicion siempre que tenga el promitente ó testador casas ó naves en su patrimonio, entre las cuales elegirán aquel y su heredero; pues no teniendo casa ó nave es de ningun momento el legado (vers. Decima quarta, dic. ley 23). La décima, que la incertidumbre de la cosa en género que no tiene fines determinados por la naturaleza ni hecho de hombre, vicia la disposicion, v. gr., si se prometiese ó legase un fundo rústico sin demostrarlo, pues dando un palmo de tierra quedaria libre el deudor: debiendo esto entenderse aun cuando el promitente ó testador tuviese fundos rústicos, y sin embargo de lo dicho anteriormente acerca del fundo urbano, por cuanto es mayor la incertidumbre en aquellos que en éste, como se comprueba de que el fundo rústico puede ser para sembrar; puede ser viña, huerto, prado ó cosa semejante, lo cual no se puede decir del urbano; mayormente cuando aunque tenga el fundo rústico ciertos fines por hecho de hombre, no son tan perpetuos y fijos como los del fundo urbano (vers. Decima tertia).

9. La undécima conclusion es, que la incertidumbre acerca de algun hecho vicia la disposicion; pues si alguno promete á otro el hacerle un edificio ó manda á su heredero que se lo haga, sin determinar sitio, ni vale el legado ni la promesa, porque puede hacerse en parte que no sea útil. Lo mismo acontece si no se espresa la cualidad y forma del edificio; bien que la disposicion incierta es válida en cualquiera causa pía, y se certificará con respecto á la misma causa, cualidad de la persona del deudor ó testador y sus facultades, segun el arbitrio del juez (vers. Decima quinta). No se opone á todo lo antedicho la especie de que si el testador lega simplemente el trigo ó cosa que consista en peso, número ó medida, no se vicia

la disposicion por la incertidumbre: porque se conceptúa referirse el testador á todo el trigo que tiene en su patrimonio, y así todo se comprende en el legado (*vers. Sed advertendum. Véanse los núms. 30 y 44, tom. 1, cap. 12 de este comp.*).

10. Lo espuesto acerca de la incertidumbre tiene tambien lugar con respecto á nuestro derecho y al canónico, á causa de que la incertidumbre vicia la disposicion por falta de consentimiento; y debe entenderse cuando se trata de contraer ó inducir obligacion, mas no si se trata de disolverla ó prorogarla, como si el acreedor despues de haber llegado el dia de la obligacion proroga el término al deudor sin determinar cuánto, porque en este caso se moderará el tiempo por el arbitrio del juez en favor de la liberacion (*núm. 10*).

11. Si el padre ó la madre en el testamento ó por contrato entre vivos mejora á alguno de sus hijos, no espresando si en el tercio ó en el quinto, se entiende la mejora en ambos, como se acredita muy bien de la *ley 26 de Toro* (hoy 10, *tít. 6, lib. 5 de la Recop.*), en la cual se dispone, que si el padre ó la madre hiciere alguna donacion simplemente á su hijo, se conceptúe mejorado en el tercio y quinto de los bienes, aunque no lo hubiese dicho, para que ni á él ni á otro pueda mejorar, y que si la donacion escede el valor del tercio y quinto, se compute tambien en la legítima (*núm. 11*).

12. El contrato celebrado puramente, su accion y obligacion con las mismas cualidades activas y pasivas que tenian respecto del difunto, pasan á sus herederos, por representar éstos sus personas despues de la adiccion, y por parecer que las partes en los contratos miran siempre no solo por sí sino tambien por sus herederos: y en virtud de estos fundamentos en los contratos, la mencion de los herederos es regularmente superflua: la accion que tienen, es la que competia al difunto; y contra ellos no puede causarse nueva prescripcion, por

bastar y considerarse la que principió contra el difunto (*número 12*).

13. La doctrina espuesta procede tambien en los contratos y obligaciones de hecho: respecto de los herederos del acreedor siempre, y respecto de los del promitente ó deudor, cuando el hecho no haga relacion de un todo á la persona y pueda evacuarse cómodamente por otro, como hacer una casa ó escribir un libro, mediante á que entonces mas bien se mira el cuerpo que resulta del hecho que el hecho mismo; pues de lo contrario no pasa á los herederos, á no ser que muriese el promitente despues de la mora, en cuyo caso se traspasa á los herederos la obligacion al interes; pero no procede la dicha doctrina cuando en la persona del promitente ó acreedor se ponga alguna diction taxativa; v. gr., *yo solamente te prometo diez, ó yo te prometo á ti solo diez*, por juzgarse personal el contrato. Tampoco procede cuando la disposicion es sobre cosa no transitoria por su naturaleza á los herederos, en quienes y contra quienes pueden principiar las acciones (*núm. 13, ley 12, tít. 11, part. 5*).

14. Siendo el contrato ó disposicion sobre cosa segun su naturaleza transitoria á los herederos, los comprende á todos *in infinitum*, hágase ó no mencion de ellos; mas siendo sobre cosa no transitoria á éstos, si se mencionan, se estiende solamente á los primeros, como se observa cuando se lega ó concede el usufructo á cierta persona y á su heredero: de lo cual se deduce que si el enfiteúsis no suele concederse sino á los primeros ó segundos herederos, únicamente á éstos se debe restringir la simple mencion que de ellos se haga, por deberse mirar la naturaleza de la cosa sobre que se interpone el acto (*núm. 14*).

15. Aunque por derecho romano ninguno podia adquirir obligacion en beneficio tan solo de uno de sus herederos que

nombrase (á escepcion de algunos casos), y únicamente se le adquiria con respecto á su parte hereditaria, mediante á que por esta representa al difunto considerándose extraño en cuanto á las demás, hoy atendida la citada *ley 2*, segun la cual puede cualquiera estipular para otro, sucede lo contrario; pero así como ni aun por nuestro derecho ninguno puede obligar á un extraño, así tampoco el promitente ó deudor puede gravar solamente á uno de sus herederos á que satisfaga toda la deuda y todos tienen que pagarla con respecto á sus partes; todo lo cual se entiende en los contratos, porque en ellos no se puede inducir prelegado á favor de los coherederos, ya por no intervenir la solemnidad que se exige en las últimas voluntades, y ya porque aunque intervenga, no intenta prelegar el promitente; mas no se entiende en las últimas voluntades, en las cuales el testador siendo acreedor puede prelegar la deuda á uno de sus herederos y este solo la recuperará, y siendo deudor puede asimismo gravar á uno de sus herederos á la satisfaccion de toda la deuda, en cuyo caso se induce un prelegado á favor de los demás sin que se perjudique al acreedor, pues este podrá reconvenir á todos los herederos con respecto á sus partes, mediante la accion que se le adquirió contra todos por la misma ley despues de la muerte del testador, en atencion á que aquel no puede ser precisado á mudar la obligacion adquirida, ó recibir otro idóneo promisor, ni el deudor puede apartar de sí la obligacion en que se halla (*n. 15*).

16. Tantos son los contratos y obligaciones cuantas son las cosas y cantidades deducidas en la convencion, aunque se espresen en una sola cláusula, así como son tantos los legados cuantas son las cosas legadas en una sola oracion: pudiéndose comprobar esta doctrina con muchos ejemplos que trae nuestro Gomez, y siendo digna de tenerse presente, porque de haber uno ó muchos contratos resultan diferentes efectos, en-

tre los cuales lo es el que si se juzga un solo contrato, no puede el deudor pagar en cuanto á una sola parte, y si se contemplan muchos se puede satisfacer la deuda con respecto al uno sin embargo de que no se satisfaga con respecto al otro: si bien es cierto que vendiéndose muchas cosas por un solo precio, no se juzga mas que un contrato (*n. 16*).

17. En los contratos y disposiciones pueden intervenir dos especies de solemnidad: una intrínseca y otra estrínseca. La intrínseca se dice *aquella que se comprende necesariamente ó es apta para comprenderse por la naturaleza y significacion de las palabras que se profieren*. Esta solemnidad siempre se presume si no se prueba lo contrario, y por tanto hallándose escrito que alguno prometió por estipulacion, se entiende necesariamente haber intervenido la solemnidad de pregunta y respuesta; debiéndose en caso de duda dar á la palabra que tiene diversas significaciones, la que surta mayor efecto; pero lo que acabamos de decir acerca de la solemnidad intrínseca, solamente puede correr en la formal, por ser uniforme, no en la material, en cuya atencion si se prueba por escritura ó por testigos la venta y no se prueba el precio, la solemnidad de éste no se presume haber intervenido, y de consiguiente no valdrá el contrato, porque esta solemnidad intrínseca material del precio no es uniforme y suele variar por muchos capítulos; bien que esto ha de entenderse cuando se litiga principalmente sobre el precio ó por defecto de éste del valimiento ó nulidad del contrato, mas no cuando un tercer poseedor quiere probar que prescribió mediante el título, buena fé y trascurso del tiempo, y los testigos declaran que compró la cosa de Pedro, sin deponer del precio; pues entónces se juzga probado el título y de consiguiente la prescripcion: siendo de advertir que la solemnidad intrínseca no se presume en la prueba y declaracion de los testigos (*n. 17, al princip. y al vers. Adde tamen circa predicta*).

18. La solemnidad estrínseca, que se llama *la que no se comprende necesariamente, ni es apta para comprenderse por la propia naturaleza y significacion de las palabras preferidas*; no se presume, como cuando (además de otros ejemplos) se halla escrito, que el menor vendió, porque en este caso no se ha de discurrir que intervino la autoridad del curador, decreto del juez ó juramento, mediante á que tal solemnidad no se incluye bajo la palabra *vendió*, mas esta regla general debe limitarse en varios casos. El primero, cuando el escribano ó notario dió fé de la tal solemnidad, y aseguró con toda individuacion haber intervenido; pues si dijo generalmente que intervino la solemnidad necesaria en el acto, no es suficiente, como tampoco lo es, no habiendo podido intervenir la solemnidad particular y específica de que dan fé las dichas personas en el tiempo del instrumento. El segundo, cuando el defecto de solemnidad no se opondrá por la parte, en cuyo caso se presume haber intervenido, y el juez de oficio no puede alegar ni oponer lo contrario. El tercero, cuando se ha pasado mucho tiempo, mediante á que por la diuturnidad de éste se presume la solemnidad estrínseca: y así omitiendo otros ejemplos, aunque hoy la mujer no puede contraer sin licencia del marido, poseyendo aquella largo tiempo cierta cosa por algun contrato con ciencia y paciencia del marido se presume haber mediado su permiso (*dic. n. vers. Solemnitas veró, y vers. Item adde quod licet*).

19. En tanto es verdad que atendida la citada ley 2, por la promesa hecha al ausente se le adquiere á éste accion directa, que le compete tambien la vía ejecutiva, si la tal promesa se contiene en instrumento público guarentigio; no siendo de omitir que la mencionada ley real debe entenderse cuando se dirijen las palabras al ausente, pues si se dirijen al procurador ó gestor de negocios, se requiere la cesion (n. 8,

vers. Hodie). Y así como por la citada ley si alguno estipula copulativamente diez para sí y otro extraño, á cada uno le pertenece la mitad (n. 19), así tambien cuando acepta en un modo alternativo para sí ó para otro, porque tanto en los contratos como en las últimas voluntades, la dición alternativa puesta entre personas á quienes se favorece, se resuelve en copulativa; debiendo esto entenderse cuando el tercero fué nombrado en las palabras que inducen la sustancia de la obligacion como en el caso propuesto, no si fué nombrado en las palabras respectivas á la ejecucion del acto, ó de la paga segun se advierte: v. gr.; prometiendo alguno á Francisco veinte que habia de dar al mismo Francisco ó á Pedro, en cuyo caso éste no adquiere accion, y se entiende mencionado, solamente para recibir la paga, segun se verificaba por derecho civil respecto del tercero aun en el caso antecedente, por no poderse adquirir accion á un extraño: de modo que el deudor aun contra la voluntad del acreedor puede satisfacer á Pedro, sea pupilo, siervo ó de otra cualquiera condicion, sino que el acreedor ha pedido la deuda en juicio, y se ha contestado con él el pleito, ó Pedro ha mudado de estado en perjuicio suyo, sabiéndolo el deudor, bien que á los herederos de Pedro no se puede satisfacer, como ni tampoco á su dueño si es siervo, por juzgarse la facultad de recibir la paga un hecho coherente á la persona (n. 20).

20. Cuando se celebra un contrato para día cierto por diferir la paga, como si alguno promete á otro cierta cosa ó cantidad para el día de San Pedro, al punto nace accion, aunque si el acreedor la intenta antes del día le obstará la escepcion; mas lo espuesto no puede correr cuando en el contrato se pone un día cierto sobre cosa no transitoria á los herederos, como si se promete á otro para el día de San Juan el usufructo ó uso de alguna cosa, los alimentos ó cosa semejante, porque este día se tiene por condicion (n. 21).

21. En atencion á la espuesta doctrina, el deudor para dia cierto, bien sea por contrato, bien por última voluntad, bien por sentencia de juez, bien por disposicion de ley, puede satisfacer al acreedor aun contra su voluntad antes del dia, lo cual no puede el deudor bajo condicion ó dia incierto; pero lo dicho tiene lugar cuando la dilacion se puso por gracia y favor del deudor segun se presume en duda, no si se puso por beneficio del acreedor, porque entonces no se le puede satisfacer antes del dia, y si la deuda consiste en especie, se le deben los frutos del medio tiempo (núm. 22).

22. Tambien con respecto á la espuesta doctrina si el deudor para dia cierto paga por error de derecho ó hecho antes del dia, no puede repetir, como puede el deudor bajo condicion ó dia incierto, aunque si éste satisface con cierta ciencia, no puede repetir pendiente la condicion, segun puede faltando, porque nunca se presume que entregó con ánimo de donar sino con el de disolver la obligacion (núm. 23).

23. Asimismo en consideracion de la doctrina espuesta, si el acreedor bajo condicion ó dia incierto reconviene en juicio á su deudor, puede el juez repelerlo de oficio, si consta del libelo ó de los autos que la deuda es condicional ó para dia incierto, aunque la parte no oponga esta escepcion, por no haber nacido ni accion ni obligacion, cuyo defecto anularia el juicio (núm. 24), sino es que pendiente éste se cumpliese la condicion, pues en tal caso por cuanto el derecho de reconvenir no proviene de causa nacida despues de la contestacion, y si de causa antecedente, se confirma el juicio y puede seguirse la condenacion. Pero si el acreedor para dia cierto pide judicialmente antes del dia, no oponiéndolo la parte, puede el juez condenar al deudor para que satisfaga al punto, si despues de celebrado puramente y perfecto el contrato se puso la dilacion, ó intervino el pacto de no pedir hasta tal dia cier-

(14. n) no se admite por condicion (n. 21)

to pasado algun intervalo, sin embargo de que esto conste del proceso; y si el dia cierto fué puesto por las partes en el mismo contrato, ó intervino incontinenti el pacto de no pedir hasta tal dia, puede y debe el juez condenarlo á que satisfaga viniendo el dia puesto en el contrato ó pacto, si le consta al juez de los autos, porque esta dilacion se adhirió á la obligacion desde el principio para diferir la paga, y se juzga parte del contrato, en cuya virtud debe el juez condenar segun fué celebrado; mas si la tal escepcion dilatoria se opone antes de contestarse el pleito, impide el juicio y se repele al actor de su instancia, condenándolo en las costas y duplicando el tiempo que falta, si el reo lo pide; y aunque por derecho civil al que pedia antes de verificarse la condicion solamente se le imponian las dos primeras penas, por derecho canónico tambien se duplica el tiempo que media desde la peticion hasta la existencia de la condicion. Y últimamente atendida la doctrina del núm. 20, por la venida del dia cierto incurre el deudor en mora, pero no por la venida del dia incierto ó cumplimiento de la condicion, porque de otra suerte en un mismo tiempo se causaria la obligacion y contraeria la mora (núm. 25. ley 45, tít. 2, part. 3),¹ mayormente cuando la obligacion condicional verificada la condicion no ha de obrar mas que la promesa pura, y ésta no constituye al deudor en mora sin interpelacion (núm. 31).

24. Prometiendo alguno dar ó pagar en el primer dia de Enero ó en el dia de San Juan, no espresando si en el próxi-

1 La resolucion del primer miembro de la cláusula que principia *Pero* con dificultad puede admitirse, principalmente en nuestro reino, por cuanto la ley 10 tít. 17, lib. 4, de la *Recop.*, previene que se determinen los pleitos segun la verdad y no segun la sutileza del derecho (núm. 26, vers. *Quatenus noster Gomez*).

mo ó alguno de los siguientes, se entiende del primero: y lo mismo acontece si la promesa contiene tácita condicion por la naturaleza del acto ó de la cosa, y juntamente dia, como si alguno promete en las calendas el parto que ha de nacer, pues se entienden las próximas despues del nacimiento: limitándose lo dicho cuando la promesa se hace para el dia de S. Pedro en este mismo dia, en cuyo caso se entiende no del actual sino del siguiente. Prometiendo pagar antes de las calendas, se entiende que promete para el último dia de ellas y de consiguiente antes que se pasen. Prometiendo dar despues de algunos dias ó años, se entiende despues de dos dias ó dos años, porque en cualquiera disposicion la locucion plural se verifica con el número de dos. Prometiendo dar en algun tiempo ó alguna vez, se halla obligado el promitente luego que pueda despues que le fuere pedido, lo cual se verifica tambien en las últimas voluntades, si el heredero es gravado del mismo modo. Y finalmente, prometiéndose ó legándose ciento en tres términos, se entiende que en tres años y que en cada uno ha de satisfacerse la tercera parte (número 26).

25. El tiempo se puede poner en la disposicion por muchas causas. Si se pone por demostrar prontitud y celeridad, como si alguno promete dar ó pagar hoy, se puede reconvenir al punto, sin aguardar á que pase el dia, porque del mismo hecho de prometer en el dia presente se colige que no lo mencionó por dilatar la paga sino por pagar inmediatamente; si se espresa por diferir el pago, como si se prometa dar en este año ó mes, se ha de hacer al fin del tiempo. Si se menciona el tiempo por dilatar la paga, pero con palabras que denoten perfeccion de él, v. gr., prometiendo dar alguna cosa despues del año, no se debe sino al fin de éste. Si se espri- me tambien por diferir, mas las palabras se dirijen al acree-

dor, como si se promete á Diego algun dinero ó cantidad que pueda pedir dentro del año, desde el principio puede reconvenir al promitente. Si se especifica por multiplicar lo prometido, v. gr., ofreciendo alguno á otro cierta cantidad en cada año, en el principio de cualquiera se debe y puede pedirse, segun se observa tambien en las últimas voluntades. Ultimamente si se refiere el tiempo en la disposicion con respecto á cierta causa ó necesidad, como si se promete ó lega á otro en cualquiera año por enseñar, no se debe lo ofrecido en cierto tiempo determinado, sino en el que durase la causa ó necesidad (número 27).

26. Cuando el contrato se celebra bajo condicion no nace accion ni obligacion, y la substancia del contrato, su virtud y efecto están pendientes hasta que se cumpla la condicion, bien sea espresa, bien tácita, como si se promete alguna dote que se entiende bajo la condicion, si se verifican las bodas (número 28, ley 12, tit. 11, part. 5).

27. El deudor condicional y aun el deudor para dia cierto no se dice con propiedad deudor, porque aquel se llama propia y verdaderamente del cual se puede sin dilacion exigir la deuda. En este supuesto, si el testador lega á otro lo que le debe Francisco, se entiende legar tan solo la deuda pura al tiempo de la disposicion: y si el acreedor cede á alguno por contrato los derechos que le competen contra otro, en la tal cesion se comprenden las deudas puras no las condicionales ni respectivas á dia cierto, sino que las hay solamente de esta especie, pues entonces á ellas se refiere la disposicion del contrato ó última voluntad (*dic. n. vers. Ex quibus colligitur*). ®

28. Pero aunque pendiente la condicion no nazca accion ni haya verdadero deudor, hay cierta esperanza aprobada por derecho que induce algunos efectos notables, es á saber, la transmision á los herederos, la translacion de dominio si

en el entretanto se hace la entrega, y el que haciéndose sospechoso el deudor despues del contrato, tiene que prestar caucion de pagar si se verifica la condicion; mas no surte el efecto de que vendiéndose alguna cosa de patrimonio ó abo- lengo bajo condicion, pueda retraerla el mas próximo pariente prestando la dicha caucion, porque antes de purificarse la condicion no hay contrato ni obligacion, aunque se cause algun derecho en esperanza: y así los nueve dias del retracto principian á correr desde que se hizo la entrega habiéndose cumplido la condicion, pues si se hizo la tradicion antes de su cumplimiento, no corren hasta este tiempo, sin embargo de que se traspasa el dominio, mediante á que el que recibe no se hace señor por el título de venta, sino por el título *pro suo* causado por la tradicion que despues se confirma por el primer título; bien que en la venta pura, ya se pague inmediatamente el precio, ya se fie, siempre se principian á contar los nueve dias desde el de la tradicion, y en el último caso el que retraiga ha de dar suficientes fianzas de pagar en el tiempo que estaba obligado el comprador (núm. 29).¹

29. Verificándose la condicion vale el contrato como si hubiese sido celebrado puramente, y surte todos los efectos que surtiria una promesa ú obligacion pura y líquida, entre los cuales lo es que pueda ejecutarse. Y en tanto es verdad que vale el contrato purificada la condicion, que su cumpli-

¹ En mi concepto, es mas verdadera la opinion que lleva principian á contarse los nueve dias desde el de la venta, siendo el aquiles ó principal argumento la ley 7, tit. 11. lib. 5, de la Recop.; por aquellas palabras: *y despues que fuere vendida hasta nueve dias*. Siguenla los mas de los AA. entre los cuales se numeran el Señor Covarrubias (3, *variar. cap. 11, n. 2*); el Her- mos. [*leg. 55, tit. 5 part. 5, gloss. 8, á n. 25*]; el Acev. (*dic. l. 7, n. 62*); el Gutierr. (*lib. 2, quæst. 152*), y el Matienzo (*dic. leg. glos. 6*), donde dice que es la mas recibida en práctica.

miento se retrotrae al tiempo del mismo contrato: por cuyo fundamento en éste se ha de considerar la capacidad ó incapacidad del acreedor, no en el tiempo que existe la condicion: si alguno promete á otro cierta cosa bajo condicion y le obliga sus bienes, y despues contrae con otro puramente y tambien le hipoteca sus bienes, verificándose la condicion y concurriendo ambos acreedores, se prefiere el primero condicional: y aunque pendiente la condicion no se debe alcabala, verificada se debe, y pertenece al arrendador del tiempo del contrato (núm. 30, ley 32, tit. 13, part. 5).¹

30. Estos efectos se han de entender en la condicion casual no en la potestativa puesta en la facultad del acreedor, la cual no se retrotrae, porque está en su mano el cumplirla, y si no la cumple á él se ha de imputar y cesa la equidad de la ficcion. Tampoco se retrotrae la condicion puesta en un contrato anual y multiplicable aunque sea casual, como si alguno promete á otro en cualquiera año cierta cantidad bajo condicion; pues desde que ésta se verifica empieza á deberse anualmente la cantidad estipulada y no antes, porque seria injusto gravar al promitente á que satisfaciase por el tiempo preterido antes de la existencia de la condicion (*dic. n. vers. Limita y vers. Secundó*).

31. Para que la condicion puesta en el contrato se retrotraiga, es indispensable que en el tiempo que existe se hallen los extremos hábiles; pues si alguno se halla inhábil ó por parte de la persona ó por parte de la cosa deducida en el contrato, sucede lo contrario, mediante á que toda ficcion translativa de tiempo á tiempo requiere dos extremos hábiles, es á saber, el tiempo á que se estiende y el tiempo desde que prin-

¹ La condicion en el contrato no se retrotrae en perjuicio de tercero (núm. 31, *vers. Implementum*).

cipia. Por defecto del primer extremo hábil, aunque la donacion entre marido y muger se confirma con la muerte, y se retrotrae al tiempo en que se hizo la donacion en cuanto á los frutos del medio tiempo, no se retrotrae en cuanto al dominio, porque durante el matrimonio no pudo trasferirse por aquel título inhábil de donacion; y así como la ley no puede fingir sobre un imposible de hecho, tampoco sobre un imposible de derecho, por cuanto se contradiria fingiendo valer lo mismo que reprueba ó anula. Y por falta del segundo extremo hábil, si la cosa debida bajo condicion ha perecido en el tiempo en que exista, no nace accion de tal contrato ni se retrotrae el cumplimiento de la condicion (*dic. n. vers. Tertio & principaliter.*)¹

32. Si el contrato ademas de la condicion tácita ó espresa contiene dia, y éste se agrega á la sustancia de la obligacion, como si alguno promete á otro ciento que se han de pagar dentro de un año *si la nave viniere del Asia*, no basta que exista la condicion, sino tambien se requiere que pase el dia, debiendo siempre entenderse el próximo despues de la existencia de la condicion. Lo mismo acontece cuando el dia se adhiere á la misma condicion, y ésta pende del hecho y voluntad del deudor, como: *te prometo ciento, si hago ó no hago cierta cosa dentro del año*: porque dejando el deudor en su potestad el cumplimiento de la condicion, dá á entender por

¹ Con arreglo á nuestro derecho ninguno deberá ser admitido á retraer la cosa de abolengo vendida en nombre del consanguíneo, en atencion á que aquel dispone que el pariente que intente este derecho, haya de jurar que quiere la cosa para sí, y tal juramento no puede otro prestarlo por él, á causa de ser personal. Así lo siente nuestro autor *en este número, vers. Secundò infero*, sin embargo de lo que espresa *en el núm. 3, cap. 1, tom. 1, y trasladamos al comp. n. 2 del mismo cap.*

espresar dia, que no quiere obligarse antes, y se conceptúa que uno y otro se puso en su favor por dilatar la paga. Tambien acontece lo mismo si se añade alguna dición que signifique estremidad de tiempo, pues entonces se espera al dia, bien se adhiera á la obligacion, bien á la condicion, bien ésta dependa de hecho del deudor, bien de otro, como si alguno diga: *si dentro del año aconteciere ó no aconteciere tal cosa, desde entonces te prometo veinte*; por ser la intencion del promitente de que se espere todo el tiempo: pero cuando el dia se agrega no á la obligacion sino á la condicion, y ésta depende del hecho de otro que no sea el deudor, ó de los accidentes y casualidades, no se espera el dia, y basta que exista la condicion (*núm. 32, ley 17, tit. 11, part. 5.*)¹

33. En los casos que el contrato contiene condicion y dia y se requiere el cumplimiento de ambos, si el tal dia no es cierto y determinado, sino en género y reiterable, como si se promete dentro de un año bajo alguna condicion, principia á correr el dia desde el tiempo que se purificó la condicion; mas si el tal dia es cierto y no variable, como si se promete para el dia de San Juan de cierto año, tambien bajo condicion, principia á correr desde el tiempo del contrato; y por esto si cuando existiese la condicion habia llegado el dia de San Juan, al punto se debe lo prometido y no se ha de aguardar otro tal dia (*núm. 33*).

34. Cuando Pedro por contrato ó última voluntad, deja á Francisco cierto usufructo ó cosa no transitoria á los herederos por el término de diez años, con el gravámen de que des-

¹ Hé aquí un ejemplo respectivo á este último caso. Francisco promete ciento á Diego, si Juan no viniere á España antes del primer dia de Junio; pues inmediatamente que se verifique que no puede venir antes del dicho dia, aunque éste no haya llegado, se debe la espresada cantidad.

pues la restituya á Diego, muriendo Francisco antes de los diez años, se ha de hacer inmediatamente la restitucion á Diego: porque la dilacion se juzga puesta en favor del primer favorecido, creyendo el donante ó testador que habia de vivir el referido tiempo, y por tanto si antes muere, por su voluntad tácita se restituirá á Diego la cosa. Lo propio se advierte cuando el testador deja á su muger algun legado con la condicion si no se casare, y con el cargo de restituir despues de su muerte á Manuel; pues al punto que se case, pierde el legado y se ha de restituir á éste, por otra razon semejante á la que acabamos de esponer; sin que obste que conteniendo la disposicion, condicion y dia, se requiere el cumplimiento de ambos, mediante á que ésto procede en el dia cierto, no en el incierto, cual es el de la muerte (*núm. 34*). Mas si la madre no admite la tutela del hijo ni pide que se le dé tutor, aunque muera impúbero al fin del año que por ley se le concede para pedirlo, de tal suerte que en lo restante seria imposible discernir la tutela atendidas las solemnidades que en este acto se requieren, no se priva de la sucesion del impúbero, porque todo el año se puso en utilidad de la madre, y así de todo él ha de gozar, mayormente cuando se trata de imponer pena, y ninguna ley manda que en este caso se imponga; siendo digno de advertir que si alguno apela en el primer dia de los cinco que se conceden para ello, desde entonces principia á correr el término establecido para proseguir la apelacion, por cuanto la intencion de la ley parece ser que la segunda dilacion corra desde el fin de la primera, cuando se apela en el último dia, no si se apela antes (*núm. 35*).¹

1. Lo contrario vemos siempre practicar en la apelacion al cabildo de la ciudad ó villa, es á saber, que corra todo el término, sin embargo de que se apele antes del quinto dia (*núm. 36, vers. Quod terminus*).

35. Aunque en las últimas voluntades toda disposiicon condicional no pasa á los herederos del acreedor, sea la condicion de la clase que fuese, en los contratos el acto condicional se trasmite á los herederos así del acreedor como del deudor; pues en los contratos interviene hecho de aquel que en duda se conceptúa mirar por sí y sus herederos, y en las últimas disposiciones no media hecho del legatario ó fideicomisario, mirándose solo los méritos de éstos, no los de sus herederos por ser inciertos é incógnitos al testador: y aunque atendido este fundamento parece que la promesa ó donacion hecha al ausente bajo condicion, no se traspasa muerto el acreedor á sus herederos, por no intervenir hecho de parte de aquel, mediante el cual se conceptúe que mira por sus herederos; sin embargo sucede lo contrario, en atencion á que adquiriendo inmediatamente el ausente á lo menos por la esperanza de la promesa condicional como si se hiciera al presente, por suplir la ley el hecho y presencia del acreedor, se ha de entender la adquisicion con todas las cualidades correspondientes; pero lo espuesto acerca de la trasmision en los contratos no siempre tiene lugar en la condicion potestativa con respecto al acreedor, v. gr., *si éste quisiere*; porque se admite diferencia entre los contratos lucrativos y onerosos. En aquellos no pasa á los herederos la dicha condicion, por conceptuarse culpado el acreedor no cumpliéndola en su vida, y sí en éstos para que no se siga perjuicio al otro contrayente (*n. 36*).

36. El derecho ó esperanza de la condicion potestativa que se ha de cumplir por algun tercero, muy bien pasa á los herederos tanto del acreedor como del deudor; y así prometiéndome alguno ciento, si el tercero hiciere tal cosa, muerto yo ó el prometedor antes que el tercero lo haga, se transfiere á los herederos como aquel la cumpla per sí, no por su here-

dero ú otra persona, y si alguno prometiese por algun amigo el satisfacer lo que constase estar debiendo ajustadas cuentas, no quedá obligado no haciéndose la liquidacion viviendo el deudor, siempre que las partes se conviniesen en que se hiciera en vida de éste, porque faltando esta convencion, como que el contrato es puro y transitorio á los herederos, queda obligado el promitente aunque la liquidacion se haga, verificada la muerte del deudor: debiendo advertirse que todo lo antedicho corre del mismo modo que en la condicion afirmativa, en la negativa, como si se promete á otro si no hiciere tal cosa: la cual condicion no puede verificarse hasta que estemos ciertos de que no se puede hacer, ya por muerte, ya por otro impedimento natural y perpetuo (*dic. n. vers. Item adde quod jus*).

37. En las últimas voluntades concebidas bajo alguna condicion negativa que en vida no puede cumplirse, bien se hable de las instituciones universales, bien de los legados ó fideicomisos particulares, tiene lugar la caucion muciana, cuya forma y virtud consiste en que el heredero, legatario ó fideicomisario perciba inmediatamente lo que se le deja, prestando caucion de que si la condicion no se verifica, restituirá los bienes á las personas á quienes pertenecerian si no se hubieran dejado bajo condicion, con respecto á las herencias á los herederos abintestato, y con respecto á los legados ó fideicomisos á los herederos escritos; pero en los contratos concebidos bajo condicion negativa puesta en la persona del aceedor, no puede éste conseguir la deuda prestando la dicha caucion, porque la tal condicion importa lo mismo que si la promesa se confiriese para el tiempo de la muerte, como si yo estipulo veinte que me prometen si no voy á Sevilla. Consiste la razon de diferencia en que si en las últimas voluntades no se prestase la caucion muciana, lo que se dejara bajo condi-

cion negativa seria inútil, por no trasmitirse lo dejado condicionalmente en las últimas voluntades, lo cual no acontece en los contratos. Por este fundamento si se deduce en el contrato alguna cosa no trasmisible, como si se prometen los alimentos á Pedro si no hiciere tal cosa, prestando la caucion muciana al punto podrá obtenerlos, mediante á que de otra suerte la disposicion no surtiria efecto. Tampoco tiene lugar la caucion muciana en la condicion negativa puesta en la persona del deudor que en defecto de ella tiene que prestar alguna cosa, pues entonces antes que conste que no puede cumplirla, no se halla obligado, y si la condicion negativa se pone en la persona de un tercero, ni aun en las últimas voluntades tiene lugar la referida caucion (*núm. 37, ley 7, tit. 4, part. 6*).

38. Todo lo espuesto acerca de la condicion no puede correr en la de presente ó pretérito, por no ser propiamente condicion, y así todos los actos formalizados bajo de ella se tienen por puros. Lo mismo sucede en la condicion necesaria, no suspensiva, como si alguno promete á otro si no tocase con el dedo al cielo; pues si es condicion necesaria que depende de lo futuro, como, *te prometo ciento si muero*, bien se haga la promesa con la diction *si*, bien con la diction *cuando*, se ha de esperar al dia de la muerte; mas si la condicion es imposible de hecho ó de derecho vicia y anula el contrato, sea de buena fé, sea de riguroso derecho, en atencion á que se conceptúa que el promitente no tiene ánimo de obligarse. Tambien vicia el distracto y liberacion favorable, y aun la sentencia, porque mas bien se equipara al contrato que á la última voluntad, atendiendo á que las partes casi contraen en juicio (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley 12, tit. 11, part. 5, ley 17 del mismo tit., la cual se debe enmendar poniendo en lugar de si tanxieres, si non tanxieres, segun se halla en libros manuscritos; y ley 3, tit. 4, part. 6. Pueden verse los nn. 59 y 60, cap. 12, tom. 1 del comp., y el 67 del Gomez*).

39. En el contrato alternativo si la alternativa se pone en cosas que no tiene lugar la afeccion, v. gr., en el dinero ó en el tiempo, como si se prometen diez ó quince, ó se ofrece pagar dentro de un año ó de dos *ipso jure* no se halla obligado el deudor sino en la menor cantidad y en el mayor tiempo, ésto es, en los diez y dentro de un bienio, porque la ley siempre presume que pagará lo mínimo, en cuyo supuesto si elige y paga la mayor cantidad, el exceso será no por virtud del contrato sino por virtud de una donacion (núm. 38), mas si la alternativa se pone entre cosas que tiene lugar la afeccion, ambas se hallan deducidas en el contrato, y aunque éste se dice único respecto de las palabras y de la paga, se pueden decir muchas las obligaciones respecto de las cosas: y en el presente caso pertenece la eleccion al deudor, ya sea en contrato oneroso, ya en lucrativo. siempre que se haga llanamente la promesa alternativa, no si se dirigen las palabras al acreedor (n. 39 ley 24, tit. 11, part. 5).

40. Pereciendo alguna cosa de las debidas alternativamente, como que una no se debe por razon de la otra sino principalmente y de por sí, queda en la otra la obligacion y el deudor se halla obligado á pagarla, á no ser que pereciese por culpa ó mora del acreedor, como si le fué ofrecida y no quiso recibirla, porque pereciendo despues se libra del deudor absolutamente: bien que lo dicho debe entenderse cuando pereció la cosa mejor y queda la de menos precio pues si sucede lo contrario satisface el deudor con entregar el valor de la cosa perdida: infiriéndose de lo dicho que el acreedor alternativo no puede pedir una de las cosas debidas alternativamente, y debe concebir el libelo en un modo alternativo, segun la naturaleza del contrato, mediante á que de otra suerte será condenado en las costas y el actor absuelto de la instancia del nicio (núm. 40, ley 23, tit. 11, part. 5, y ley 15, tit. 2, part. 3).

41. Muerto el deudor que debe elegir, ó el acreedor en el caso que le pertenece la eleccion, así en los contratos como en las últimas voluntades se trasmite este derecho á los herederos, pues pasando la obligacion principal tambien ha de pasar lo accesorio. No se opondrá el que el derecho y facultad de declarar no se trasfiere á los herederos, porque ésto procede cuando compete por disposicion de ley ó cuando compete para el cómodo de otro, no si compete por contrato y disposicion de las partes en utilidad del que elige ó declara. De esta doctrina se deduce que aquel á quien fué concedida la facultad de mejorar á uno de los hijos del testador, no la trasmite, aunque si el juez condena á alguno en la pena de destierro segun su arbitrio y voluntad, la tal declaracion pasa al sucesor en el oficio, por cuanto el juez impuso la pena como persona pública no comoprivada, y así el sucesor declarará el tiempo del destierro segun la cualidad del delito, de la persona y de la prueba (número 41).

42. En la alternativa de los remedios la eleccion pertenece al acreedor á quien competen, por entenderse concedidos en su favor y para su seguridad. En este supuesto si el deudor promete pagar en cierto término, ó dar fiadores ó hipotecas, puede el acreedor pedir la deuda llegando el término y no recibir ni los fiadores ni las prendas; pero si la alternativa se puso por favor del deudor, á él pertenece el elegir, y por tanto cuando alguno promete cierta dote para que su hija se case ó entre en monasterio, y tambien promete ínterin paga, cierta cantidad en cada año, está en laaj cultad del promitente el pagar la dote ó la cantidad que se espresó en cada año, sin que pueda exigirsele precisamente lo primero: con advertencia que tal promesa no es usuraria, por subrogarse la pension dicha en lugar de los frutos que pertenecerian al marido ó monasterio (núm. 42).

43. En las últimas voluntades si las palabras del legado ó disposicion se dirigen al legatario, éste debe elegir, si al heredero, pertenece la eleccion á éste, y si á ninguno se refieren por proferirse genérica y absolutamente, en duda debe elegir el mismo legatario siendo ésto especial en las disposiciones finales (núm. 43).

44. En el caso que el acreedor ó legatario que tiene derecho de elegir, pida y elija la cosa de menos valor por error de hecho ó de derecho, creyendo que la tal facultad no le pertenece, no puede variar ni le compete la condicion *indebiti* ni otro remedio alguno, en atencion á que ambas cosas fueron deducidas en el contrato, y no hubo error en la cosa debida ni en causa sustancial, sino en la accesoria y estrínseca (*dic. n. vers. Item adde*).

45. Hay un contrato anual por el que se multiplica la obligacion, como si se promete dar á otro cierta cantidad ó cosa en cada año, el cual es muy diverso del legado anual. En primer lugar se diferencian en que en el contrato es una y pura la promesa y una la accion que nace inmediatamente por todos los años futuros, y en el legado aunque al punto nace accion y obligacion por el primer año, no por los siguientes á causa de ser condicional con respecto á éstos. En segundo lugar se diferencian en que en el primero no se contienen muchos contratos y promesas, y en el segundo se comprenden muchos legados, por cuyo motivo, como que la capacidad de la persona á quien se debe adquirir se mira en el contrato al tiempo de él, si en éste el acreedor á quien se hizo la promesa era hijo de familia ó siervo, aunque despues se emancipe ó manumita, se adquiere al padre ó al señor: lo cual no acontece en el legado anual, pues conteniendo muchos, en cada año de por sí se considera la habilidad del legatario, y por tanto si en el primer año estaba en la potestad no en los demas, en

el primer año adquirirá el padre ó el señor; y en los siguientes el mismo legatario. Asimismo por la espresada diversidad en el contrato el lapso de cada año constituye al deudor en mora sin ninguna interpelacion, no en el legado, porque comprendiendo muchos y condicionales, se causaria en un mismo tiempo la obligacion y la mora (n. 44. Véase el n. 23 de este cap. al fin.). Igualmente por la dicha diferencia si el deudor por el contrato deja de pagar en el término de treinta años, se juzga prescripta la obligacion y promesa por el primer año y siguientes, mediante á ser una y uniforme por todos; pero en el legado, por contener muchos y condicionales, solamente hay prescripcion por el primer año no por los demas, y así despues del transcurso de cada año, principia y se requiere una prescripcion nueva (núm. 45).¹

46. En tercer lugar se diferencian en que el contrato anual celebrado llanamente, bien por causa onerosa, bien por causa lucrativa, por lo regular es perpetuo y transitorio á los herederos del acreedor *ipso jure* y con efecto; y el legado anual como que es puro por el primer año y condicional por los siguientes, muerto el legatario transmitirá á sus herederos solo la deuda del primer año. El fundamento de esta diversidad consiste en que el legado se deja al legatario por afecto y por sus méritos, bajo cuyo supuesto necesariamente ha de entenderse la condicion *si viva*; y en el contrato se atienden únicamente las palabras y el vínculo de la obligacion. Dije *por lo regular*, porque sucede lo contrario cuando consta por algunas conjeturas que la intencion de las partes fué que no pasara á los herederos; v. gr., si la promesa anual se hizo á un pobre por causa lucrativa, en cuyo caso se conceptúa hecha

¹ Muchos y clásicos AA. llevan como mas verdadero, que indistintamente la prescripcion completa se entiende tan solo por el primer año, no por los siguientes (núm. 46).

por los alimentos que segun su naturaleza no pasan á los herederos. Del mismo modo sucede lo contrario cuando el acreedor tiene que cumplir alguna cosa adaptada á su persona, como si fué hecha la promesa anual al abogado, al médico ó á otro perito en algun arte, pues entónces se juzga condicional y respectiva, y aun en este caso el acreedor y el que promete pueden cesar en lo estipulado cuando quieran, mediante á que se contempla hecha la promesa por el tiempo que permanezcan en una misma voluntad (núm. 46).

47. La promesa y legado anual convienen en el modo y forma de la petición y condenacion, porque en ambos puede el acreedor pedir que se declare el derecho que le compete, y se condene al deudor no tan solo por la deuda del primer año, sino tambien por las de los siguientes, lo cual es de un grande efecto, por cuanto así no se halla obligado el acreedor á litigar y probar su derecho cada año, y después del lapso de cualquiera se ejecutará la sentencia; pues sin embargo de que la promesa anual es con respecto á dia y el legado es condicional por los años futuros, y en uno y otro no ha llegado el dia de modo que se pueda pedir con efecto, siendo la obligacion siempre pura de presente por el primer año; en su virtud y por consecuencia puede hacerse la petición y condenacion sobre los venideros (núm. 47),

48. Con el motivo de la promesa y legado anual es de advertir, que si el testador lega llanamente á ciudad ó persona privada cierta cantidad ó alguna otra cosa para un dia reiterable, v. gr. el de San Juan; se ha de entender perpetuamente en cada año y no una vez tan solo en el primero, siempre que el dia sea propia é igualmente reiterable así un año como otro, no de lo contrario, como si alguno deja cierta cantidad para que se distribuya entre pobres el dia de su muerte ó el de sus exéquias. Tambien es de advertir que si el testa-

dor lega á alguno ciento hasta que se case, no se entiende que le lega ciento sola una vez, sino en cada año antes de contraer matrimonio: en cuya atencion si alguno lega ó promete determinada cantidad á Francisco para mientras viva, bien sea éste rico, bien sea pobre, debe conceptuarse que el legado ó promesa es anual y perpetua por todo el tiempo de su vida. Ultimamente es de advertir, que si el testador grava al heredero á que pague á alguno lo que el mismo testador acostumbraba darle, tan solo se halla obligado á dar lo que éste prestaba ordinariamente y en cierto modo cada año, no lo que daba en un modo incierto y fuera de lo ordinario segun su voluntad; bien es verdad que si el testador de diverso modo prestaba en su vida y en el tiempo de la muerte, ha de arreglarse el heredero por lo que en este tiempo se contribuía (núm. 48).¹

49. Tambien hay un contrato en género, como cuando se promete á otro un siervo ó un caballo, sin determinar la cosa en especie, en cuyo caso nace accion y obligacion, valiendo esta promesa aunque incierta, por no serlo de un todo, mediante á que se restringe á un género subalterno, y quedando libre el deudor con entregar una cosa de las contenidas en el género (núm. 49): y en este contrato ó promision genérica, bien tenga el que promete en su patrimonio cosas del género de que se prometió alguna, bien carezca de ellas, siempre está obligado á dar una idónea y mediocre, sin que pueda ser compelido á entregarla de las que se hallen en su patrimonio;

¹ Juzga nuestro Aillon mas verídico que lo que se deja para dia reiterable como el de San Juan, por lo regular ha de prestarse sola una vez, no perpetuamente en todos los años, si no que concurra alguna conjetura de las que espresa el Menochio *praesumpt. lib. 4, praesumptione 132, per totam* (núm. 49).

aunque en las últimas voluntades debe hacerse la solución de las cosas que dejó el difunto en su patrimonio (número 50. Véase el núm. 30, cap. 12, tom. 1, de este comp.).

50. El deudor ante todas cosas se ha de citar y no poner preso, bien sea la causa ardua, bien sea de poca consideración, bien la causa pecuniaria descienda de contrato, bien de delito, de tal suerte que puede resistir y evitar con armas esta injuria; mas después de citado y emplazado, si hecha ejecución no se encuentran bienes, puede ponerse preso, aunque en los días pascuales dando fiador debe dársele libertad, como se evidencia de que en tales días no puede procederse á su captura ni hacerse ejecución en su persona y bienes (núm. 51, ley 1, y otras muchas que le siguen, tit. fin. part. 5).^{1 2}

51. Haciendo cesion y renuncia de sus bienes el deudor evitará la captura, pero el acreedor con autoridad del juez podrá ocupar sus bienes sin dejarle mas que el vestido ordinario, aun siendo quien debe muger, la cual no puede ser presa, si no que es meretriz (núm. 52, dic. ley 1, y ley 62 de Toro, hoy la 10, tit. 3, lib. 5, de la Recop.).

52. De este beneficio de la cesion de bienes no goza el

1 El deudor condenado por sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada ú obligado en instrumento guarentigio, si no señala bienes en los que se trabé la ejecución, ó no da fiador que asegure ser suyos los bienes y que son suficientes para pagar, entonces debe ponerse preso y no antes, á no ser que la deuda pertenezca al fisco (núm. 52).

2 Sobre este punto es muy útil y plausible la real pragmática de 27 de Mayo de 1786, en la que S. M., á consulta del consejo, se ha servido mandar que á los operarios de todas las fábricas de estos reinos, y á los que profesen las artes y oficios, cualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios ó manufacturas: exceptuando todos los casos en que se proceda contra ellos por deuda del fisco, y las que provengan de delito ó cuasi delito.

deudor que enagera sus bienes dolosa y fraudulentamente, por cuyo motivo puede el juez castigarlo con pena arbitraria; ni tampoco el fiador puede gozar de la cesion de bienes del deudor, y se halla obligado *in solidum*. Esta cesion aprovecha al deudor, por cuanto en los bienes adquiridos después solo puede ser reconvenido en cuanto pueda hacer: advirtiéndose que si el deudor es reconvenido civilmente por delito, no se libra con la cesion, y entonces ha de satisfacer con pena corporal; bien es verdad que en el día no tienen lugar la cesion y sus efectos, porque no pagando el deudor se entrega á los acreedores para que los sirva (*dic. n. vers. Item adde quod talis, ley 3, tit. fin. part. 5, leyes 4, 5, 6 y 7, tit. 16, lib. 5, de la Recop.*).¹

53. El noble no puede ser preso por deuda, en tales términos que aun acontece lo mismo cuando ha renunciado de tal privilegio, por haberse concedido por favor de toda la nobleza, á no ser que negase serlo al tiempo del contrato, pues entonces no goza del privilegio por razon del dolo cometido (núm. 54, ley 14, tit. 2, lib. 6, de la Recop.).

54. Muerto el deudor no pueden los acreedores en ningun caso detener el cadáver é impedir que se sepulte, ya porque ni en el hombre libre ni en su cuerpo tiene lugar la prenda ó hipoteca, y ya porque semejante detencion de ningun modo es útil al acreedor, antes por el contrario perjudicial á él y á la república, á causa del pestífero olor que puede originar alguna epidemia (núm. 56, leyes 12 y 13, tit. 9, part. 7, y ley fin. tit. 13, part. 1).

1 Estas leyes recopiladas, que disponen lo contenido al fin de este número, no se observan, por lo que es inútil disputar, como lo hace el Autor, si debiendo el marido á su muger podrá ser entregado á ésta para que la sirva.

55. Si la deuda es pura ó se ha purificado, no es necesario que preste el deudor caucion de pagar, mediante á que puede entonces reconvenirlo inmediatamente el acreedor y usar de otros remedios convenientes; mas si la deuda es condicional ó respectiva á cierto dia, aunque siendo el deudor sospechoso al tiempo del contrato, no puede pedir el acreedor la dicha caucion, por debérsele imputar que contrajo con él; si puede pedirla haciéndose sospechoso, bien por culpa suya, bien por caso fortuito, despues del contrato antes de llegar el dia ó de cumplirse la condicion, y tiene que prestarla el deudor de pagar cuando aquel llegue ó ésta se cumpla, dando fiador idóneo; pues de lo contrario será puesto preso, sin que se escuse con la caucion juratoria no teniéndolo, y aun se le puede prohibir por el juez que enagene sus bienes: no siendo de omitir que para hacer la prueba de sospecha, no se necesita citar al deudor si se teme su fuga (núm. 57).

CAPITULO XII.

De los dos reos.

1. Cuando dos ó mas se obligan llanamente, ya sea en contrato oneroso, ya sea en contrato lucrativo, cada uno queda obligado solamente por igual parte, no *in solidum*; y por el contrario si dos ó mas son los acreedores, á cualquiera le compete la accion por parte aunque en la persona de alguno no valga el contrato: y lo mismo sucede en la sentencia si muchos son condenados simplemente; pero lo dicho se ha de entender prometiéndose cosa dividua, no individua como la servidumbre, pues en tal caso cada reo se halla obligado *in solidum*, y á cada acreedor se le adquiere accion *in solidum*. Lo propio acontece, si las partes se convienen en obligarse *in solidum* en cualquiera especie de contrato espresa, ó tácita-

mente por haberse puesto alguna palabra distributiva, v. gr., *que cualquiera prometia*: advirtiéndose que uno de los reos se puede obligar puramente y otro *in diem* ó bajo condicion (número 1).

2. Sin embargo de que los reos se hayan obligado *in solidum*, han de ser reconvenidos por su parte, á no ser que alguno de ellos esté pobre ó ausente, ó se haya renunciado el beneficio de la division, en cuyo último caso si el acreedor reconviene á alguno *in solidum*, ha de protestar que se contentará con una sola paga: y habiendo alguno de los deudores disfrutado toda la utilidad y siendo reconvenido el otro, aunque se haya renunciado el dicho beneficio, podrá éste excepcionar que á sus espensas sea aquel reconvenido primeramente (núm. 2, ley 12, tit. 12, part. 5).¹

3. Si uno de los reos de deber por causa onerosa paga *in solidum*, y todos se han utilizado, puede reconvenirlos con respecto á las partes que les tocaron, y si él solo percibió la utilidad, nada puede repetir, segun sucederia si fuesen reos de deber por causa lucrativa: y por el contrario si uno de los reos de estipular recibe la paga de toda la deuda, siendo por causa onerosa tiene que comunicarla con los demas, y no siendo por causa lucrativa, sino que son socios (núm. 3.)

CAPITULO XIII.

De los fiadores.

1. Pues que ya hemos hablado de los que se obligan principalmente por sí, trataremos ahora de los que se obligan

¹ Por la ley 1, tit. 16, lib. 5 de la Recop. sienten muchos AA. que si dos reos se obligan *in solidum*, no les compete el beneficio de la division [número 3, vers. *Sed quid hodie*].

55. Si la deuda es pura ó se ha purificado, no es necesario que preste el deudor caucion de pagar, mediante á que puede entonces reconvenirlo inmediatamente el acreedor y usar de otros remedios convenientes; mas si la deuda es condicional ó respectiva á cierto dia, aunque siendo el deudor sospechoso al tiempo del contrato, no puede pedir el acreedor la dicha caucion, por debérsele imputar que contrajo con él; si puede pedirla haciéndose sospechoso, bien por culpa suya, bien por caso fortuito, despues del contrato antes de llegar el dia ó de cumplirse la condicion, y tiene que prestarla el deudor de pagar cuando aquel llegue ó ésta se cumpla, dando fiador idóneo; pues de lo contrario será puesto preso, sin que se escuse con la caucion juratoria no teniéndolo, y aun se le puede prohibir por el juez que enagene sus bienes: no siendo de omitir que para hacer la prueba de sospecha, no se necesita citar al deudor si se teme su fuga (núm. 57).

CAPITULO XII.

De los dos reos.

1. Cuando dos ó mas se obligan llanamente, ya sea en contrato oneroso, ya sea en contrato lucrativo, cada uno queda obligado solamente por igual parte, no *in solidum*; y por el contrario si dos ó mas son los acreedores, á cualquiera le compete la accion por parte aunque en la persona de alguno no valga el contrato: y lo mismo sucede en la sentencia si muchos son condenados simplemente; pero lo dicho se ha de entender prometiéndose cosa dividua, no individua como la servidumbre, pues en tal caso cada reo se halla obligado *in solidum*, y á cada acreedor se le adquiere accion *in solidum*. Lo propio acontece, si las partes se convienen en obligarse *in solidum* en cualquiera especie de contrato espresa, ó tácita-

mente por haberse puesto alguna palabra distributiva, v. gr., *que cualquiera prometia*: advirtiéndose que uno de los reos se puede obligar puramente y otro *in diem* ó bajo condicion (número 1).

2. Sin embargo de que los reos se hayan obligado *in solidum*, han de ser reconvenidos por su parte, á no ser que alguno de ellos esté pobre ó ausente, ó se haya renunciado el beneficio de la division, en cuyo último caso si el acreedor reconviene á alguno *in solidum*, ha de protestar que se contentará con una sola paga: y habiendo alguno de los deudores disfrutado toda la utilidad y siendo reconvenido el otro, aunque se haya renunciado el dicho beneficio, podrá éste excepcionar que á sus espensas sea aquel reconvenido primeramente (núm. 2, ley 12, tit. 12, part. 5).¹

3. Si uno de los reos de deber por causa onerosa paga *in solidum*, y todos se han utilizado, puede reconvenirlos con respecto á las partes que les tocaron, y si él solo percibió la utilidad, nada puede repetir, segun sucederia si fuesen reos de deber por causa lucrativa: y por el contrario si uno de los reos de estipular recibe la paga de toda la deuda, siendo por causa onerosa tiene que comunicarla con los demas, y no siendo por causa lucrativa, sino que son socios (núm. 3.)

CAPITULO XIII.

De los fiadores.

1. Pues que ya hemos hablado de los que se obligan principalmente por sí, trataremos ahora de los que se obligan

¹ Por la ley 1, tit. 16, lib. 5 de la Recop. sienten muchos AA. que si dos reos se obligan *in solidum*, no les compete el beneficio de la division [número 3, vers. *Sed quid hodie*].

por otros para que mas bien pueda cobrarse la deuda, como son los fiadores, esto es, *aquellos que prometen solemnemente pagar en el mismo lugar y tiempo la cosa ó dinero que otro debe.* Su obligacion puede agregarse á la principal, bien sea civil y natural juntamente, bien natural, ó bien civil tan solo: y aun el fiador puede obligarse por el que se halla obligado únicamente por el oficio del juez, sin embargo de que ninguna accion suponga en el principal. Puede tambien obligarse por la herencia yacente, en quien reside la obligacion principal pasiva por representar al difunto. Puede asimismo intervenir tanto por la obligacion que provenga de contrato ó cuasi contrato, como por la que descienda de delito ó cuasi delito, de tal suerte que la sentencia pronunciada contra el principal deudor, puede ejecutarse contra el fiador sin nuevo proceso ó juicio. Ultimamente puede obligarse no solo por cierto y determinado contrato, sino tambien en general y para siempre por todos los de algun deudor (*núm. 1, ley 5, tit. 12, part. 5*).

2. El fiador no puede obligarse en mas que el principal con respecto á la cosa, tiempo, lugar ó causa; pero en menos con respecto á lo referido sí puede obligarse, como tambien con un vínculo mas eficaz que el del principal deudor. En este supuesto será válida la obligacion del fiador en instrumento ejecutivo, y con hipoteca ó juramento, aunque el principal deudor no se hubiese obligado en aquel ni con estos requisitos: y si por ventura era natural la obligacion del deudor, solamente el fiador puede ser reconvenido (*núm. 2*).¹

¹ La ley 7, tit. 12, part. 5, dispone espresamente que el fiador quedé obligado tan solo en la misma cantidad que debe el principal deudor, sin embargo de que se haya ofrecido á la entrega de otra mayor: declarando inválidas las demas obligaciones, en las cuales los fiadores intentan obligarse mas fuertemente que lo está el reo principal en órden al lugar, tiempo ó cua-

3. Cuando el fiador interviene no simplemente, sino con el modo ó condicion de que si el reo principal no paga, quede obligado, se juzga fiador condicional, y la tal condicion se verifica habiéndose constituido en mora el deudor ó habiendo muerto; bien que hoy ademas de la mora se requiere la ejecucion en los bienes de éste (*dic. n. vers. Quero tamen, ley 16, tit. 12, part. 5*).

4. Prometiendo alguno pagar al acreedor lo que no pueda conseguir de su deudor, no se conceptúa propiamente fiador, porque éste se obliga por lo que el principal se halla obligado y aquel por lo que no se pueda exigir del deudor, no quedando en nada obligado si todo se exige, y por tanto con propiedad se llama *expromisor*. Lo propio se ha de aseverar del que promete al acreedor la indemnidad, por juzgarse que se obliga á lo mismo, y en ambos casos se requiere la escucion para complemento de la condicion (*núm. 3*); pero si alguno promete pagarme lo que otro me debe, será propiamente fiador (*núm. 4*).

5. Si alguno dirige á otro carta en favor de cierta persona y en virtud de ella contrae con ésta el que la recibe, se halla obligado con la accion *mandati* el que la remitió, siempre que en la carta se hablase con particularidad, como si en ella se dijera que el que la recibe preste ó entregue tal cantidad ó cosa á alguno, ó aunque se hable generalmente, si se dice que contraiga con cierta persona á cuenta y riesgo del que la envía; mas si la tal carta se halla concebida en términos muy generales, porque el que la envía dice únicamente; *darás fe*

lidad de la obligacion; pero en medio de esta disposicion soy de sentir que despues de la célebre ley 2 de la *Resop.* ya citada, que previene sea obligatorio todo contrato de cualquier modo celebrado, indistintamente deben declararse válidas todas las promesas de los fiadores.

á Francisco en cuanto te diga: ó Francisco es persona fiel de la cual puedes confiarle, de ningun modo queda obligado, en atencion á que la tal carta tan solo recomienda y aprueba la persona y no es obligatoria, á no ser que se pruebe haberse dicho con dolo ó fraude (núm. 5).

6. Teniendo alguno que prestar fiador en algun negocio por disposicion de ley, como el tutor ó usufructuario, puede prestarlo en ageno lugar y jurisdiccion; pero si por convenion de las partes ha de presentarlo en el lugar del acreedor (núm. 6).

7. Dándose fiador por disposicion de ley para la forma y sustancia de algun acto, si llega á empobrecer, ha de prestar el deudor principal otro idóneo; mas dándose el fiador por convenion de las partes y contentándose con él el acreedor, aunque empobrezca despues no tiene el deudor obligacion de dar otro (n. 7); debiendo advertirse que cuando alguno tiene que prestar fiador, ha de dar por tal una persona que segun derecho se pueda obligar y reconvenir eficazmente, y así podrá dar por fiador al menor, al clérigo ó á la muger en los casos que diremos despues quedan obligados (n. 8).

8. Si alguno promete al acreedor la indemnidad, ó promete satisfacerle lo que no pueda obtener del deudor, y siendo aquel negligente en reconvenir á éste, llega á no tener que pagar, queda libre el fiador, mayormente si requirió al acreedor para que reconviniese al deudor y no lo hizo. Esto mismo debemos decir del fiador que se obliga simplemente y en la forma comun, si no ha renunciado el beneficio de la escusion y ha reconvenido espresamente al acreedor, á fin de que reconvenga al deudor principal; pues si renunció del dicho beneficio ó no requirió por su negligencia al acreedor, sin embargo de la culpa de éste queda obligado: lo cual tambien se verifica en muchos fiadores que gozan del beneficio de divi-

sion, porque si alguno teme que los demás no tengan despues para pagar, puede requerir al acreedor para que los reconvenga con respecto á sus partes, y no haciéndolo, á sí mismo se ha de imputar el satisfacer *in solidum* (n. 9).

9. Regularmente no puede el fiador reconvenir al deudor principal para que lo exonere de la fianza, y los casos en que puede hacerlo son los siguientes. El primero, cuando el deudor principal ha sido condenado en juicio á que pague. El segundo, si principia á dilapidar sus bienes. El tercero, si con él hizo pacto el fiador de que despues de cierto tiempo habia de exonerarlo de la fianza. Y el cuarto, si el fiador ha estado en la obligacion por el término de un año (*segun la ley única al fin tit. 18, lib. 3 del Fuero*), el cual corre despues de la obligacion principal cumplida; y por tanto si la deuda es condicional ó *in diem*, ó si el fiador intervino por la eviccion de alguna cosa ó por algun curador, aunque la fianza haya durado mucho tiempo, no puede solicitar que se le exonere de ella antes de purificarse la deuda principal, antes que se evinca la cosa y antes que se finalice la curaduría (n. 10).¹

10. Cuando alguno sale por fiador de algun deudor con ignorancia de éste, no puede recobrar lo que pague con la accion *mandati* sino con la accion *negotiorum gestorum*; pero si

¹ Por lo que hace al primer caso juzgo que donde dice *el deudor principal debe decir el fiador*. Fúndome en la razon, en la misma ley *Lucius Titius ff mandati § Non absimiles* que cita nuestro autor, y en que varios AA. que he visto (*entre ellos Hevia Bolaños, lib. 2 del com. terrest., cap. 5 n. 9 y D. José Febrero en su Libr. de Escrib. cap. 4, § 5, núm. 133*), tratando de los modos de disolver la fianza hablan con respecto al caso de la condenacion del fiador y no del deudor. Por lo que hace al cuarto caso segun el Aillon (*num. 11 vers. Quando*), segun los citados AA. [en los dichos lugares], y otros muchos, el tiempo de la fianza se ha de regular por el arbitrio del juez.

sale por fiador de algun deudor contradiciéndolo éste, no puede ni con una, ni con otra, ni aun por equidad, para que el deudor no se lucre con la pérdida ajena, mediante á que cesa toda equidad por la espresa prohibicion del deudor; bien es verdad que si alguno paga para librar la persona de otro contra su voluntad, muy bien puede pedir lo que satisfizo; por ser nula la prohibicion en favor de la causa pública á quien interesa conservar la vida de sus individuos (núm. 11).

11. Si el fiador antes de intervenir en la fianza protesta que no quiere quedar obligado por la futura obligacion que hiciere por otro, y la protestacion se intima al acreedor, será inválido el acto siguiente contrario; mas si la protestacion no se intima al acreedor ó tercero á quien toca el negocio, aunque en el caso que el acto pende de la voluntad de uno como el testamento y la adición, la protestacion precedente anula el acto siguiente contrario; como que en este caso la disposicion depende de muchos, quedará el fiador tan perfectamente obligado como si la protestacion no hubiera precedido, pues de otra suerte el acreedor ó tercero sería perjudicado gravemente por dolo y fraude del fiador (núm. 12).

12. La confesion del acreedor contenida en escritura pública ó privada en la cual se espresa que el fiador le satisfizo, es de tal suerte válida, que prueba haber precedido la paga, y en virtud de ella puede el fiador reconvenir al deudor principal con la accion *mandati*, como si verdadera y realmente se probase la solucion; y mayormente tendría ésto lugar pasados 30 dias, porque tan solo tiene lugar dentro de éstos la escepcion *non num. pec.* en la liberacion de la deuda y confesion de la paga (núm. 13).

13. Ha de ser reconvenido el deudor principal y se ha de hacer escusion en sus bienes antes de reconvenir al fiador, esceptuándose varios casos. El primero, cuando se halla fue-

ra de su jurisdiccion el deudor principal, por ser difícil el reconvenirlo. El segundo cuando renunció el fiador el beneficio de escusion que fué inducido únicamente en su favor. El tercero, cuando es notorio que el deudor principal no tiene para satisfacer. El cuarto, cuando el fiador es público cambista, pues éste no goza del beneficio de escusion por la utilidad comun y buena fé con que debe versarse, á causa de recurrirse á él frecuentemente. El quinto, cuando no puede ser reconvenido fácilmente el deudor principal por causa que haya sobrevenido de nuevo respectiva á su persona ó lugar en que se halla: v. gr., si es algun tirano que reside en parte segura, algun enredador que no acostumbra pagar sus deudas sin pleito, rey, magnate ó fisco, á quienes el acreedor no puede igualarse. El sexto, cuando el fiador reconvenido niega serlo, pues por ésto pierde el dicho beneficio, en atencion á que negando alguno en juicio lo que es causa de su intencion, beneficio ó privilegio, lo pierde (núm. 14, ley 9, tit. 12 part. 5).¹

14. Si el fiador reconvenido no pone la escepcion dilatoria de escusion antes de contestarse el pleito, es válido el juicio y puede ser condenado legítimamente; bien que si la opone antes de la contestacion, sin embargo no se anula el proceso, porque puede replicar el acreedor que el deudor principal no tiene para satisfacer, y entonces pendiente el juicio se podrá hacer la escusion *dic. núm. vers. Tertio limita*: y si habiéndose hecho ésta legítimamente se encuentran bienes suficientes, mas no se halla quien los compre, ó si se halla, es con grande dificultad y en dilatado tiempo, no se

¹ Hallándose el deudor fuera del lugar, si el fiador reconvenido solicita que el juez le conceda término para presentarlo, lo deben otorgar á su arbitrio, y no presentándolo dentro del tiempo asignado, lo puede apremiar á la satisfaccion del débito segun se hubiere obligado [D. José Febrero en el citado lugar num. 126].

puede precisar al acreedor á que los reciba en pago de su crédito, ó á que espere largo tiempo, pues en tal caso se dice que el deudor no tiene para pagar, y se puede reconvenir al fiador (*dic. núm. vers. Octavo limita*).

15. Siendo muchos los fiadores y reconviniéndose á alguno *in solidum*, puede oponer la escepcion de division para que cada uno sea reconvenido por su parte si tiene que pagar, así en la primera instancia antes de la sentencia definitiva por ser escepcion perentoria y no despues, como en la segunda instancia si el fiador fué condenado y apeló. Esta ta escepcion no compete habiéndose renunciado, ó habiendo satisfecho alguno de los fiadores toda la deuda, en cuyo caso no puede reconvenir al acreedor no obstante que la tal escepcion sea favorable, pues no es perpetua como la del senadoconsulto veleyano ú otra semejante, atento á que pueden no tener que pagar los demas fiadores (*núm. 15, ley 8, tit. 12, part. 5*).

16. Pueden ser fiadores todos los que se pueden obligar principalmente, á escepcion de los prohibidos por ley. En primer lugar se halla prohibida la muger por la fragilidad de su sexo, de suerte que aunque por rigor de derecho queda obligada civil y naturalmente, le compete la escepcion del senadoconsulto veleyano, que puede oponer con buena conciencia aun despues de la sentencia definitiva en la misma ejecucion antes de hacerse la paga: y si por ventura satisface al acreedor, puede recobrar lo pagado con la condicion *indebiti* por ser perpetua y favorable la escepcion referida (*núm. 16, ley 1, tit. 2, part. 5, y ley 2, tit. 12, part. 5*).

17. Renunciando la muger el dicho beneficio, como fuese cerciorada de éste por el escribano es válida la renuncia, y de consiguiente si el escribano ó notario preguntado por el juez ignora cuál sea el senadoconsulto veleyano, de nada sir-

ve la renuncia por aparecer probada evidentemente la negativa. Tambien carece la muger del espuesto beneficio aun no siendo cerciorada, cuando juró la fianza (*núm. 17, ley 3, tit. 12, part. 5*).¹

18. En segundo lugar se halla prohibido el menor de 25 años, pues si se obliga por alguna persona, bien sea estraña, bien conjunta, bien tenga para satisfacer, bien no tenga, aunque por rigor de derecho queda obligado, le compete la restitucion y aun se presume siempre lesion en este caso: si bien es cierto que siendo varon con la edad de 18 años y saliendo por fiador de su padre encarcelado, se obliga eficazmente, así porque cualquiera persona mayor y prudentísima lo haria, como porque de lo contrario podria ser desheredado. Y en tercer lugar se halla prohibido de ser fiador el soldado (*núm. 19, ley 2, tit. 12, part. 5*).²

19. Al clérigo se le aconseja en el capítulo 1 de *Fidejussor* por aquellas palabras: *Clericus fidejussionibus inservieuns abjiciatur*, que no salga por fiador; pero si efectivamente sale por tal, queda obligado, debiendo satisfacer de su patrimonio ó de las rentas de su beneficio solamente en cuanto pueda haer, y no pudiendo ser preso por deuda: y aunque el obligado á dar fiador de estar á derecho no se libra dando por tal un clérigo ó persona que sea de otro fuero y jurisdiccion, si satisface el que prometió simplemente prestar fiador por alguna deuda ó contrato (*núm. 18*).

1 Si la muger recibe precio por ser fiadora, queda obligada. Asimismo lo queda, si permanece en la fianza dos años y cumplidos éstos la renueva ó entrega prenda al acreedor para asegurar el débito [*ley 3, tit. 12, part. 5*].

2 La ley 28, tit. 2 lib. 4 de la *Recop.*, solamente permite al labrador ser fiador de otro labrador, prohibiéndole la renuncia de este beneficio y otros que le concede [*Vease al Aillon, núm. 20, vers. De agricola*].

20. El fiador se exonera de la fianza con la solucion del deudor principal y con la que él mismo haga, aunque si la cosa ó fundo del deudor se da en pago al acreedor, como despues sea vencida la cosa entregada y el deudor no tenga de qué pagar, el fiador se halla obligado, mediante á que por el ánimo de las partes ó disposicion de la ley la accion contra él no fué estinta, ó si se estinguió estrictamente renace siguiéndose la eviccion. Tambien se exonera con la novacion entre el acreedor y el deudor principal, si no que consiente en ella ó se obliga le nuevo. Asimismo queda libre con la prescripcion de la deuda principal, por juzgarse igualmente prescripta la accion contra él: con la advertencia que si el fiador intervino algun tiempo despues de contraida la obligacion principal, se interrumpe la prescripcion, porque se conceptúa hecho reconocimiento de la deuda por el mismo deudor. Igualmente se libra interviniendo pacto de no pedir entre el acreedor y deudor, de tal suerte que aunque éste lo remita despues, no se puede privar al fiador de la escepcion adquirida sin nuevo consentimiento suyo. Y últimamente se exonera el fiador con la confusion de la accion, pues si sucede al deudor ó por el contrario, se estingue la obligacion acesoria y permanece la principal; mas ésto debe entenderse cuando ambas obligaciones son útiles y válidas, no cuando la obligacion principal es ineficaz por razon de la persona ú otro motivo. En este supuesto si la obligacion principal es natural tan solo y el fiador sucede al deudor, no se confunde la obligacion acesoria; y si aquel sucediendo á éste hace inventario, como que por la persona del deudor no se obliga á mas de lo que alcanza la herencia, si con los bienes de ésta no se puede satisfacer la deuda principal, se halla obligado por su persona en virtud de la fianza, por quanto la obligacion principal se reputa inválida á causa de no poderse exigir la deuda:

debiendo tenerse presente que la dicha confusion de accion no será total sino en parte siempre que el heredero tan solo en una parte suceda: bien es verdad, que si el acreedor sucede al deudor y hace inventario, no se confunde la accion en efecto, y por consiguiente si el difunto deja muchos acreedores, el heredero acreedor obtendrá su deuda en el tiempo, lugar y grado que la obtendria no siendo heredero: y si el tal heredero acreedor es gravado á restituir á otro la herencia, aunque no haga inventario, no se confunde su accion con la adiccion de la herencia, y puede deducir lo que se le debe, por que el fideicomiso universal no es válido en mas de lo que permita la herencia (número 20).

21. Si el acreedor proroga el término de la paga al deudor, no queda libre el fiador, mediante á que la prorogacion se entiende hecha con su cualidad, y á que en el dia nunca se hace novacion si las partes no lo espresan: advirtiéndose para complemento de la presente materia, que el fiador á fin de librarse puede satisfacer de los bienes del deudor principal, ya se deba dinero, ya cosa ó especie, sin que pueda decirse que comete hurto ó violencia, por no intervenir dolo ni fraude (núm. 31).

CAPITULO XIV.

De la restitucion de los menores..

1. El menor infante ó próximo á la infancia no puede contraer ni evacuar ningun negocio aun con lo autoridad de su autor, quien por sí solo ha de intervenir en el acto; pero si es próximo á la pubertad, mediante á que ya tiene algun entendimiento, puede obligarse en cualquiera contrato con la autoridad de su tutor, y sin ella estipular y adquirir para sí. Tambien sin la autoridad del tutor se obliga naturalmente, á

20. El fiador se exonera de la fianza con la solucion del deudor principal y con la que él mismo haga, aunque si la cosa ó fundo del deudor se da en pago al acreedor, como despues sea vencida la cosa entregada y el deudor no tenga de qué pagar, el fiador se halla obligado, mediante á que por el ánimo de las partes ó disposicion de la ley la accion contra él no fué estinta, ó si se estinguió estrictamente renace siguiéndose la eviccion. Tambien se exonera con la novacion entre el acreedor y el deudor principal, si no que consiente en ella ó se obliga le nuevo. Asimismo queda libre con la prescripcion de la deuda principal, por juzgarse igualmente prescripta la accion contra él: con la advertencia que si el fiador intervino algun tiempo despues de contraida la obligacion principal, se interrumpe la prescripcion, porque se conceptúa hecho reconocimiento de la deuda por el mismo deudor. Igualmente se libra interviniendo pacto de no pedir entre el acreedor y deudor, de tal suerte que aunque éste lo remita despues, no se puede privar al fiador de la escepcion adquirida sin nuevo consentimiento suyo. Y últimamente se exonera el fiador con la confusion de la accion, pues si sucede al deudor ó por el contrario, se estingue la obligacion acesoria y permanece la principal; mas ésto debe entenderse cuando ambas obligaciones son útiles y válidas, no cuando la obligacion principal es ineficaz por razon de la persona ú otro motivo. En este supuesto si la obligacion principal es natural tan solo y el fiador sucede al deudor, no se confunde la obligacion acesoria; y si aquel sucediendo á éste hace inventario, como que por la persona del deudor no se obliga á mas de lo que alcanza la herencia, si con los bienes de ésta no se puede satisfacer la deuda principal, se halla obligado por su persona en virtud de la fianza, por quanto la obligacion principal se reputa inválida á causa de no poderse exigir la deuda:

debiendo tenerse presente que la dicha confusion de accion no será total sino en parte siempre que el heredero tan solo en una parte suceda: bien es verdad, que si el acreedor sucede al deudor y hace inventario, no se confunde la accion en efecto, y por consiguiente si el difunto deja muchos acreedores, el heredero acreedor obtendrá su deuda en el tiempo, lugar y grado que la obtendria no siendo heredero: y si el tal heredero acreedor es gravado á restituir á otro la herencia, aunque no haga inventario, no se confunde su accion con la adiccion de la herencia, y puede deducir lo que se le debe, por que el fideicomiso universal no es válido en mas de lo que permita la herencia (número 20).

21. Si el acreedor proroga el término de la paga al deudor, no queda libre el fiador, mediante á que la prorogacion se entiende hecha con su cualidad, y á que en el dia nunca se hace novacion si las partes no lo espresan: advirtiéndose para complemento de la presente materia, que el fiador á fin de librarse puede satisfacer de los bienes del deudor principal, ya se deba dinero, ya cosa ó especie, sin que pueda decirse que comete hurto ó violencia, por no intervenir dolo ni fraude (núm. 31).

CAPITULO XIV.

De la restitucion de los menores..

1. El menor infante ó próximo á la infancia no puede contraer ni evacuar ningun negocio aun con lo autoridad de su autor, quien por sí solo ha de intervenir en el acto; pero si es próximo á la pubertad, mediante á que ya tiene algun entendimiento, puede obligarse en cualquiera contrato con la autoridad de su tutor, y sin ella estipular y adquirir para sí. Tambien sin la autoridad del tutor se obliga naturalmente, á

cuya consecuencia por él puede intervenir fiador no por el infante ó próximo á la infancia: y siendo el menor ya púbero, se puede obligar por sí solo no teniendo curador, porque teniéndolo necesita de su autoridad (*número 1, ley 4, tit 11, part. 5.*).

2. En todos los casos que el menor impúbero ó adulto se obliga por derecho con la autoridad del tutor ó curador ó sin ella, si es perjudicado le compete la restitucion, ya por el interés del daño emergente, ya por el del lucro cesante; y por tanto si el menor resulta lesa en el contrato de venta á causa de no convenirle comprar ó vender, debe ser restituido teniéndose por no hecho el contrato, pues en todo él fué perjudicado, mas si fué lesa en el precio, porque vendió en menos ó compró en mas de lo que la cosa valia, aunque la lesion no esceda de la mitad del justo valor se restituye en cuanto á éste: todo lo cual se debe decir respectivamente del contrato de locacion ú otro cualquiera oneroso (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley 5, tit. 11, part. 5, y ley 5, tit. y fin, part. 6.*).

3. Si el menor dona algunos bienes á otro, podrá ser restituido si no intervino justa causa, como si donó por los méritos del legatario, si por la esperanza del futuro matrimonio á la esposa, cuya donacion se llama *sponsalitia largitas*, ó si hizo donacion *propter nuptias* atendida la cualidad de las personas y la costumbre del pueblo (*dic. núm. vers. Secundó infertur*):¹ y si la muger menor de 25 años dió alguna dote escesiva segun la cualidad del marido y costumbre del pueblo, ha de ser restituida, mayormente si intervino pacto de lucrar la dote ó parte de ella, ú otro convenio que le perjudicase (*núm. 2.*).

¹ La donacion *propter nuptias* se llama hoy trivialmente arras ó donacion.

4. Haciendo el menor alguna transaccion, dividiendo alguna herencia ó cosa comun, permutando ó teniendo alguna otra convencion sobre cosa mueble, con sola la autoridad del tutor ó curador que es suficiente, le compete la restitucion si resulta perjudicado: y lo mismo acontece si los dichos contratos son sobre cosa inmueble interviniendo decreto del juez, porque si no interviene serán nulos, y de consiguiente no habrá necesidad de la restitucion (*dic. n. vers. Tertio infertur*).

5. Comprometiéndose el menor en árbitros *juris* se conceptúa perjudicado y puede ser restituido, por carecer del beneficio de apelacion; mas no, comprometiéndose en árbitros arbitradores, á no ser que pruebe alguna lesion resultante del tal compromiso (*dic. n. vers. Ex quo notabiliter*).

6. Siempre que al menor se entregue algun dinero en mutuo por causa de usura, se conceptúa lesa y no tiene obligacion de satisfacer, si no que prueba el acreedor que por haber recibido el dinero se hizo mas rico; pero si se le dió el dinero en mutuo sin interes alguno, se halla obligado el menor á la restitucion no probando la lesion, como si hiciere ver que por culpa suya se perdió el dinero (*dic. núm. vers. Quinto, ley 3, tit. 1, part. 5.*).

7. Ninguna prescripcion puede correr contra los bienes muebles ó inmuebles del menor, así pupilo como adulto, exceptuando la de 30 ó 40 años que corre contra el adulto sin esperanza de restitucion, mediante á que no puede perfeccionarse sino en la mayor edad pasado el quadrienio; bien que si en los dichos casos la prescripcion principia contra el difunto y se completa en la persona del menor, le compete la restitucion (*núm. 3, ley penúlt. tit. fin. part. 6.*).

8. Si el deudor paga al menor sin la autoridad de su tutor ó curador teniéndolo, es nula la solucion y no queda libre, aunque si prueba que el dinero existe ó se ha convertido en utili-

dad del menor, le compete escepcion: y si el deudor paga con la autoridad del tutor ó curador, *ipso jure*, queda libre, y será restituído el menor perdiéndose ó espendiéndose mal el dinero por culpa de ellos; mas si satisface con la dicha autoridad y tambien con la del juez, de tal suerte se libra, que de ningún modo compete la restitucion: lo cual se entiende cuando alegando el deudor ser menor el acreedor y que no era seguro el satisfacerle, no obstante lo compelió el juez á que pagase. El fundamento por que la autoridad del juez priva de la restitucion en este caso, y no en la enagenacion de las cosas inmuebles, consiste en que los contratos se hacen voluntariamente y la paga por necesidad (*núm. 4, ley 4, tit. 14, part. 5*).

9. Adiendo el menor por sí solo ó con la autoridad del tutor ó curador alguna herencia perjudicial que se le difirió por testamento ó abintestato, ó repudiando alguna lucrosa, debe ser restituído: como tambien si habiendo aceptado el albaceazgo ó comisaría fuese perjudicado (*dic. n. vers. Octavo, leyes 18, tit. 6 y 7, tit. fin. part. 6*). Lo propio sucede cuando compitiéndole la eleccion al menor elige la de menos precio, y por tanto si en la division de alguna herencia ú otra cosa entre hermanos ó herederos apeteciese la menor parte, será restituído: no gozando de este beneficio si le toca por suerte, en atencion á que el daño no provino de su facilidad sino de la fortuna contraria (*vers. Nono*).

10. El menor esceptuándose el que sea doctor en leyes ó abogado, ha de ser restituído tambien contra la renunciacion espresa ó tácita del término probatorio, aunque sea despues de la publicacion de probanzas, y aunque hubiese hecho alguna prueba ó presentado algunos testigos en el término que se le asignó: y el contrario, sin embargo de que sea mayor, gozará del término concedido por dicho beneficio (*núm. 6, ley 6, tit. 8, lib. 4 de la Recop.*).

11. Asimismo ha de ser restituído, si fué condenado por sentencia definitiva en causa civil y criminal, y perjudicado en ella por culpa del juez ó suya, mediante á no haber opuesto ó probado la escepcion que le competia: con advertencia que si el menor es leso en la misma sentencia, porque habiendo probado plenamente su derecho, injustamente lo condenó el juez, debe fundar en esto su intencion y pedir que sea restituído, juzgándose segunda vez con rectitud y con arreglo á los autos: y si es perjudicado porque omitió alguna escepcion perentoria ó prueba necesaria para obtener la victoria del pleito, ha de ser restituído contra la sentencia y todos los autos del proceso, solamente hasta aquella parte en que fué leso, para que se ponga en el mismo estado. Igualmente si el término que se concede para apelar ha corrido, se juzga el menor perjudicado y se ha de restituír (*dic. n. vers. Undecimo, leyes 1, 2 y 3, tit. 56, part. 6*). Finalmente, le compete al menor la restitucion en todo acto y negocio de cualquiera naturaleza y cualidad, siendo perjudicado y probando la lesion y menor edad (*dic. n. vers. Duodecimo, y vers. Quarto tamen, leyes 1, 2 y 6, tit. fin. part. 6*).

12. A los doce años principia la pubertad en las mugeres para todas las disposiciones, y á los catorce en los hombres, pudiendo aquellas impetrar la venia de edad despues de los diez y ocho, y éstos despues de los veinte. Consiste la razon de diferencia en que segun los filósofos naturales, el sexo femenino es mas débil y frágil que el masculino, y por consiguiente con anticipacion adquiere su juicio y cordura; si bien es cierto que en las personas de uno y otro sexo se requiere la edad de veinticinco años para que cese la restitucion *in integrum*, porque en el primer caso se trata de legitimar la persona, y es perjudicial al menor estar inhábil para comerciar y manejar sus negocios; y en el segundo se trata tan solo de es-

tender el beneficio ó privilegio (*dic. n. vers. Circa quod*).¹

13. Pasa á los herederos el beneficio de la restitucion *in integram*, así como el beneficio del senado consulto veleyano, sin que obste que el privilegio personal se estingue con la persona, porque esto acontece en el caso de que se conceda principal é inmediatamente por razon de la persona, y no se verifica concediéndose por consideracion de la persona y de alguna lesion ó fragilidad del sexo como en el menor y muger. Tambien pasa el beneficio de la restitucion contra el tercer poseedor, habiendo éste adquirido la cosa con ciencia de pertenecer á menor, ó hallándose el que primero contrajo con el menor sin poder pagar, siempre que el menor no fuese lesomas que en el precio, pues si lo es en el mismo contrato por no convenirle el enagenar, puede reconvenir indistintamente al tercer poseedor, en atencion á que de otra suerte permaneceria lesó el menor careciendo de su alhaja (*n. 6, ley 8 al fin. tit. fin. part. 6*).

14. La restitucion se debe pedir dentro de 4 años continuos, que principian á correr desde el día que se cumplieron los 25, y tambien debe pedirse en el mismo término la restitucion que compete á la república, Iglesia ó mayor, aunque en este caso se computa desde el día del contrato ó la lesion, todo lo cual se entiende, bien se pida la restitucion contra la lesion del contrato ó cuasi contrato, bien contra la que provenga de sentencia ó acto judicial, bien contra la causada por

¹ Para concederse la venia ha de justificar el que la impetra, con testigos mayores de toda escepcion, capacidad para gobernar sus bienes y buenas costumbres que le constituyan digno de la gracia, á cuyo fin se libra la provision correspondiente: como asimismo ha de comparecer personalmente ante el señor ministro á quien toque consultarla; y aunque para la venia se determinó la mencionada edad, por no juzgarse para ella idóneos los jóvenes, pueden los príncipes en uso de su suprema regalía concederla antes.

el trascurso del tiempo dilatado ó corto; pero no puede ser restituído el menor contra los contratos que hizo en el referido cuadrienio, por cesar el fundamento de la restitucion, que es la menor edad; bien que si dentro de él repudia alguno la herencia paterna, puede revocar la repudiacion y adirla dentro de trienio que principia á contarse desde el cumplimiento del cuadrienio, siendo este caso especial, por cuanto parece que el hijo viene á suceder en unos bienes propios (*núm. 7, ley 8, tit. fin. part. 6, ley fin. tit. fin. part. 6, ley 7, tit. 29, part. 3, y ley fin. tit. 6, part. 6*).¹

15. El espuesto beneficio se propone y deduce en juicio, ó principalmente narrando y concluyendo con cuanto sea necesario é implorando el oficio noble del juez para conseguir la restitucion, ó por incidencia oponiendo la escepcion el menor contra el que lo convenga en virtud de algun acto ó contrato de que resultó perjudicado: y esta escepcion se ha de deducir en juicio dentro del mencionado cuadrienio, como si se pidiera principalmente la restitucion, por el mismo fundamento que la escepcion de la non num. pec. se ha de oponer siempre dentro de un bienio (*núm. 8. Véase el núm. 5, cap 6, de este tom. y comp.*).

16. Las escepciones que competen al menor, siendo reales ó causadas respecto de la cosa como la de cosa juzgada, de solucion, de prescripcion, de novacion y otras semejantes, competen tambien al fiador, aun contra la voluntad de aquel; mas siendo personales, como el beneficio de la restitucion, ó aquella por la que no puede alguno ser reconvenido en mas

¹ Siendo la lesion enormísima, ó concurriendo una ignorancia probable, un legítimo impedimento ó alguna causa racional, segun el arbitrio del juez, puede tener lugar la restitucion despues del cuadrienio, el cual está concedido para principiar, no para terminar el litigio (*núm. 8*).

que lo que pueda hacer, no competen al fiador, por darse con respecto á la persona, ni tiene recurso contra el menor en cuyo favor intervino (núm. 9).

17. Perteneciendo una cosa ó causa á muchos de los cuales alguno es menor, la restitucion que á éste se concede, no aprovecha á los que sean mayores, aun cuando la causa ó cosa sea individua como la servidumbre; pues si muchos entre los que hay algun menor, la tienen y la remiten, sin embargo de que sea individua y no puede constituirse en parte, será restituido el menor *in solidum*, y si los mayores quieren usar de la servidumbre les obstará la escepcion (núm. 10).

18. Si el menor cumplidos los veinticinco años ratifica lo que hizo en la menor edad, y el contrato hecho en ésta fué válido *ipso jure*, por haber intervenido las correspondientes solemnidades, mas resultó perjudicado el menor, vale la ratificacion, se priva del dicho beneficio y se confirma el contrato; pero si el contrato no fué válido *ipso jure*, por falta del decreto en el caso que se requería, aunque es válida la ratificacion, se confirma el contrato y se priva el menor del espuesto privilegio, no se priva del derecho que compete á los mayores como el remedio de la *ley 26, de rescind. vendit.* ú otro semejante: y no interviniendo la ratificacion espresa despues de la edad legítima, basta la tácita que induce el trascurso de 5 años cuando el contrato fué oneroso, ó el de 10 entre presentes y 20 entre ausentes cuando fué lucrativo (núm. 11).

19. La virtud y efecto de la venia concedida al menor consiste en que pueda ejercer y gobernar por sí sus bienes, eximiéndose de la potestad de su curador si lo tiene, y privándose del beneficio de la restitucion con respecto á los contratos que despues haga, aunque sin embargo no podrá enagenar los bienes inmuebles sin decreto, y si con éste los enagena deberá ser restituido: debiendo notarse que si se promete

ó lega á alguno cierta cosa para el tiempo de su legítima edad, ó para cuando pueda administrar sus cosas, nada se debe ó puede pedir hasta la perfecta edad de 25 años, porque en duda se conceptúa que á ésta se refirió el testador ó contrayente (núm. 12).¹

20. Para la enagenacion de las cosas inmuebles de menor, bien sea verdadero dueño, bien sea tan solo cuasi dueño, es indispensable que intervenga el decreto y autoridad del juez, y que asimismo preceda justa causa, v. gr., la de deudas ó de alimentos, la cual debe probarse legítimamente y estenderse en autos por el escribano, sin que baste su simple asercion, porque no interviniendo las tales solemnidades, es el contrato *ipso jure* nulo y puede vindicarse la cosa de cualquier poseedor. Lo mismo ha de decirse de las cosas muebles que guardándose se pueden conservar, y se llaman así aquellas que pueden permanecer un trienio. Tambien corre la espuesta doctrina aun en el padre, tutor ó curador del hijo emancipado; pues si es legítimo administrador del existente en su potestad, muy bien puede enagenar con justa causa los referidos bienes sin decreto, como se comprueba de que no tiene obligacion de hacer inventario de los bienes del hijo ni dar cuenta de ellos, segun se verifica en el padre, tutor ó curador del hijo emancipado (núm. 13, *ley 18, tit. 16, part. 6,* y *ley 60, tit. 18, part. 3, véase al Gomez en la ley 48 de Toro núm. 18*).

¹ El Sr. Vela [*Dissertat. Hispal. 6, n. 43*]. tratando de la *ley 14, tit. 1 lib. 5^o de la Recop.*, que permite á los que contrajeron matrimonio antes de los 18 años el administrar sus bienes en llegando á esta edad, dice que gozan de la restitucion *in integrum*, equiparándose tan solo en lo favorable á los que impetraron la venia de edad, y pudiendo decir de nulidad de los actos judiciales para los cuales debe dárselos curador [núm 13].

21. En tanto es verdad lo dicho en el número antecedente, cuanto que el menor no puede sin decreto del juez repudiar la herencia ó legado en que se contenga alguna cosa inmueble, mediante á que no solo se prohíbe disminuir su patrimonio, sino tambien por favor de la menor edad el que deje de adquirir bienes para cuya adquisicion tiene un derecho pleno y eficaz; mayormente cuando el menor es restituido si pierde algun justo lucro. Asimismo se necesitan las espresadas solemnidades, cuando el menor haya de prometer dar á otro alguna cosa inmueble, ó haya de remitir la accion personal que tenia para conseguirla. Tambien se requieren en la permutacion, en la division de alguna herencia que contenga cosas inmuebles, por ser la division cierta especie de permutacion, en la hipoteca de cosa inmueble, en el enfiteúsis perpetuo ó temporal, en la constitucion de usufructo y de otra cualquiera servidumbre real, en la transacion sobre cosa inmueble siempre que el menor en virtud de ella haya de entregar la cosa, no si la retiene dando al contrario alguna cantidad, y últimamente en el compromiso que es especie de transaccion (núms. 14 y 15). Pero sin embargo de lo dicho confesando judicialmente el adulto reconvenido con accion real sobre cosa inmueble, ser ésta del actor, es válida la confesion y por ella puede ser condenado; porque así como el adulto es capaz del juramento judicial y extrajudicial, así tambien de cuanto depende de éste como la confesion (*dic. n. vers. Nonó*): y ademas de esto el padre ó testador puede dar facultad al hijo ó heredero menor, para que enagene sin decreto los bienes inmuebles aun en testamento ó codicilo inútil y que carezca de la solemnidad prescrita (núm. 16).

22. En la enagenacion de las cosas espresadas puede interponer su autoridad el juez del territorio donde se halla la cosa, el del pueblo del origen ó el del lugar de la habitacion

del menor: aquel por razon de la cosa, y éstos por razon de la jurisdiccion en la persona del menor, que se estiende á otro territorio. Bajo este supuesto cuando se trata de dar tutor á algun pupilo, ha de ser en el lugar de su origen ó de su habitacion, y no en el lugar donde se hallan los bienes, porque el tutor se da principalmente á la persona, y las resultas de la tutela se estienden á otros territorios; pero tratándose de dar curador tienen facultad todos los jueces mencionados por darse principalmente á los bienes y no á la persona, sino es que se pida curador *ad litem*; pues si éste ha de ser general para todos los pleitos y causas que se muevan, solamente pueden darlo los dos últimos jueces, y si ha de ser particular para cierto pleito ya movido, lo ha de dar el juez ante quien se litiga (núm. 17. Puede verse al Aillon, núm. 18, cuando se ofrezca algun caso).

23. Si el varon mayor de 14 años y la hembra mayor de 12 y no de menor edad contraen y juran el contrato, es válido y se confirma con el juramento sin esperanza de restitucion, bien se interponga éste en el mismo contrato, bien antes ó despues de él, bien el menor jure por sí, bien constituya procurador para contraer y jurar como tenga especial mandato, bien sea el contrato nulo, ó por haberse hecho sin el tutor ó curador, ó por ser sobre cosa inmueble y no intervenir decreto, bien sea ó no cerciorado el menor del beneficio de restitucion que le compete: teniendo lugar lo espuesto en la remision de la deuda que haga el menor, como tambien en los juicios porque en ellos se cuasicontrae (núm. 18, ley 6, tit. fin. part. 6). Y así como el contrato por su naturaleza es perpetuo y transitorio á los herederos y contra los herederos, así tambien la virtud y efecto del juramento que en él se interponga; pues aunque el juramento y su vínculo sean meramente personales, esto procede en cuanto á que contraviniendo el

principal contrayente será perjuro, y no lo será su heredero sin embargo de que contravenga (*núm.* 19).

24. Siendo leso el menor en mas de la mitad del justo precio, aunque haya jurado el acto ó contrato, ha de ser restituido, porque no puede conceptuarse que su voluntad se entendiese á tan grave lesion, si no es que jurase no contravenir al acto ó contrato ni por razon de la lesion enormísima ni por otra cualquiera causa, pues entonces no puede ser restituido ni se puede rescindir el acto por ningun remedio: lo cual tambien acontece cuando el acto del menor, muger casada ú otra persona se haga por causa lucrativa con juramento; bien es verdad que si la muger vende el fundo dotal con juramento, come sea lesa en mas de la mitad del justo precio, puede valerse del remedio conveniente, en atencion á que el juramento con arreglo á la intencion del derecho y de las partes solamente causó la validacion del contrato como que era sobre cosa dotal, por cuya circunstancia de otra suerte seria nulo. Esto mismo sucede sin diferencia alguna por la espuesta razon, renunciando con juramento el hijo ó hija de la futura sucesion paterna ó materna por algun precio, si es perjudicado en mas de la mitad del que sea justo (*núm.* 20):¹ y no es de omitir que si el menor promete sin causa y con juramento, no se confirma la promesa con éste, así por presumirse error y faltar el consentimiento, como por no asistir al juramento sus tres requisitos sustanciales (*núm.* 23).

¹ Hay muchas opiniones sobre cuánta ha de ser la lesion para que el juramento no confirme el contrato. Unos llevan que ha de consistir la lesion en la sexta parte, otros que en la tercera, otros que en la mitad, otros que en mas de la mitad, otros que en mucho mas de la mitad, y otros (lo cual sigue y asegura mas recibido el Farinacio) que todo se ha de dejar al arbitrio del juez, atendidas las cualidades de la causa, del tiempo y de las personas (*núm.* 21).

25. La absolucion ó relajacion que se obtenga del juramento, solo obra que el que contravenga no sea perjuro aunque reconenga en juicio á su contrario; pero no anula el contrato ni le quita su fuerza y efecto en los casos que fué válido por la interposicion del juramento, mediante á que se le adquirió derecho á la parte, del cual no puede privarle el juez que conceda la relajacion (*número* 21).

26. Del acto en que interviene juramento pueden conocer ambos jueces, el eclesiástico y secular, porque en virtud del juramento se hace la causa de misto fuero; bien que ésto se ha de entender cuando vive el que jura, pues su heredero no puede ser reconvenido ante el juez eclesiástico, en atencion á que el vínculo del juramento en cuanto á ser ó no perjuro, es meramente personal: en cuyo supuesto para que las causas no se lleven al fuero eclesiástico, en perjuicio de la jurisdiccion secular prohiben nuestras leyes reales que se interponga juramento por las partes en los contratos que valen sin él (*núm.* 22, *leyes* 10, 11 y 12, *tít.* 1. *lib.* 4 *de la Recop.*).

27. El acto contra buenas costumbres, como el pacto por el que se priva alguno de la libertad de casarse, y el pacto de suceder que induce el deseo de la muerte, no recibe fuerza alguna con el juramento, pues éste no ha de ser vínculo de iniquidad. Lo mismo se ha de decir del contrato en perjuicio de la utilidad pública, porque con el pacto de los privados no se puede derogar el derecho público: infiriéndose que hoy en nuestro reino ni aun con juramento puede el noble renunciar el privilegio que tiene de no poder ser preso por deuda, á causa de ser concedido por favor de toda la nobleza. Tampoco da fuerza el juramento al contrato que se interpone sobre cosa que no está en comercio, por parecer que contiene un imposible de hecho ó de derecho. Así mismo no dá fuerza al contrato cuando se anula por ódio del acreedor;

v. gr. el pacto de la ley comisoría en las prendas ó hipotecas, la promesa de usuras, el mutuo hecho al hijo de familia y otros semejantes, en los cuales aunque el promitente por virtud del juramento se obliga á su observancia y tiene que pagar, sin embargo hecha efectivamente la solución queda libre del juramento, y puede demandar lo que hubiese satisfecho por la condición sin causa, mediante á que sin ella y torpemente lo tiene el acreedor (núm. 24). Y últimamente no da fuerza el juramento al acto ó contrato en que se omitió la solemnidad correspondiente, v. gr., al testamento en que no intervino el número de testigos que apetecen las leyes, por cuanto todas las solemnidades que establecen son en beneficio de la utilidad pública, y de consiguiente no pueden derogarse por el consentimiento de las partes, bien es verdad que aunque no valga la tal disposición como testamento, valdrá como codicilo teniendo la solemnidad que éste exige, porque el juramento en todo acto surte el efecto de que valga del modo que según derecho pueda valer (núm. 25).

28. Pero si el acto ó contrato se anula principalmente por favor de alguna persona á causa de la fragilidad de su edad ó de su sexo, ó por otras utilidades de los vasallos y secundariamente por el beneficio público, le presta fuerza el juramento; pues es regla general en la materia, que debe observarse el juramento que no es contra buenas costumbres, ni contra la utilidad pública primariamente, ni perjudicial para conseguir la vida eterna, ni en detrimento de tercero, sino solamente con perjuicio del que jura. En esta atención será válida con juramento la donación entre el marido y muger, la que se haga de todos los bienes presentes prohibida por la ley 69 de Toro, la promisión de arras que esceda la décima parte de los bienes del marido, y en fin (omitiendo otras especies) el pacto ó transacción sobre los alimentos de futuro que se deben por última voluntad (núm. 26).

29. El miedo reverencial porque influyen el padre y el marido en el hijo y la muger, en atención á no ser tan grave que caiga en varón constante, según se requiere por derecho, no es suficiente para rescindir la enagenación que ésta haga de la cosa dotal, ni la renuncia de la futura sucesión paterna ó materna que aquel formalice con juramento á instancia de aquellos: mas sí será bastante el miedo que infundan el castigo ó las amenazas capitales y no leves, aunque el acto se ejecute después de un grande intervalo, como si la muger amenazada ó castigada por el marido consiente durante el matrimonio; lo cual también se verifica en el juez que infiere miedo á algun súbdito suyo, por presumirse durar todo el tiempo del oficio: y el acto con las cualidades dichas no puede dejar de rescindirse, por formalizarse en presencia del juez ó de los mas próximos parientes, pues ésta solamente grava á la muger, al hijo ó persona subordinada con el cargo de probar un miedo mas grave: siendo digno de advertir que si el padre, marido ú otra persona semejante sea demasadamente cruel y suela irritarse é inferir grave injuria á los que no obedecen sus preceptos, se rescinde el acto ó contrato como si hubiesen precedido amenazas ó castigo (núm. 27).

30. Con el motivo de haber hablado nuestro Autor de la incapacidad que tienen para contraer la muger y el menor, se estiende á mencionar otras muchas personas que se hallan con la misma incapacidad, sin embargo de ser ageno del presente capítulo. No puede contraer en primer lugar, así como no puede delinquir, toda persona que carezca de entendimiento, v. gr., el furioso, el mentecato, el frenético, el embriagado, el durmiente ú otra semejante, de tal suerte que no puede adquirir para sí ni hacer algun acto á su favor por el espresado defecto, no obstante que en el menor y otras personas inhábiles sucede lo contrario: ni se le puede dar valor al

acto ó contrato con el juramento, por faltarle en este caso los tres requisitos sustanciales del juicio, la verdad y la justicia; si bien es cierto que el furioso que tiene lúcidos intervalos, puede hacer en ellos cuanto una persona de perfecta capacidad, tenga ó no curador, porque si lo tiene, cesa y se suspende su administracion en los dichos intervalos, aunque continúe virtualmente el oficio, y del mismo modo que no puede contratar el embriagado, no puede tampoco el enamorado ó enamorada que se le equiparan (*núm.* 28).¹

31. Asimismo no puede contraer el mudo y sordo por naturaleza, mediante á que no puede conocer la naturaleza del acto para esprimirlo con señales, por lo cual debe proveersele de curador así como al demente: debiendo esto correr en el mudo y sordo por casualidad, siempre que no pueda con señas declarar su intencion, pues de lo contrario puede celebrar cualquiera especie de contrato ó cuasi contrato. De la voluntad por señas podrá constar, cuando teniendo el escribano ó notario conocida la cualidad de la persona, diese fé de haber conocido y percibido por ellas su consentimiento, ó cuando la diese de que los consanguíneos, vecinos ú otras personas que tambien tenian conocida la cualidad de la persona, le dijeron lo manifestado por ésta, ó cuando se prueba que hizo algunos actos, movimientos ó señales, v. gr., con los hombros, los brazos ó la cabeza declarando su ánimo (*núm.* 29).

32. Tampoco puede contraer ó cuasi contraer el que indiscreta é inconsideradamente consume su patrimonio, despues de preceder conocimiento de causa, citándolo para ella

¹ Esta sentencia debe despreciarse, á causa de que no se apoya ni en razon ni autoridad, y deberá verdaderamente entenderse en el caso de que el contrato se celebre con aquella que ha originado el excesivo amor [letra H]

como que es legítimo administrador de sus bienes, y se trata de un grave perjuicio suyo, despues de proveersele de curador, de prohibirle el juez el manejo de sus bienes y hacer pregonar públicamente que ninguno en lo sucesivo contraiga con él, por cuanto en este caso, á causa de su vicio, se presume carecer de entendimiento, y se equipara al pupilo y furioso: en cuyo supuesto no puede hacer testamento ni codicilos, no puede asimismo obligarse con juramento, y si resulta perjudicado del acto ó contrato en que su curador intervino, ha de ser restituido, gozando los pródigos de los mismos beneficios y privilegios que competen á los menores. Dije: *despues de preceder conocimiento de causa &c.*, porque antes de verificarse lo referido puede el pródigo sin embargo de que lo sea notorio, practicar todo aquello para que és inhábil posteriormente; y aunque lo notorio y la sentencia se equiparan, ésto procede en cuanto á la evidencia del hecho, mas no en cuanto á los efectos jurídicos; sin que sea de omitir que si á alguno se le prohíbe el manejo de sus bienes y se le da curador como á pródigo no lo siendo, valdrá la prohibicion hasta que el juez la revoque, por presumirse siempre en favor de la sentencia y decreto (*núms.* 30, 31 y 32, *leyes* 5, *tít.* 11, *part.* 5, 13, *tít.* 1, *part.* 6 y 25, *tít.* 12, *part.* 5).¹

33. Viviendo alguna muger lujuriosa y deshonestamente se le puede vedar por el juez la administracion de sus bienes, porque abusando de su persona, con mayor motivo abusará de aquellos; pero esta doctrina no se puede aplicar al varon que se porte con la misma conducta, por ser mas advertido y prudente en la distribucion de su patrimonio que una muger

¹ Dícese que el pródigo no puede consentir ni obligarse naturalmente cuando se trata de su daño, mas si se trata de su lucro, se dice lo contrario, y así no se le prohíbe estipular en su favor (*núm.* 31).

lujuriosa, aunque es cierto que puede ser privado de la legítima administración que tiene en los bienes de los hijos (n. 33).

34. Y últimamente no pueden contraer el tutor y curador con su pupilo y adulto, si no que lo hacen á las claras y con buena fe: el juez en su territorio con sus súbditos: el abogado con su litigante durante el pleito; ni el médico con el enfermo mientras durase la enfermedad (*dic. n. vers. Quinto y sigg., ley 4, tit. 5, part. 5, y ley 23, tit. 11, lib. 5 de la Recop.*).

CAPITULO XV.

De las servidumbres.

1. La servidumbre se divide en *mere personal en mere real y en mixta*. La mere personal es *aquella que se debe á la persona por la persona*, como cuando concede á otro por contrato ó última voluntad el señor de algun siervo cierta obra ó cierto ministerio, en que éste se ha de ocupar (n. 1). La servidumbre mere real es *la que se debe á la cosa por la cosa*, ya sea urbana, ya rústica (n. 19 al fin). Y la mixta es *aquella que se debe por la cosa á la persona*, v. gr., el usufructo, el uso, y la habitación. El usufructo se divide en *legal y en convencional*: el primero es *el que proviene de la disposición de la ley*, como el que tiene el padre en los bienes del hijo; y el segundo, *el que dimana de la disposición del hombre por contrato ó última voluntad* (*dic. n. 1*). También se divide el usufructo en *causal y formal*: el causal es *el que tiene cualquiera dueño en sus cosas no distinto ni separado de la propiedad*, aunque no se dice servidumbre, por no verificarse ésta en cosa propia, y si se llama cierta utilidad que proviene y se causa por la misma cosa, y su dominio (n. 2), y el usufructo formal, que por ser distinto y separado de la propiedad, se dice servidumbre personal ó mixta y pertenece á la

presente materia, *es un derecho de usar y disfrutar la cosa ajena sin deteriorarla* (n. 3).

2. El usufructo puede constituirse en cosas inmuebles y en muebles que no se consumen con el uso, en cuyo caso el usufructuario ha de dar fianzas de que disfrutará la cosa sin deteriorarla como un cuidadoso padre de familia, y de que la restituirá finalizado el usufructo; y aunque en el de los animales además de la leche y lana se comprenden sus fetos, no se contienen en el de la esclava sus partos, pues habiéndose destinado todas las cosas terrestres y los frutos para el hombre, es repugnante que éste se comprenda en aquellos. Asimismo se puede constituir el usufructo en las cosas que se consumen con el uso, y sin embargo de que en éstas no lo hay propiamente por ser forzoso enagenar su propiedad, con todo al tiempo de constituirse se tasa la estimación de las cosas de que consta, y se presta caución de restituirla concluido el usufructo (*dic. n. vers. et talis usufructus. Leyes 21 y 24, tit. 31. part. 3.*)¹

3. La dicha caución puede remitirse cuando el usufructo se constituye por contrato entre vivos, mas no si se constituye por última voluntad; y si el tal usufructuario es forastero ó tan pobre que no puede prestarla con fiadores, bastará la caución juratoria, á no ser persona sospechosa, porque entonces se depositará la cosa en algun tercero, para que por medio de éste perciba aquel los frutos, quedando segura la propiedad (*dic. n. vers. et adde quod*).

4. Por ser mere dividuo el usufructo puede concederse á

¹ Si las cosas que se consumen con el uso fueron estimadas, se ha de prestar la caución de restituir la misma estimación, y si no se estimaron, se halla obligado el usufructuario á darla de que restituirá otras cosas del mismo género y de la misma bondad (n. 4, vers. *Hæc autem cautio*).

lujuriosa, aunque es cierto que puede ser privado de la legítima administración que tiene en los bienes de los hijos (n. 33).

34. Y últimamente no pueden contraer el tutor y curador con su pupilo y adulto, si no que lo hacen á las claras y con buena fe: el juez en su territorio con sus súbditos: el abogado con su litigante durante el pleito; ni el médico con el enfermo mientras durase la enfermedad (*dic. n. vers. Quinto y sigg., ley 4, tit. 5, part. 5, y ley 23, tit. 11, lib. 5 de la Recop.*).

CAPITULO XV.

De las servidumbres.

1. La servidumbre se divide en *mere personal en mere real y en mixta*. La mere personal es *aquella que se debe á la persona por la persona*, como cuando concede á otro por contrato ó última voluntad el señor de algun siervo cierta obra ó cierto ministerio, en que éste se ha de ocupar (n. 1). La servidumbre mere real es *la que se debe á la cosa por la cosa*, ya sea urbana, ya rústica (n. 19 al fin). Y la mixta es *aquella que se debe por la cosa á la persona*, v. gr., el usufructo, el uso, y la habitación. El usufructo se divide en *legal y en convencional*: el primero es *el que proviene de la disposición de la ley*, como el que tiene el padre en los bienes del hijo; y el segundo, *el que dimana de la disposición del hombre por contrato ó última voluntad* (*dic. n. 1*). También se divide el usufructo en *causal y formal*: el causal es *el que tiene cualquiera dueño en sus cosas no distinto ni separado de la propiedad*, aunque no se dice servidumbre, por no verificarse ésta en cosa propia, y si se llama cierta utilidad que proviene y se causa por la misma cosa, y su dominio (n. 2), y el usufructo formal, que por ser distinto y separado de la propiedad, se dice servidumbre personal ó mixta y pertenece á la

presente materia, *es un derecho de usar y disfrutar la cosa ajena sin deteriorarla* (n. 3).

2. El usufructo puede constituirse en cosas inmuebles y en muebles que no se consumen con el uso, en cuyo caso el usufructuario ha de dar fianzas de que disfrutará la cosa sin deteriorarla como un cuidadoso padre de familia, y de que la restituirá finalizado el usufructo; y aunque en el de los animales además de la leche y lana se comprenden sus fetos, no se contienen en el de la esclava sus partos, pues habiéndose destinado todas las cosas terrestres y los frutos para el hombre, es repugnante que éste se comprenda en aquellos. Asimismo se puede constituir el usufructo en las cosas que se consumen con el uso, y sin embargo de que en éstas no lo hay propiamente por ser forzoso enagenar su propiedad, con todo al tiempo de constituirse se tasa la estimación de las cosas de que consta, y se presta caución de restituirla concluido el usufructo (*dic. n. vers. et talis usufructus. Leyes 21 y 24, tit. 31, part. 3.*)¹

3. La dicha caución puede remitirse cuando el usufructo se constituye por contrato entre vivos, mas no si se constituye por última voluntad; y si el tal usufructuario es forastero ó tan pobre que no puede prestarla con fiadores, bastará la caución juratoria, á no ser persona sospechosa, porque entonces se depositará la cosa en algun tercero, para que por medio de éste perciba aquel los frutos, quedando segura la propiedad (*dic. n. vers. et adde quod*).

4. Por ser mere dividuo el usufructo puede concederse á

¹ Si las cosas que se consumen con el uso fueron estimadas, se ha de prestar la caución de restituir la misma estimación, y si no se estimaron, se halla obligado el usufructuario á darla de que restituirá otras cosas del mismo género y de la misma bondad (n. 4, vers. *Hæc autem cautio*).

muchos; y todos concurrirán en él igualmente ó por las partes que se les asignen: pudiéndolo dividir entre sí los usufructuarios por ciertas partes, ó locarlo á algun tercero para que despues se divida el precio, ó á alguno de los socios con obligacion de dar á los demas la parte del precio correspondiente: siendo de notar que si á muchos se lega el usufructo por años alternativamente, le corresponde el primer año al que fué nombrado primeramente (núm. 4).

5. Dejando el testador á uno simplemente un fundo y á otro el usufructo de él, al primero pertenecerá toda la propiedad, concurriendo igualmente con el segundo en el usufructo como conjunto en la cosa: porque cuando á uno se lega una cosa íntegra y á otro alguna parte sustancial suya cual es el usufructo, no puede correr el axioma ó regla de que al género se deroga por la especie, segun corre legándose á uno generalmente, v. gr. los siervos, y á otro alguno de ellos ó legándose á Pedro una cosa íntegra y á Francisco una parte cuotitativa como la tercera ó la cuarta. Igualmente si el testador deja á Pedro todos sus bienes por institucion ú otro cualquiera título, y á Diego el usufructo ó por el contrario, á éste el usufructo de todos los bienes, y á aquel todos los bienes, pertenece á ambos el usufructo por partes iguales; pero si el testador instituye á uno en todos sus bienes y á otro deja el usufructo de cierta cosa, se le debe á éste *in solidum* aunque la propiedad pertenece al heredero; y al contrario si el testador lega á uno el usufructo de todos sus bienes y á otro deja una cosa particular, el primero no tiene parte en el usufructo de ésta y se debe al segundo plenamente (núm. 5).

6. El usufructuario se conceptúa cierto procurador en la cosa, y por este concepto tiene obligacion de cuidar de ella y atender en un todo á su utilidad, imputándosele de otra suerte el perjuicio que le resulte. En esta atencion el usufructua-

rio debe en nombre del propietario sin otro mandato intenten la accion reivindicatoria ú otra competente contra el poseedor ó detentador de la cosa, interrumpir la prescripcion y denunciar la nueva obra que se haga en la cosa (núm. 6).¹

7. Si el usufructo se constituye en animales, todas las cabezas principales han de quedar siempre salvas, y así muriendo alguna se ha de suplir de sus partos: bien que ésto acontece solamente en el usufructo de una manada ó rebaño de ganado, no en el que se concede de cada una de las cabezas, en cuyo caso no hay obligacion de suplir las que mueran: y ademas de lo espuesto se halla obligado el usufructuario á las cortas espensas y gastos de la cosa que consistan en su reparacion, y sean respectivas á alguna utilidad temporal y percepcion de los frutos, porque las espensas considerables que miran á la utilidad perpetua de la cosa pertenecen al propietario. De aquí es que reivindicando ó defendiendo en juicio el usufructuario la cosa que disfruta, no tiene obligacion de satisfacer los gastos necesarios, y si los satisface podrá recobrarlos del propietario, aunque ésto no tiene lugar en el padre, á quien corresponde el usufructo de los bienes del hijo, como ni en otro cualquiera que lo tenga por disposicion de ley, pues se halla obligado á los gastos del litigio (núm. 7).

8. Cuando se constituye el usufructo por contrato entre vivos, no puede ser reconvenido el usufructuario por las deudas que hubiese contraído anteriormente el propietario, mediante á que la obligacion personal no sigue al particular sucesor de la cosa, y por tanto se ha de reconvenir al mismo propietario ó á su heredero, vendiéndose, en caso de no tener

¹ Por la ley 4. tit. 31. part. 3, puede el usufructuario en su propio nombre denunciar la nueva obra, del mismo modo que puede parecer en juicio por lo respectivo al usufructo [n. 7].

para pagar, la cosa que se usufructúa; si se hallaba hipotecada al acreedor, con respecto á la propiedad y usufructo, y si no se hallaba, con respecto solo á la propiedad, á no ser que se pruebe fraude en el deudor enagenante: pero si el usufructo se deja por última voluntad, esté ó no hipotecada la cosa, puede ser reconvenido el usufructuario, porque únicamente valen los legados en lo que reste deducidas las deudas (núm. 8).¹

9. Así como la propiedad puede confiscarse, y en ella se puede hacer ejecución por cualquiera deuda, así también el propietario puede venderla sin el consentimiento del usufructuario, exceptuándose los casos en que el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo: ya porque aquel es legítimo administrador de éste, y del mismo modo que el menor no puede enagenar sin consentimiento del curador; tampoco el hijo sin licencia del padre; y ya porque éste en virtud de la patria potestad tiene un plenisimo derecho para gozar de los bienes del hijo, en tales términos que no tiene que dar cuentas, ni sus bienes se hallan obligados tácitamente al hijo (número 9); y de tal suerte es verdadero lo espuesto que no puede el tal hijo sin licencia del padre enagenar su propiedad, ni aun con juramento, por hallarse prohibida la enagenación

¹ Aunque el testador legue el usufructo de todos los bienes muebles é inmuebles, ó de alguna parte de ellos, se juzga este usufructuario legatario de cosa particular, y no se halla obligado á satisfacer deudas del testador, procediendo lo mismo en el usufructuario de la tercera ó cuarta parte de los bienes, por llamarse tales solamente los que quedan satisfechas las deudas contra el caudal; pero el usufructuario de la tercera ó cuarta parte de la herencia debe satisfacer las deudas con respecto á su parte: no debiendo ser reconvenido por los acreedores el usufructuario de todos los bienes, sino el heredero, quien les satisfará con las cosas hereditarias, y así en ellas se disminuirá el usufructo (núm. 9).

en favor de éste, sin que pueda estar pendiente y convalecer despues de su fallecimiento (núm. 10).

10. El hijo de familia constituido en la patria potestad puede á escepcion, del mútuo, obligarse eficazmente por cualquiera contrato ó cuasi contrato, y debe pagar, teniéndolos, de los bienes castrenses cuasi castrenses y adventicios, cuyo usufructo no pertenezca al padre, en los cuales se puede hacer ejecución por reputarse en ellos padre de familia; pero esto no puede correr en los bienes profecticios, en atención á ser del padre con pleno derecho, como ni tampoco en la propiedad de los bienes, en que el padre tiene el usufructo, porque prohibida su enagenación se conceptúa también prohibido todo acto por el que se procede á ella: pudiendo ponerse preso por deuda al hijo sino tiene bienes, como si fuese padre de familia (número 11, véase la ley 22, tit. 11, lib. 5, de la Recop.).

11. Además de lo referido si el hijo de familia comete algún delito por el que se le confiscan los bienes, no se comprende en la confiscación la propiedad de los bienes adventicios en que el padre tiene el usufructo, para que ni aun en este caso se le infiera perjuicio y pueda ser inquietado por un propietario extraño (núm. 12) mas si se contiene en la confiscación el peculio castrense ó cuasi castrense, por tener el hijo en él un pleno dominio y una absoluta administración (núm. 13).¹

12. Tampoco se confisca por el delito del hijo el peculio profecticio, por pertenecer en un todo al padre y tener aquel solo la administración, sin embargo de que ésta sea libre y absoluta, pues nunca se juzga concedida la facultad de enagenar: y aun lo que es mas, si el padre incurre en algún crimen,

¹ Es mas probable que estos peculios no se confiscan por el crimen del hijo, y que se aplican al padre para su consuelo, aun quedándole otro hijo [núm. 14].

por el que merece confiscacion de bienes, no se ha de confiscar el tal peculio, bien por el delito se pierda la patria potestad, bien suceda lo contrario; cuya opinion se funda en la esperanza con que se halla el hijo de suceder al padre, y en la prevencion que éste hizo entregándole el peculio (núm. 14).

13. Si el usufructuario enagena por título oneroso ó lucrativo el usufructo, lo pierde inmediatamente y se consolida con la propiedad, segun se halla dispuesto en odio del enagenante, por ser el usufructo un derecho tan personal ó coherente á la persona, que no puede transferirse á otra, mayormente cuando siendo anciano el usufructuario podria enagenar á un infante, auya muerte se miraria para el fin del usufructo en notable perjuicio del propietario; bien es verdad que si el usufructuario hace la enagenacion con la voluntad del propietario, es válida sin duda, y se juzga constituido un nuevo usufructo en la persona que adquiere, atendiéndose la muerte de éste y no la del enagenante; pero aunque no puede enagenar el usufructo, sí la comodidad y percepcion de los frutos por el tiempo de su vida, en cuyo acontecimiento el mismo derecho del usufructo formal continúa en el usufructuario, y por tanto espirará el usufructo con su muerte, y no con la del cesionario ó adquirente, el cual no se juzga procurador en la cosa, mediante á no tener el derecho del usufructo, ni se halla obligado á prestar caucion de usar de ella como un buen padre de familia; y últimamente no podrá intentar la accion confesoria ni algun remedio posesorio contra el que lo turbe ó despoje, á causa de no transferírsele posesion alguna (núm. 15, leyes 24 y 25, tit. 31, part. 3).¹ Y con ar-

¹ El Sr. Castillo [*in tractat. de usufruct. cap. 69*], defiende que el derecho del usufructo puede enagenarse, y que en el caso de que se enagene no se entiende constituido un nuevo usufructo, mediante á que tan solo se ena-

reglo á la doctrina espuesta si el padre que tiene algun usufructo en los bienes del hijo, ú otro cualquiera usufructuario comete delito por el que se incurra en confiscacion, se confiscará el usufructo por el tiempo que viva el reo condenado con respecto á la comodidad y percepcion de los frutos (núm. 16).

14. Acábase el usufructo con la muerte del usufructuario, ya porque es un derecho personal, y ya porque si pasara á sus herederos, seria para siempre inútil la propiedad (núm. 17, ley 25, tit. 31, part. 3). Por esta razon aunque las partes espresen que pase á los herederos, solo pasará á los primeros y no á los demas; y si el usufructo se concede á alguna ciudad, iglesia ó lugar pío, durará únicamente cien años, no perpetuamente como dura el legado anual dejado á los mismos, á causa de que ninguna propiedad llegará á ser inútil. Asimismo en consideracion de lo espuesto no puede concederse el usufructo para cuando el usufructuario muera, ó para despues de su muerte, pues ninguna disposicion se debe conferir para un tiempo en que debe espirar, y así como el usufructo constituido se finaliza con la muerte, así tambien la accion personal que compete por él antes que se constituya realmente. Tambien se acaba el usufructo si el usufructuario es condenado á muerte natural, y no se ejecuta la sentencia por su fuga (núm. 18, ley penult. tit. 1, part. 3).¹

gena el mismo derecho que competia al usufructuario y se limita por la vida de éste; pero asegura que el usufructuario no puede ceder el usufructo á persona estraña, aunque sí concederlo por otro título, porque la cesion es una renuncia total que no puede verificarse en nuestro caso, á causa de ser el usufructo una servidumbre coherente á la persona; bien que si la cesion interviniere de hecho seria inútil, y por ella no incurriria el usufructuario en la pena de perder el usufructo [núm. 16, vers. *Sed contrariam*].

¹ En lugar de las penas por las que antiguamente se verificaban las máximas y medias disminuciones capitales, se han subrogado otras como la remision para siempre á una isla, la condenacion á una perpetua cárcel y

15. Consolidándose el usufructo con la propiedad se dice adquirirse por título lucrativo, sin embargo de que el original título de ésta fuese oneroso; bien es verdad que si el marido al tiempo de contraer matrimonio tenía la nuda propiedad de alguna cosa, y despues durante éste se consolida con el usufructo, no podrá la muger en virtud de que por leyes reales le pertenece la mitad de los lucros adquiridos durante el matrimonio, pedir la mitad del usufructo ó de su estimacion, porque se juzga adquirido por el título que se adquirió la propiedad (núm. 19).¹

16. La promesa de la servidumbre y la accion personal que compete para compeler al promitente á su entrega, es muy diversa de la servidumbre realmente constituida y entregada, que es la que con propiedad se llama servidumbre, por no transferirse hasta entonces su derecho real, en aten-

otras semejantes (núm. 19, vers. *Nostrum Gomez. Acerca de si por la máxima ó media disminucion capital del usufructuario se estingue ó no el usufructo, ocurriendo el caso puede verse á nuestro Autor en el núm. 18 de este cap. vers. Secundo y en el 14, cap. 11. tom. 2; al Aillon en die. vers. y á los que éste cita, y la ley 24, lít. 31, part. 3).*

¹ Sin embargo de que muchos graves AA. citados por el Aillon (núm. 20), opinan tambien que consolidándose el usufructo con la propiedad adquirida antes por título oneroso, se conceptúa haberse adquirido aquel por título lucrativo, calificó con su venia de infundada esta sentencia. Consiste la principal razon (omitiendo otras por no dilatarme) en que si alguno compra la propiedad, atendiendo á que ésta por sí sola es inútil, ha de conceptuarse que compra asimismo el usufructo para el tiempo en que deba consolidarse segun derecho ó segun la convencion que haya habido anteriormente, y por consecuencia que se adquiere el usufructo en este caso por el mismo título que se adquirió la propiedad. Además las razones y autoridades con que prueba nuestro Gomez no pertenecerle á la muger en la especie que propone, la mitad del usufructo ó su estimacion, favorecen mi sentir.

cion á que del mismo modo que en las cosas corporales no se adquiere dominio sin tradicion, en las servidumbres y derechos incorporales sin ella ningun derecho real se consigue: bajo cuyo supuesto el acreedor á la servidumbre prometida antes que se le constituya realmente, no podrá intentar la accion confesoria ni algun interdicto ó remedio posesorio, si otro lo turba ó molesta: y si por ventura enagena el fundo en cuyo favor se hizo la promesa, carece de facultades el sucesor particular para obligar al que debe la servidumbre á que se la entregue, á no ser que el acreedor al tiempo que enagena el fundo ceda la accion que le compete por la servidumbre, pues el particular sucesor de la cosa, en virtud de la cesion, puede solicitar que se le constituya: bastando la cesion general que ponen los escribanos en los instrumentos, es á saber, que cede todo el derecho real ó personal que le compete en la cosa. Y por el contrario, si el deudor de la servidumbre enagena el fundo sobre que se impuso, no puede ser compelido el que lo adquirió á constituir la realmente, porque las acciones y obligaciones personales no pasan, ni *activé* ni *passivé* al particular sucesor de la cosa; aunque se hayan causado con respecto á ella, como si alguno promete á otro ciento de tal fundo ó cosa (núm. 20, núm. 21, vers. *Et si queras hasta el vers. Et ex illo, y núm. 22, vers. Secundus principalis*).

17. La tradicion en las servidumbres mediante la cual se adquiere el derecho real de ellas y su posesion, se hace con la introduccion del acreedor en el fundo sirviente interviniendo la voluntad del señor constituyente, sin que ésto pueda extrañarse en nuestro derecho, cuando vemos muchas veces que por la aprehension y tradicion de una cosa, se obtiene el derecho y posesion de otra muy diversa. Así pues se juzga hecha la tradicion de la cosa aunque esté ausente, con la entrega del instrumento, como asimismo con la tradicion de las

llaves se consigue el dominio y posesion de las cosas que se hallan bajo su custodia. Tambien se obtiene el derecho real y la posesion de la servidumbre por la cuasi tradicion de su uso y ejercicio con título, ciencia y paciencia del señor del prédio serviente, y si no interviene título del dueño, usándose solo de la servidumbre con su ciencia y paciencia, se podrá prescribir en el tiempo legítimo ordinario, mediante á que tratándose en tal prescripcion de un corto perjuicio, no se requiere título alguno. El fundamento de requerirse en ambos casos la ciencia del dueño consiste, en el primero, porque cuando el acreedor tiene título y usa de la servidumbre sin noticia del señor, no se puede conceptuar que éste la entrega por hallarse ignorante; y en el segundo, porque poseyendo el dueño plenamente la cosa, no se puede calificar de negligente, si ignorándolo él se usa de cierta servidumbre, y por tanto se exige su ciencia (núm. 23).

18. Si la cosa ó fundo no se posee por el verdadero dueño sino por un tercero, y el que trata de prescribir la servidumbre tiene título de éste, es suficiente la cuasi posesion que se tenga del tercero por la introduccion en el fundo ó por el uso con su ciencia y paciencia: debiéndose inferir de lo espuesto que en las servidumbres y derechos incorporales se dá cuasi posesion civil y cuasi posesion natural. La primera es la que se retiene en el ánimo sin algun acto ó ejercicio; y la segunda la que se tiene mientras se ejerce algun acto de la servidumbre; y no es de omitir que lo antedicho tiene lugar en la servidumbre que se debe por contrato, pues de la que se deja por última voluntad adquiere inmediatamente el legatario el derecho real sin cuasi tradicion alguna. Tampoco es de omitir que la posesion adquirida en las cosas incorporales no es verdadera y propia como la que se tiene en las corporales; y así se dice posesion impropia ó cuasi posesion, á causa de

que aquellas no pueden aprehenderse naturalmente (*dic. núm. vers. Ex quibus infero*).

19. La servidumbre mista como el usufructo se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, teniendo buena fé y título del que no es dueño, y faltando la circunstancia del título se prescribe por treinta años, segun sucede en las cosas inmuebles. No obsta que el usufructuario tan solo tiene una posesion natural en la cosa ó fundo, y carece de la posesion civil indispensable en toda prescripcion, porque ademas de aquella que no causa la prescripcion, tiene en el mismo derecho real del usufructo una cuasi posesion natural y civil, mediante la cual se prescribe no solamente el usufructo sino tambien todos los derechos incorporales, y las servidumbres continuas, sin embargo de que por éstas y aquellos no se obtiene ni aun posesion natural en los fundos. Tambien en virtud de la dicha cuasi posesion civil que se retiene con el ánimo, se prescribirá la jurisdiccion en ageno territorio por el mismo tiempo que el usufructo, interviniendo los requisitos que espresamos al principio de este número (núm. 25).

20. Asimismo se prescribe por diez y veinte años la servidumbre mere real continua ó cuasi continua, como la de acueducto, la de estilicidio, y la de agujerear la pared del vecino para abrir ventana ó meter viga, habiendo buena fé; y aunque no se requiere título por tratarse de poco perjuicio, sí se exige la ciencia y paciencia del contrario contra quien se prescribe, pues por ésta se causa la cuasi posesion en las cosas incorporales de la que resulta la prescripcion; á no ser que intervenga título del que no es señor, en cuyo caso para prescribir la servidumbre continua, cuasi continua y discontinua, bastan los diez y veinte años con buena fé, segun acontece en las cosas corporales inmuebles (núm. 26 y núm. 27, *vers. Advertendum tamen, ley 16, tit. 31, part. 3*); mas faltando título,

la servidumbre real mere discontinua, como la de senda, guía ó camino, no se prescribe por el tiempo ordinario sino por el inmemorial, aunque no tuviese ciencia el contrario, mediante á que la posesion de aquella no puede ser continua y se interrumpe frecuentemente; bien es verdad que la prescripcion inmemorial no se dice propiamente prescripcion, por presumirse título ó concesion del contrario en virtud de haber corrido tanto tiempo (*núm. 27, ley 16 ya citada*).

21. En las servidumbres reales continuas ó euasi continuas afirmativas, que son *aquellas por las cuales el acreedor intenta hacer alguna cosa en lo ajeno por derecho de servidumbre*, como las mencionadas de acueducto &c., principia á correr la prescripcion desde el tiempo que se empieza á usar de ellas; pero en las negativas, v. gr., en la servidumbre de no edificar, no principia á correr sino desde el tiempo que intervino prohibicion con buena fé de parte del que prescribe contra el vecino que queria edificar: en cuya atencion si no se edifica en alguna casa por el dilatado tiempo de diez años, y posteriormente el señor intenta edificar, podrá con licitud hacerlo, si no que intervino la dicha prohibicion, habiendo corrido despues de ella diez años entre presentes y veinte entre ausentes; pues de otra suerte no se juzga haber intervenido algun acto por el que se adquiriera la posesion y la prescripcion se verifique (*dic. n. vers. Item adde quod.*).

22. El considerable intervalo que media entre unos y otros actos en las servidumbres discontinuas, y el poco ejercicio de ellas, suministran el fundamento para que solo se prescriban por tiempo inmemorial (*dic. n. vers. Concludens solutio.*).

23. Para conclusion de este capítulo, y complemento de la presente materia, es de notar, que aunque para adquirir dominio en alguna cosa, servidumbre ú otro derecho incorporal, sea indispensable la tradicion, el uso ó ejercicio segun queda

referido, no se requiere la adquisicion de posesion de la misma cosa, y basta su simple aprehension. Esto se verifica cuando alguno enajena á otro un fundo propio cuya posesion se halla en un tercero, ó le constituye servidumbre en él, y lo introduce presente, ó ausente el tercero en el mismo fundo; pues entonces adquiere su dominio ó el derecho de servidumbre, no obstante que la posesion no se adquiriera por tenerla ocupada el tercero. Fúndase acaso lo espuesto en que antiguamente por derecho natural se adquiria el dominio tan solo en virtud de la aprehension y nuda detentacion, no conociéndose alguna posesion jurídica; y aunque hoy para adquirir el dominio de las cosas no vacantes se exija título y tradicion, debe ésta entenderse nuda, ó una detentacion de hecho como antiguamente, por no encontrarse en este particular derogacion alguna: de cuyo fundamento y sentencia se colige, y que si mediante título se entrega alguna cosa asimismo se dá su posesion, se conseguirá el dominio por el título y simple entrega, y no por la misma posesion (*núm. 28*).



PARTE TERCERA.

DE LOS DELITOS.

CAPITULO PRIMERO.

De varios géneros y especies de delitos.

1. Habiéndose hablado de las últimas voluntades y contratos, resta tratar de los delitos. Estos son públicos ó privados: los primeros son *aquellos cuya acusacion pertenece á cualquiera del pueblo*. Se refieren á esta clase los que miran principalmente la ofensa de Dios, como la blasfemia (que segun la *ley 5, tit. 4, lib. 8 de la Recop.*, se castiga por la primera vez con un mes continuo de cárcel y prisiones, por la segunda con seis meses de destierro y mil maravedís; y por la tercera, con enclavar la lengua del delincuente, esceptuando al que sea de dignidad ó calidad, al cual se duplica la segunda pena), porque lo que se hace en ofensa suya se hace en ofensa de todos (*núms. 1, 2 y 3*) los que se cometen contra el príncipe; y finalmente, los que se ejecutan contra alguna persona privada, siempre que se halle establecido por la ley que sean públicos,

como el homicidio, adulterio, falsedad, fuerza ó violencia, y otros espesos en la *ley 1 de public. judic. (núm. 4)*. Los segundos son *aquellos en los cuales solamente puede acusar el ofendido, bien se intente la accion civil, bien la criminal*. Juzgándose en caso de duda de esta especie todo el que se comete contra el privado, aunque por él se imponga la pena capital (*núm. 9*).¹

2. La acusacion de cualquiera delito, bien sea público, bien privado, se prescribe por el término de 20 años, cuando no hay ley que disponga lo contrario: sucediendo lo mismo en el oficio del juez, que dura siempre tanto como la acusacion, por ocupar el lugar de ésta (*núms. 5 y 6, ley 5, tit. 7, part. 7*). Y en tanto es verdadero lo espuesto, que si el ofendido es menor, no puede ser restituido contra el lapso de dicho término, segun debe decirse, pasado que sea el tiempo que le fué concedido por la ley ó por el juez para probar contra el reo acusado, ó hecha la publicacion de probanza, en cuya supuesto la *ley 3, tit. 8, lib. 4 de la Recop.*, que establece sea restituido el menor, que ninguna prueba hizo en el término que le fué concedido ni en otro alguno, ha de tener lugar en las causas civiles, y no en las criminales (*núm. 7*):² y aunque no haya corrido todo el término de la prescripcion, si despues de cometi-

1 Están discordes los AA. en la definicion de los delitos públicos y privados. El Carleval dice, que los primeros son aquellos por los que primariamente se ofende á la república, y secundariamente al privado, y los segundos por el contrario, como v. gr., el hurto (*de Judic. tit. 1, disp. 2, q. 7, sect. 2*).

2 Es mas verdadera la opinion del Parladorio, que lleva (*lib. 2, Res. quot. cap. 11, ex n. 5*) goza el menor del beneficio de la restitucion contra el lapso del término probatorio en las causas criminales, fundado en que solamente no le compete el dicho beneficio, cuando la ley especialmente lo excluye, la cual falta en este caso. (*Véase la Cur. Philip. part. 3, § 15, número 8*).

do el crimen pasó mucho tiempo ó un grande intervalo, no se ha de castigar al delincuente con la pena ordinaria, sino con otra menor; pero esto se entiende en el delito no reiterable, pues si lo es, mas bien ha de aumentarse la pena; y tambien se entiende cuando el reo despues del crimen no fué acusado, ni contra él se procedió, no si se practicaron estas diligencias, y por su ausencia no pudo imponérsele la pena (*núm. 8*).

3. Sin embargo que en los delitos privados únicamente compete la acusacion al ofendido, está obligado el juez á inquirir y proceder de oficio, pudiendo nombrar un fiscal que acuse, é imponer la pena ordinaria del delito, en el caso que la persona injuriada no quiera ó no pueda acusar, ó se desista de la acusacion, porque como de cualquiera crimen nacen dos ofensas, una á la parte y otra á la República, aunque aquella no acuse, debe el juez de oficio proceder por la injuria de ésta, á cuya paz y quietud conviene que los delitos no queden sin el castigo que corresponde (*n. 10, ley pen. tit. 1, part. 7, leyes 3 y 4, tit. 17, part. 3*).¹

4. En las causas criminales, asi por el acusador como por el reo, no se ha de admitir procurador, siempre que por el delito, ó público ó privado, pueda imponerse pena corporal ó de perpetuo destierro, y el reo no se halle preso, siendo de lo contrario nulo el proceso, aunque la parte contraria no ponga la escepcion correspondiente: si bien es cierto que en cualquiera causa puede el reo apelar por procurador, y el tutor ó curador de algun menor acusar la injuria de éste ó de los suyos, y defenderlo de toda acusacion que contra él se formalice

1 Solamente cuando se ofrezca algun caso en el que por su calidad conenga proceder de oficio, y que haya fiscal, pueden las justicias ordinarias poner y criar un promotor fiscal, para que prosiga y fenezca dicha causa y no mas [*ley 14, tit. 13, lib. 2 de la Recop.*]

(núms. 12, 13, 14, 15 y 16, leyes 6, tit. 1, part. 7 y 12, tit. 5, part. 3).¹

5. Si el que formalizó la acusacion no la prosigue, hay causa justísima para que el juez le señale término en el que siga el pleito; y procediendo el juez de oficio, ó á instancia del fiscal por él nombrado, ó de alguna persona estraña, debe requerir al ofendido, ó á los que pueden acusar siguiendo la injuria de los suyos, señalándoles término para que dentro de él declaren si quieren ó no acusar, porque si pendiente la inquisicion ó primera acusacion compareciere alguno de los expresados, seria preferido: lo cual se entiende compareciendo antes de la sentencia, ó por mejor decir, antes de la publicacion de probanzas y no despues, á escepcion del caso en que haga constar algun prevaricato ú otra justa causa, pues entonces deberá ser admitido aun despues de la sentencia (n. 22, ley 17, tit. 1, part. 7), siendo digno de advertir, que el término señalado para el dicho efecto es perentorio, y así hasta una sola monicion (n. 24, ley pen. tit. 2, part. 3).

6. Si el citado comparece despues del término que se asignó por el juez, deberá sin embargo ser admitido, como el juez no haya pronunciado sentencia interlocutoria, en la cual lo declara por no parte, y manda que no sea oido, ó no espresase en el auto en que señaló el término, que si dentro de él no comparece, no sea admitido, de cuyas sentencias se puede

¹ En la práctica el acusador se admite por procurador [núm. 13], y aunque varios AA. afirman que deben admitirse el defensor y escusador por el ausente, nunca lo ví practicar sino para esponer las causas de la ausencia ó enfermedad [*dic. n. vers. An autem pro absente*]; así como tampoco vemos que algun reo sea oido por procurador en ningun género de causas, á no ser que se presente ó se halle preso; en cuyo caso, aun en las causas que puede imponerse pena capital, se observa frecuentemente que se oye al reo por proeurador [núm. 14].

apelar, no observándose lo espuesto, porque aunque sean interlocutorias, tienen fuerza de definitivas, mediante á ser irreparables, pero no se admitirá el acusador estraño, una vez que el juez haya procedido de oficio contra el reo, pues subrogándose el oficio del juez en lugar de la acusacion, y siendo de igual virtud, es de mejor condicion el que ocupa el juicio (*dic. núm. 22 vers. Accusator vero extraneus, y núm. 25*).

7. Ninguno puede ser compelido á acusar, así como ninguno puede tampoco ser precisado á intentar alguna accion; pero precediendo difamacion muy bien podrá el difamado deducir en juicio el remedio de la ley *Difamari, Cod. de ingen. et manum.* con la que concuerda la ley pen. tit. 2, part. 3, para que el difamante formalice la acusacion en el término que el juez señalase, imponiéndosele de lo contrario perpetuo silencio, pues aunque las citadas leyes hablan solamente del que difama á otro con respecto á su libertad, por la interpretacion fundada de los AA. se ha estendido á todos los casos y causas así civiles como criminales (nn. 17, 18 y 23 al principio).

8. Y no tan solo puede valerse el reo del espuesto remedio, sino que tambien cuando le compete alguna escepcion, como que cometió el delito por su propia defensa, que no era digno de castigo, ó que en aquel tiempo era menor; puede pedir que se examinen testigos para perpetua memoria de lo acaecido, aunque no se tema la muerte ó ausencia de ellos: cuyo remedio igualmente tiene lugar en las causas civiles, si el que ha de demandar es negligente en hacerlo; y aun lo que es mas, compitiendo alguna escepcion, sin embargo de que no preceda difamacion, puede el reo provocar al actor á juicio, implorando el oficio del juez para que se declare que le compete tal escepcion, y al actor se imponga perpetuo silencio. Y no obstante que el actor en las causas civiles puede solicitar que se examinen testigos para perpetua memoria del he-

cho, si se espera verosíblemente su muerte y ausencia, no puede hacerlo el acusador en las causas criminales, porque en ellas las pruebas han de ser muy claras, y cesa el favor en la ejecución de las penas (*núms. 19, 20 y 21 ley 2, tit. 16 part. 3*).

9. Si habiendo el juez procedido de oficio, absolvió al reo definitivamente, no debe proceder otra vez contra él, ni de oficio ni á instancia de acusador extraño, sino que hubo prevaricato de parte del primer acusador, del juez, del escribano ó testigos, que puede probarse por presunciones y conjeturas; pero aunque no lo haya habido, como el acusador sea propio, ha de ser admitido siempre que hubiese estado impedido legítimamente, ó jurase no haber llegado á su noticia la causa (*núm. 26, ley 12, tit. 1, part. 7*).

10. Mas habiendo sido condenado definitivamente, ni aun por persona propia que siga su injuria ó de los suyos, puede ser acusado segunda vez: y en tanto es ésto verdad, que pronunciada la sentencia condenatoria, bien se haya ó no ejecutado, aunque se hubiese omitido en la primera acusacion alguna cualidad que agrave el delito, y de consiguiente su pena, no se puede en virtud de ella formalizar segunda acusacion; pues como el delito fué primeramente deducido en juicio, y por él impuesta la pena condigna, la cualidad que de nuevo se deduce ha de conceptuarse estinguida, mediante á no tener sugeto en que pueda subsistir, y por tanto es imposible que se deduzca en juicio por sí sola; bien que si la segunda acusacion se formaliza con la cualidad referida antes de la pronunciacion de la sentencia, ha de ser preferida á la primera en que se omitió, por ser mas grave, y comprender todas las circunstancias del delito (*núm. 27*)¹

1 Si la nueva cualidad diversifica el delito, como si se acusó el homicidio sin la circunstancia del parricidio, no hay prohibicion de que se acuse segunda vez el absuelto ó condenado por el homicidio, mas si la nueva

11. Supuesto que en los delitos públicos puede cualquiera del pueblo ser acusador, se duda si deberá éste ser vecino del pueblo en el que se cometió el delito, ó si tambien podrá admitirse el de otro pueblo diferente, pero ésto último debemos seguir, en atencion á que las leyes hablan indistintamente, y á todos es concedida la facultad de acusar por favor público, no hallándose por derecho prohibidos, entre los cuales no se numera el forastero. No obsta que edificándose en sitio público de alguna ciudad ó villa, únicamente sus vecinos pueden denunciar el edificio: pues esto sucede por ser la obra nueva perjudicial tan solo á aquellos, cuando el delincuente puede perjudicar á cualquiera república y á cualquiera de sus individuos, y así á todos interesa su castigo. Por este motivo se halla igualmente dispuesto, que si se edifica en camino público, todos sin distincion puedan denunciar la nueva obra (*núm. 28*).

12. El acusar es meritorio, así en los extraños, como en los propios, siempre que á ello estimule únicamente el celo de la justicia, y el bien público que resulta de castigarse los crímenes; mas siendo incentivo en la acusacion el ódio y deseo de vengarse, se incurre en pecado, porque en el fuero de la conciencia todos están obligados á remitir la injuria y deterrar el aborrecimiento que causa, y no á dejar de intentar por el celo de la justicia la accion que nace del delito (*número 29*).

13. La acusacion del delito público ó privado es un derecho que compete á la parte para pedir por la vindieta públi-

cualidad no constituye crimen diferente, aunque agrave la pena no se permite la segunda acusacion, por lo que el absuelto ó condenado por la herida no podrá ser molestado segunda vez, por la debilitacion del miembro que resultó de aquella (*núm. 28*).

ca; y se diferencia de la acción que en lo civil compete á la parte proveniente del contrato ú obligación, como asimismo del oficio noble del juez, mediante el cual puede proceder por inquisición, y ejecutar las sentencias dadas (núm. 30).

14. Todas las personas pueden acusar por delito público á escepcion de las prohibidas, que son la muger, el menor, el infame, el soldado y otras muchas que se espresan en la ley 2, tit. 1, part. 7, aunque todas estas pueden muy bien acusar su injuria ó de los suyos (núms. 31 y 32).

15. Solamente puede el clérigo acusar al lego ante el juez secular por injuria que á él se haga ó á su iglesia; porque si aun en este caso no pudiese hacerlo el clérigo, delinquiría mucho contra él el lego: y en el caso que por el delito pueda imponerse pena de sangre, debe protestar que el juez no proceda á ella, para que si por ventura se impone en atención á que el juez sin embargo de la protestación puede imponer la pena ordinaria y competente, no incurra en irregularidad (núm. 33).

16. Entre los acusadores que siguen la injuria de los suyos, se numeran la muger por la ofensa hecha al marido y todos los consanguíneos hasta el cuarto grado, segun se espresa en las leyes 2 y 26, tit. 1, part. 7, y se infiere de la ley 11, tit. 16, part. 3, en la cual se establece que ninguno sea obligado á declarar contra la persona conjunta dentro del cuarto grado (núms. 32 y 34).

17. Concurriendo muchos estraños á acusar, si con ninguno se ha contestado el pleito, elegirá el juez el que le parezca mas idóneo por razon de su dignidad, persona, edad, arreglada vida, ó de otra justa causa; pero si entre los acusadores se halla alguno propio, indistintamente ha de ser preferido, por ser mas interesado: y si concurren muchos acusadores propios en desigual grado, ha de elegirse por el juez el mas

próximo: debiendo admitirse todos si se hallan en igual grado, á no ser que con alguno de ellos se haya contestado la causa (núm. 35, ley 13, tit. 1, part. 3).

18. Si el acusador despues de propuesta la acusación muere, ó se aparta de ella por transacción que haga con el reo en los casos que sin embargo de esta puede otro admitirse; ó finalmente si por otro cualquiera causa no la sigue, puede otro acusador ó el juez de oficio proseguirla, aunque sea despues de treinta dias, segun se practica por favor de la república y evitar diligencias inútiles (núms. 36 y 37).

19. En el caso que por un delito se impone una sola pena, aunque se halle establecida por muchas leyes, no puede el delincuente ser acusado ni castigado mas de una sola vez; y lo mismo sucede estableciéndose diversas penas por muchas leyes, si consta espresa ó tácitamente por presunciones que alguna de éstas que impone solamente una pena, corrige las demas: porque si constase que las leyes quieren que todas las penas tengan lugar, no pueden menos de imponerse; pero si no aparece cuál de las leyes corrija ó sea corregida, sin embargo de que conste de su anterioridad ó posterioridad, queda al arbitrio del juez la pena que ha de imponerse, atendida la calidad del negocio, como si las penas se hubiesen establecido alternativamente, en cuyo caso sin duda tiene el juez la elección; cuya doctrina debe correr no tan solo procediendo el juez de oficio, sino tambien á instancia de acusador, bien pida éste simplemente que al reo se impongan las penas establecidas por derecho, bien pida que se le imponga la pena menor; porque la facultad dada al juez por la ley formalizada la acusación no puede conferirse por la parte, y porque en las causas criminales no se requiere que la sentencia sea conforme al libelo, pudiendo el juez condenar en mas de lo que se haya pedido (núms. 38 y 39).

20. Tocante á lo dicho debe notarse, que cuando una ley real impone alguna pena no condigna al delito, v. gr., pena pecuniaria por un crimen que la merece corporal, y tal se halla impuesta por otra ley del derecho comun, se entiende que quiso acumular ambas penas; pero si la pena impuesta por la ley real es condigna al delito, se conceptúa corregida la ley romana que establece otra pena diferente, aunque de ningun modo conste de su correccion, conforme á la ley 1 de Toro, que dice espresamente se observe en la decision de las causas el órden que en ella se dispone: debiendo tener lugar la eleccion del juez, de que hemos hablado, cuando en nuestro derecho no se halla decidido el caso, y es necesario ocurrir al romano, ó cuando de diversas leyes se ignore cuál corrija ó sea corregida. (*dic. num. 39, vers. Ea quibus ego*).

21. Por la pena que en el fuero penitencial impone el confesor al delincuente, aunque sea pública y grave, no se estingue la que puede imponerse en el fuero exterior judicial, secular ó eclesiástico; porque aquella es para satisfacer á Dios y á su alma, y ésta se dirige al castigo corporal por la vindicta pública. Del mismo modo si la pena eclesiástica es medicinal, como la excomunion, ó preparatoria para la secular, como si el reo convencido de algun gravísimo crimen, se degrada por el juez eclesiástico y se entrega al brazo secular, tampoco por aquella se estingue ésta. Igualmente se verifica lo espuesto en los delitos de mixto fuero atroces y enormísimos, en los cuales no se puede imponer por el juez eclesiástico la pena competente, pues sin embargo de que haya condenado al reo judicialmente, se puede éste despues aprehender y castigar con la pena ordinaria por el juez lego, porque cuando por defecto de jurisdiccion no puede imponerse la pena correspondiente al delito, impuesta la menor, se recurre á otro juez que pueda condenar al reo en la pena condigna: y

con mayor motivo podrá el juez secular castigar al delincuente, hallándolo culpado, si en un todo hubiese sido absuelto por el eclesiástico; pero siendo el reo castigado primeramente por el secular, no podrá castigarse segunda vez por el eclesiástico, en atencion á que la pena que aquel imponga se conceptúa competente y mas grave por la cualidad de su jurisdiccion (*num. 40*).¹

22. Delito notorio es el que se comete en presencia de todo el pueblo ó de la mayor parte, ó de cierto número de personas, que se deja al arbitrio del juez, atendida la cualidad del lugar y tiempo. En este delito sin escepcion puede siempre el juez proceder de oficio, y si interviene acusador no se requiere libelo, contestacion, juramento de calunnia, ni otra solemnidad de acusacion. La citacion sí se exige para que el reo sea oido y se defienda, á no ser que de la dilacion ó tardanza resulte escándalo ó perjuicio á la república; porque entonces, ni ha de ser citado ni oido. Tambien se requiere, que sin solemnidad ni órden jurídico se pruebe el delito, á lo menos por dos testigos que depongan su comision, esencia y notoriedad, refiriendo las circunstancias con que ésta se acredite, mediante á que cuando la ley se funda en alguna cualidad, ante todo debe constar de ella. Y últimamente se requiere la pronunciacion de la sentencia, aunque no sea escrita, ni tenga alguna otra solemnidad de derecho (*núms. 41, 42, 43, 44 y 45*).²

1 Cuando otro juez procede en la causa, porque el primero no impuso la pena correspondiente, se ha de tener en consideracion la primera pena en la imposicion de la segunda, para que el reo no sea castigado mas de lo justo [*núm. 41, vers. Quod in delicto*].

2 Por la ley 3, *tít. 10, lib. 4, de la Recop.*, indistintamente puede proceder ésto contra el ausente por cualquiera crimen; y así no es este particular en el delito notorio, segun nota el Autor *al fin del núm. 42*.

23. No puede el juez ser recusado en este delito notorio cuando la pena que por él se impone se halla determinada en el derecho, porque entonces no puede gravar á la parte; mas no siendo así, ha de admitirse la recusacion (núm. 46). Y puede el juez tambien proceder y ejecutar sin embargo de apelacion, siempre que en la sentencia aparezca que condenó al reo por delito notorio, no si lo condenó simplemente como á otro cualquiera criminoso, aunque si el condenado apela, puede el juez *ad quem* inhibir al juez *á quo* para que no ejecute la sentencia, ya denegase la apelacion espresa, ya tácitamente (número 47).

24. Asimismo es delito notorio el que se comete en presencia del juez estando en su tribunal, tanto por hallarse éste presente, quanto por hallarse además otros que han de concurrir; y en este crimen no se requiere prueba, deposicion de testigos, proceso, ni otra solemnidad, é inmediatamente puede el juez castigar al delincente, aunque siempre será mas seguro admitir pruebas, para que nada pueda imputársele, y porque acaso el reo cometió el delito en su defensa, mayormente cuando en breve tiempo se pueden recibir (núm. 48, *ley fin. tit. 16, part. 3*).

25. Cuando el juez hace una inquisicion general de todos los delitos, ó de algun delito en género, y encuentra alguna persona culpada, puede inquirir particularmente acerca de ella, y probado el delito condenarla: pero no puede hacer inquisicion particular contra cierta persona, á no ser que precedan fama, indicios ó presunciones contra ella, para que ninguno sea difamado sin culpa; y si los jueces practican lo contrario, á lo menos estarán obligados á la satisfaccion de las espensas, sobre las cuales podrán ser reconvenidos en las residencias (núm. 49, *al princip. y en el vers. Nono*).

26. Inquiriendo el juez de oficio, si resultare alguna prue-

ba, se prenderá al reo, y el juez le recibirá su confesion, dándole despues copia de la inquisicion, y señalándole término de prueba á su arbitrio, dentro del cual tambien el juez hará se presenten los testigos recibidos en la sumaria, para que se ratifiquen en sus declaraciones citada la parte, y podrá hacer se presenten otros diferentes, mandando se haga publicacion de probanzas pasado el término probatorio, y que se dé traslado al reo de éstas, á fin de que pueda esponer contra ellas lo que tenga por conveniente ú otra justa defensa: y finalmente se concluirá en la causa, pronunciando posteriormente sentencia interlocutoria de tormento, ó sentencia definitiva, condenatoria ó absolutoria, segun haya lugar, como acontece procediendo por via de acusacion (núm. 50, *ley 4, tit. 29, part. 7, leyes 2 y 3, tit. 1, lib. 8 de la Recop.*).

27. El juez se halla obligado á imponer la pena ordinaria del delito, aunque proceda de oficio; bien que por derecho canónico se castiga mas suavemente al reo cuando se procede por via de inquisicion, á no ser que el crimen sea notorio, ó se pruebe por confesion de la parte (núm. 51, *ley 14, tit. 26, lib. 8, de la Recop.*).

28. La ciudad y universidad pueden delinquir, y entonces se dice que delinquen como tales, cuando cometen delito de propósito y con deliberacion, porque si todos los hombres de alguna ciudad ó villa de improviso y sin ánimo deliberado cometen algun homicidio ú otro crimen, no se dice haber delinquido la ciudad ó villa, sino singulares personas (núm. 52): y cometiendo delito digno de pena pecuniaria, ha de satisfacerse de sus bienes ó propios, pagándose, si no los hay, mediante repartimiento que se haga; pero si el delito fuese gravísimo que pueda uno ser castigado por otro en privacion de bienes, habitacion y fama, como el de lesa magestad divina ó humana, ha de ser derribada y arada, imponiéndole tan so-

lo una pena arbitraria, cuando el delito no sea tan grave, sino simple y comun, como el homicidio, violencia ú otros semejantes (*núm.* 53); y castigándose ademas en estos dos últimos casos á los oficiales de cabildo, rectores, gobernadores ú á otras personas particulares que hubieren delinquido [*número* 54].

29. El menor infante y próximo á la infancia, que es el varon hasta los diez años y medio, y la muger hasta los nueve y medio, por no tener entendimiento ni razon para que pueda atribuírsele dolo ó culpa, no puede delinquir ni ser castigado: y lo mismo se ha de seguir aunque sea capaz de dolo, porque la presuncion está por el infante, y no se admite prueba en bcontrario; pero el menor púbero ó próximo á la pubertad, que es el varon que ha cumplido diez años y medio y la muger que ha cumplido nueve y medio, es capaz del delito, y queda obligado por él, sin que pueda ser restituido, en atencion á que se conceptúa con capacidad para el dolo (*núms.* 57 y 58, *leyes* 9, *tit.* 1, 8, *tit.* 31, 3, *tit.* 8, *part.* 7, 15, *tit.* 1, *part.* 1, 6, *tit.* 5, 4, *tit. fin.* *part.* 6, y *ley* 15 *tit.* 10, *part.* 1).

30. La espuesta doctrina acerca del púbero ó próximo á la pubertad puede correr únicamente en los delitos que consistan en hacer, mas no en los que consistan en omitir; y por tanto, si el menor condenado á destierro no lo cumple, puede ser restituido (*núm.* 59). Tampoco puede correr en el próximo á la pubertad con respecto á los delitos de fornicacion y lujuria; pues se escusa, mediante el defecto é impotencia natural con que se considera para ellos por causa de su edad: sucediendo lo mismo aunque sea hábil para la cópula, sin embargo de que en este caso es subsistente el matrimonio, por derecho canónico, y de que conforme á él si el impúbero, cuya malicia suple la edad para la cópula, la tiene con alguna doncella, queda obligado á dotarla ó casarse con ella: porque

las *leyes* 9, *tit.* 1, *part.* 7 y 5, *tit.* 1, *part.* 1, que disponen lo dicho en cuanto á castigar ó no el delito, deben ser atendidas, mediante á que el remedio de la muger violada no consiste en la pena que se imponga al delincuente, como consiste el remedio de la vírgen corrompida en que la doten ó se casen con ella; bien que si algun púbero ó mayor de edad hace fuerza á alguna impúbera, no obstante que sea incapaz para la cópula, deberá aquel ser castigado con la pena ordinaria del delito (*número* 60). Y finalmente, no puede correr en los crímenes dignos de castigo solamente por estatuto ó costumbre, y no por derecho comun ó ley real, que para nosotros es tambien derecho comun; en cuyo supuesto, si en algun pueblo se impone pena á los que de él saquen trigo ú otros comestibles, aunque contravenga el próximo á la pubertad, no será castigado: advirtiéndose, que sin embargo de que el adulto esté obligado en este caso por derecho escrito, ha de ser restituido (*núm.* 61).

31. Aunque el menor de veinticinco años púbero quede obligado por cualquiera crimen, deberá el juez conmutar la pena ordinaria en una arbitraria; incumbiendo al menor que alega la nulidad del proceso ó el haber sido perjudicado, la prueba de la lesion y de la menor edad, por ser causa de su intencion (*num.* 63, *leyes* 4, 6 y 12, *tit. fin.* *part.* 6, y *ley* 8, *tit.* 31, *part.* 7).

32. Cuando el menor es acusado por algun delito, debe el juez nombrarle curador que intervenga en la causa y preste su autoridad en ella, porque de otra suerte es el proceso nulo, necesitándose este nombramiento aun cuando el menor tenga padre que sea su legítimo administrador; pues esto se entienda en los bienes adventicios, cuyo usufructo pertenezca al padre, y no en las causas criminales; bien que el juez podrá nombrar á éste como á otro cualquiera (*núm.* 64, *ley* 11, *tit.* 2, *part.* 3).

33. El menor acusado está obligado á jurar y responder sobre el hecho y verdad del crimen, del mismo modo que el mayor de edad, y su curador ha de interponer su autoridad en el artículo de si debe ó no responder, é igualmente en el juramento que se presta de decir verdad, porque si esta solemnidad no interviniese, sería nula la confesion en tales términos, que por ella no debería ser condenado el reo, aunque de la confesion hecha en juicio por el mayor en proceso nulo puede seguirse la condenacion; pero no ha de interponer su autoridad en la misma disposicion y exámen que se haga al menor, por consistir este hecho en su ciencia y conciencia, y deberse practicar en secreto para que no tengan lugar instrucciones y modos de encubrir la verdad, mayormente cuando prestando el curador su autoridad para el juramento, es visto prestarla para la declaracion (*num. 65, ley 4, tit. fin. part. 6*).

34. Al menor compete en las causas criminales el ámplio beneficio de la restitucion, que tambien compete á los mayores; y por tanto si en cualquiera parte del pleito prueba error ó ser falso lo confesado, deberá siempre ser restituido contra la confesion que hizo de haber cometido el delito, aunque hubiese sido jurada y con todas las solemnidades correspondientes; mas no probando error, de ninguna manera ha de ser restituido, porque uno de los requisitos indispensables para gozar de este beneficio es la prueba de haber sido perjudicado, y por confesar el menor la verdad bajo de juramento, no ha de creerse que se ha inferido perjuicio, mediante á que tan solo hace lo que debe hacer cualquiera mayor prudente y sabio, y á que no es presumible que el menor fuese perjuro contra sí mismo (*num. 66, ley 4, tit. fin. part. 6*).¹

¹ Si el menor confiesa el delito no probado ni verdadera ni presuntamente, ó confiesa en tiempo inoportuno y cuando no tiene obligacion, debe ser restituido [*num. 67*].

35. El viejo tambien puede delinquir, porque aunque le falten las fuerzas naturales, no le falta el entendimiento, y siendo la pena que corresponde al delito no de muerte sino otra corporal, ya sea arbitraria, ya cierta y determinada por derecho, ha de moderarse como en los menores, á causa de su debilidad, por la que podia seguirse la muerte, pues el juez en imponer la pena siempre ha de mirar la condicion y edad de la persona; pero siendo la pena capital ó pecuniaria por cesar la razon espuesta no se ha de minorar (*num. 68*).¹

36. El mudo y sordo en quien por señales no aparece ningun entendimiento, se equipara al infante, demente y furioso, y así no es capaz de delito; mas teniendo entendimiento que ha demostrado por señas, del mismo modo que es hábil para contraer, hacer testamento y ejercer otros actos, lo es tambien para delinquir, y deberá ser castigado aun con la pena ordinaria del delito, si es de legítima edad, sin que necesite de curador: y aunque el juez para averiguacion de la verdad puede examinarlo y preguntarle por señas, no podrá condenarlo por su confesion, mediante á no ser clara, segun se exige en las causas criminales; por lo que en ningun caso se le ha de dar tormento (*num. 69*).

37. El furioso, por carecer de juicio y dolo, es incapaz de cometer crimen alguno sino en los lúcidos intervalos; á consecuencia solamente por los delitos cometidos en ellos podrá ser castigado, bien que como otro cualquiera (*num. 70, ley 9, tit. 1, part. 7*).

38. Se presume cometido el delito en tiempo del furor, si el delincuente prueba haber estado furioso antes de la comision del crimen, por presumirse que dura hasta este tiempo,

¹ Tambien se han de moderar estas penas, si la senectud es tan avanzada que por ella ha padecido detrimento la facultad intelectual (*num. 69*).

y de consiguiente el acusador ó juez, si procede de oficio, debe probar que se cometió el delito en algun lúcido intervalo; pero si el reo no prueba el furor precedente al crimen, y solamente alega que estuvo furioso al tiempo de él, tiene obligación de probarlo, porque de lo contrario se juzga cometido en el tiempo de la sanidad, en atención á que cualquiera se presume, como debe ser naturalmente (núm. 71).¹

39. Cometiendo el furioso algun delito cuando se halla en su juicio, si despues sobreviene el furor, durante éste no podrá ser castigado, así por ser esta opinion mas piadosa, y deberse abrazar en duda, como porque acaso tiene el furioso alguna justa defensa que su curador ignora. A estas razones se agrega otra muy eficaz, que consiste, en que debiendo el juez conceder al reo término para confesar sus pecados antes de la ejecucion de la sentencia, será justísimo dilatar la pena hasta el tiempo de la sanidad, sustentándose en el entretanto de sus bienes, si los tiene, y si no del público (núm. 72, leyes 9, tit. 1, part. 7 y 15, tit. 1, part. 1).

40. El que comete algun homicidio ú otra especie de crimen, estando borracho, no ha de ser castigado con la pena ordinaria que corresponde, sino con otra mas suave arbitraria, porque aunque por la ebriedad carece de dolo, no de culpa (núm. 73, ley 5, tit. 8, part. 7). Lo mismo debemos decir del que estando dormido se levanta con sueño y hace algun delito, si sabiendo que esto le acontecia, no se hiciese encerrar solo donde á nadie pudiera perjudicar; pues si lo ignoraba ni aun con pena leve ha de ser castigado, por carecer absolutamente de culpa (núm. 74, dic. ley 5).

¹ Si reflexionadas todas las circunstancias, se duda en qué tiempo se cometió el delito, se ha de presumir como mas favorable que en el del furor (núm. 72 al fin).

41. El pródigo que se halla privado de la administracion de sus bienes puede delinquir y ser castigado, sin embargo de que se juzga sin entendimiento, y se equipara al furioso, mediante á que esto debe entenderse con respecto al testamento y á la enagenacion ó administracion de sus bienes, y no con respecto á los delitos, para los cuales tiene capacidad (número 75).

42. Ultimamente, el siervo es capaz de delito, y puede ser castigado aun con mayor pena que el hombre libre, observándose en su proceso todo lo que se observa cuando se procede contra éste, é imponiéndosele en lugar de la pena pecuniaria otra arbitraria corporal, de la cual se libra, pagando el dueño por él la pecuniaria; y aunque no hay necesidad de citar al señor, porque todo el juicio se ventila con el mismo siervo como persona principal, y porque cuando se procede principalmente contra alguno, no es necesario se cite al tercero interesado secundariamente; podrá, sin embargo, por sí ó por procurador defenderlo, alegar en favor suyo, y aun probar que el siervo no cometió el delito que tiene confesado, por razon del interes que en ello tiene. De aquí se infiere que lo mismo ha de verificarse, teniendo que satisfacer el padre ú otra persona en virtud de ley ó estatuto alguna pena pecuniaria por el delito de otro; siendo digno de advertir, que la confesion espontánea del siervo no es bastante para condenarlo, si no concurre con ella semiplena prueba ó indicios urgentes, por el perjuicio que se sigue al señor, aunque sí basta la hecha en tormento, precediendo los indicios correspondientes (núm. 76, leyes 8 al princ., tit. 31, part. 7, y 10, tit. 1, dic. part.).

43. Todo lo antedicho se entiende cuando por el delito se procede criminalmente contra el siervo, no si cometió el crimen de hurto ú otro semejante, por el que civilmente es reconvenido el señor, quien en este caso debe satisfacer el daño

ó entregar por él al siervo; bien que esto sucede, si se ocasionó el perjuicio no sabiéndolo ó no pudiéndolo prohibir el señor, pues de otra suerte quedará obligado *in solidum* (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley 5 al fin. tit. 15, part. 7*).

44. Con la muerte del delincuente se estingue el delito público ó privado en cuanto á la pena corporal; esceptuándose para memoria y terror por la práctica comun de este reino los atrocísimos crímenes, como el de lesa magestad Divina y humana, el de sodomía, y el que se comete cuando alguno se quita á sí mismo la vida (*núms. 78 y 79*). Igualmente se estingue en cuanto á la pena puesta contra los bienes y confiscacion de ellos, á escepcion de varios casos. El primero, cuando se comete el delito de heregía; el segundo, cuando se incurre en el de lesa magestad humana; el tercero, cuando el juez durante su oficio recibe ilícitamente algunas cantidades ó cosas de los súbditos litigantes; el cuarto, cuando se ejecuta el crimen de peculado, que consiste en sustraer alguna cosa sagrada ó pública; el quinto, cuando alguno se mata á sí mismo despues de haber sido acusado, ó de haberse inquirido contra él sobre algun delito, ó de haber sido hallado en él, siempre que por éste se hubieran de confiscar los bienes, pues se tiene por confeso y condenado, aunque los herederos puedan probar lo contrario, y el sexto, cuando se comete crimen por el que se impone la pérdida de bienes *ipso jure ó facto* (*número 80, ley 7, tit. 1, part. 7*).

45. El séptimo, cuando muere el reo despues que la sentencia condenatoria pronunciada contra los bienes ha pasado en autoridad de cosa juzgada, porque si muere cuando se apeló de la sentencia ó se está dentro del término de la apelacion, no pasa la pena de confiscacion de bienes á los herederos, mediante á que en estos casos no tiene la sentencia su efecto consumado, y la causa principal se reduce al estado en que se ha-

llaba antes de la contestacion del pleito: debiendo esto último entenderse en el caso que la pena de confiscacion se imponga accesoriamente y á consecuencia de la impuesta contra la persona, por reputarse entonces una sola sentencia, y habiéndose estinguido la pena corporal, con precision ha de estinguirse la que se impuso contra los bienes; mas no en el caso que ésta se imponga de por sí y principalmente, porque se conceptúan dos sentencias, y una vez que se hayan pronunciado, pasará sin duda la pena de confiscacion á los herederos (*números 82 y 83*).

46. Aunque se estingue el juicio pendiente con la muerte del reo, podrá su heredero pedir al juez que declare no haber el difunto cometido el delito que se le imputa, recibida sobre esto una informacion ó prueba jurídica y verdadera, y el juez está obligado á hacerlo para evitar la infamia del difunto (*dic. n. 83, vers. Unum tamen*).

47. En todos los casos que el delincuente puede ser acusado despues de su muerte, bien por la pena corporal, bien por la que se impone contra los bienes, ha de ser dentro de cinco años contados desde el fallecimiento del reo, escepto el crimen de heregía que puede acusarse en el trascurso de cuarenta, aunque los bienes se apliquen al fisco real, atendido un testo del derecho canónico, cuyas disposiciones se observan hoy en el proceso de este delito (*número 81, ley. 7, tit. 25, part. 7*).

48. Lo espuesto acerca de la pena de confiscacion, no puede correr en la pena civil pecuniaria que ha de aplicarse á la parte, pues llegándose á contestar la causa, no obstante la muerte del reo, se continúa contra los herederos con respecto á la dicha pena pecuniaria. Verificado el fallecimiento antes de la contestacion, sucede lo contrario, y por tanto estuprándose alguna doncella, si el estuprador fallece no contestado

con él el pleito, no podrá aquella reconvenir á sus herederos sobre la dote; bien que atendida la equidad canónica, están obligados los herederos á satisfacerla para descargar la conciencia del difunto (*número 84, ley 25, tit. 1, part. 7*).

49. Muerto el ofendido, sea antes ó despues de la contestacion, pasa á sus herederos la accion civil pecuniaria que le compete por la satisfaccion de los daños é intereses, como acontece en el hurto y otros crímenes semejantes; pero no pasa á ellos por la pena aplicada á la parte para el escarmiento, sino habiéndose contestado la causa. De aquí se infiere que la accion de dolo ú otra accion penal por la misma cosa, interes ó daño, no compete contra los herederos del delincuente hasta que se conteste el pleito, á no ser que á ellos haya llegado alguna cosa, ó á lo menos se hayan hecho mas ricos, exceptuándose el hurto, por cuya frecuencia la condicion furtiva pasa contra los herederos para conseguir la estimacion, aunque nada haya llegado á ellos. Esto debe entenderse con respecto al derecho civil y no con respecto al canónico y su equidad, segun la cual los herederos están obligados en cuanto permite la herencia, para descargo de la conciencia del difunto, y podrán ser compelidos por el juez eclesiástico á satisfacer, no obstante que sean legos y en las tierras del imperio (*núm. 85, leyes 25, tit. 1, fin. tit. 9, 2, tit. 13, 3, tit. 15, y 3, tit. 16, part. 7*).

50. En los delitos se surte fuero por razon del domicilio y origen, pero principalmente se surte en el lugar donde se cometió el crimen: en cuya atencion, si el juez del pueblo del delito libra requisitoria para que el juez del lugar del domicilio ú origen que prendió al criminoso en su territorio, lo remita, deberá éste obedecerla, haya ó no principiado á conocer del delito, sin que proceda conocimiento de causa, y sin que

conste haberse cometido el crimen en la jurisdiccion del que pide la remesa (*núm. 87*).¹

51. La sentencia pronunciada contra alguno no aprovecha ni perjudica al cómplice en el delito, sin embargo de que sea conexo como el estupro, incesto y otros, y de que hayan sido acusados á un mismo tiempo, segun puede hacerse; de tal forma que si pronunciada sentencia contra muchos, uno apela y otro no, podrá el juez ponerla en ejecucion inmediatamente contra éste y no contra aquel, así como puede pronunciar sentencia contra alguno y ejecutarla si se le justificó el delito, aunque la instancia continúe contra otros. Tampoco aprovecha al compañero en el crimen la sentencia absolutoria dada en favor de alguno sino en el adulterio por favor especial del matrimonio: notándose que los dos adúlteros pueden ser acusados juntamente, sin que haya necesidad de hacerlo así, no obstante que hallados en el mismo delito no se puede quitar la vida á uno solo (*núms. 88, y 89, ley 19, tit. 17, part. 7*).²

52. En muchos casos se verifica que la sentencia pronunciada contra alguno perjudique á otro en cuanto á los bienes, como cuando el crimen es tal que por él se prohíbe la enagenacion de los bienes desde el dia de su comision; pues en este caso la sentencia dada contra el delincuente perjudica sin duda á los poseedores de los bienes prohibidos de enagenarse (*núm. 90*).

53. Si por ignorancia del juez, malicia suya ó de los testigos, ó por otra cualquiera causa es condenado en pena capital algun inocente, constando despues del verdadero crimi-

¹ El juez que pide la remesa, debe hacer justificacion sumaria del delito é insertarla en el requisitorio para que se ejecute (*núm. 88*).

² Por la ley 2, tit. 20, lib. 8 de la Recop. no puede un adúltero ser acusado sin otro (*núm. 90*).

noso, no se librará por la pena de aquel de la correspondiente al delito (*dic. n. vers. Quarta conclusio*).

CAPITULO II.

Del crimen de lesa magestad divina y humana.

1. El crimen de lesa magestad, ó es de lesa Magestad Divina, ó de lesa magestad humana. El primero es la heregía, cuyas penas son las de excomunion *ipso jure*, de quema y confiscacion de bienes tambien *ipso jure* desde el tiempo que se cometió el delito, pasando inmediatamente el dominio al fisco eclesiástico, si es en las tierras de la Iglesia, y al secular si es en las del rey ó emperador, é infiriéndose que probado el delito despues de la muerte del reo se puede pronunciar sentencia declaratoria contra él y sus bienes (*núm. 1, leyes 2, tit. 26 y 7 tit. 1, part. 7*).

2. A consecuencia de lo espuesto, la enagenacion, bien onerosa, bien lucrativa, que se haga de los bienes del herege, despues de la comision del crimen, será *ipso jure* inválida, y podrá el fisco revindicarlos de cualquiera poseedor, como verdadero dueño, sin necesidad de ofrecer el precio, sino es en el caso de haberse éste convertido en utilidad del sentenciado ó por permanecer todavía, ó porque con él se compró alguna cosa, segun se observa cuando por el acreedor se revoca la enagenacion fraudulenta (*núm. 2*): pero aunque pasa el dominio al fisco, no pasa la posesion, y por tanto los hijos del herege ú otros estraños poseedores pueden prescribir sus bienes aun contra la iglesia romana por el espacio de cuarenta años (*núm. 3*).

3. Tambien por este delito se incurre en la pena de inhabilitacion de los hijos con respecto á toda dignidad y oficio público, espiritual ó temporal, hasta la segunda generacion

por línea paterna y hasta la primera por la materna, de suerte que el hijo é hija de varon herege, y el nieto habido de hijo son inhábiles, pero no el nieto de hija por seguir la familia de su padre: siendo tambien inhábiles el hijo é hija de la muger herege, no los demás descendientes; y si por ventura alguno de los dichos ejerce oficio que le está vedado, incurre *ipso jure* en la pena de confiscacion de sus bienes (*núm. 4*).

4. El segundo crimen de lesa magestad humana se comete ofendiéndose al emperador, rey, república que no reconoce superior, ó á individuo del consejo y consistorio del príncipe, por juzgarse parte suya, segun se verifica en los cardenales respecto del Sumo Pontífice (*núm. 6 ley 1, tit. 2, part. 7*); mas no se comete cuando es ofendido algun duque, conde ú otro magnate, sino que éstos reconocen superior como vemos en muchos señores de la Italia: siendo indispensable para la comision de este crimen que el que ofende sea súbdito del ofendido (*núm. 10, dicha ley 1*).

5. Se comete tambien este crimen sacándose violentamente de la cárcel al reo de lesa magestad despues que por confesion ú otra prueba legítima se le ha justificado el delito, siempre que se hallase preso por juez del emperador ó monarca, y no por juez del duque ú otro magnate que reconoce superior, porque en este caso no se ofende al príncipe segun se requiere (*núm. 7, dic. ley 1, al fin*). Y finalmente se comete este crimen y ha de imponerse la misma pena, cuando sabiendo alguno que habia de cometerse por otro contra el monarca ó república, no lo prohibió ó no reveló pudiendo hacerlo; pues aunque regularmente ninguno debe ser castigado por no prohibir ó no revelar el delito que sabe se intenta cometer contra otro, lo contrario sucede en el de lesa magestad (*núms. 8 y 9*), de tal forma que tiene lugar lo dicho, aun cuando el sabedor no pueda probarlo, mediante á que hace lo que

noso, no se librará por la pena de aquel de la correspondiente al delito (*dic. n. vers. Quarta conclusio*).

CAPITULO II.

Del crimen de lesa magestad divina y humana.

1. El crimen de lesa magestad, ó es de lesa Magestad Divina, ó de lesa magestad humana. El primero es la heregía, cuyas penas son las de excomunion *ipso jure*, de quema y confiscacion de bienes tambien *ipso jure* desde el tiempo que se cometió el delito, pasando inmediatamente el dominio al fisco eclesiástico, si es en las tierras de la Iglesia, y al secular si es en las del rey ó emperador, é infiriéndose que probado el delito despues de la muerte del reo se puede pronunciar sentencia declaratoria contra él y sus bienes (*núm. 1, leyes 2, tit. 26 y 7 tit. 1, part. 7*).

2. A consecuencia de lo espuesto, la enagenacion, bien onerosa, bien lucrativa, que se haga de los bienes del herege, despues de la comision del crimen, será *ipso jure* inválida, y podrá el fisco revindicarlos de cualquiera poseedor, como verdadero dueño, sin necesidad de ofrecer el precio, sino es en el caso de haberse éste convertido en utilidad del sentenciado ó por permanecer todavía, ó porque con él se compró alguna cosa, segun se observa cuando por el acreedor se revoca la enagenacion fraudulenta (*núm. 2*): pero aunque pasa el dominio al fisco, no pasa la posesion, y por tanto los hijos del herege ú otros estraños poseedores pueden prescribir sus bienes aun contra la iglesia romana por el espacio de cuarenta años (*núm. 3*).

3. Tambien por este delito se incurre en la pena de inhabilitacion de los hijos con respecto á toda dignidad y oficio público, espiritual ó temporal, hasta la segunda generacion

por línea paterna y hasta la primera por la materna, de suerte que el hijo é hija de varon herege, y el nieto habido de hijo son inhábiles, pero no el nieto de hija por seguir la familia de su padre: siendo tambien inhábiles el hijo é hija de la muger herege, no los demás descendientes; y si por ventura alguno de los dichos ejerce oficio que le está vedado, incurre *ipso jure* en la pena de confiscacion de sus bienes (*núm. 4*).

4. El segundo crimen de lesa magestad humana se comete ofendiéndose al emperador, rey, república que no reconoce superior, ó á individuo del consejo y consistorio del príncipe, por juzgarse parte suya, segun se verifica en los cardenales respecto del Sumo Pontífice (*núm. 6 ley 1, tit. 2, part. 7*); mas no se comete cuando es ofendido algun duque, conde ú otro magnate, sino que éstos reconocen superior como vemos en muchos señores de la Italia: siendo indispensable para la comision de este crimen que el que ofende sea súbdito del ofendido (*núm. 10, dicha ley 1*).

5. Se comete tambien este crimen sacándose violentamente de la cárcel al reo de lesa magestad despues que por confesion ú otra prueba legítima se le ha justificado el delito, siempre que se hallase preso por juez del emperador ó monarca, y no por juez del duque ú otro magnate que reconoce superior, porque en este caso no se ofende al príncipe segun se requiere (*núm. 7, dic. ley 1, al fin*). Y finalmente se comete este crimen y ha de imponerse la misma pena, cuando sabiendo alguno que habia de cometerse por otro contra el monarca ó república, no lo prohibió ó no reveló pudiendo hacerlo; pues aunque regularmente ninguno debe ser castigado por no prohibir ó no revelar el delito que sabe se intenta cometer contra otro, lo contrario sucede en el de lesa magestad (*núms. 8 y 9*), de tal forma que tiene lugar lo dicho, aun cuando el sabedor no pueda probarlo, mediante á que hace lo que

está de su parte, y á lo menos hay un testigo legítimo por el que se puede proceder á la captura (*núm. 4, vers. Et ex his potest inferri, cap. 3 de homic.*)

6. Igualmente se advierte la obligacion de prohibir ó revelar en el siervo, familia, hijos y descendientes respecto de la muerte ú ofensa que habia de inferirse á su señor ó ascendiente, así como en los que tienen en su potestad á aquellos que cometen el delito, y hallándose presentes no lo impiden, y en aquellos que viendo que un familiar, amigo ó extraño comete algun delito para vengarlos, no lo prohiben; porque todos éstos deben ser castigados, como si ellos mismo lo hubiesen cometido (*dic. núms. y núm. 4 vers. Regulariter, cap. 3 de homic. ley fin, tit. 8, part. 7.*)

7. Al reo de este delito se ha de imponer la pena capital se han de confiscar todos sus bienes, sucediendo y observándose en cuanto á ellos todo lo que hemos dicho de los que se confiscan por el crimen de lesa Magestad Divina, y se ha de destruir la casa de su habitacion, sin que en tiempo alguno pueda erigirse para perpetua memoria de su infamia (*núms. 11 y 17, leyes 2 y 4, tit. 2, part. 7, y ley 6, tit. 27, part. 2.*)

8. Ademas de estas penas se impone á los reos la de inhabilitacion de los hijos, privándose de la sucesion de los ascendientes por una y otra linea, de la sucesion de todos los próximos colaterales, y de la sucesion de los extraños por testamento; y haciéndose infames é incapaces de obtener honores, dignidades y oficios públicos, y de ser testigos, á escepcion que las hijas pueden percibir de los bienes maternos su legitima por testamento ó abintestato. No obsta aquella autoridad de la Sagrada Escritura; *Filius non portabit iniquitatem patris*, mediante á que debe entenderse con respecto á la pena eterna y no temporal, que segun el derecho divino puede imponerse á uno por el crimen de otro (*núm. 13, dic. ley 2, tit. 2, part. 7.*)

9. Cuanto hemos dicho de los hijos del que comete delito de lesa magestad humana, se estiende á los nietos siempre que el delincuente sea varon, con arreglo á lo que espusimos sobre este particular en el crimen de lesa Magestad Divina, que se halla establecido por derecho canónico (*núm. 15*); y solamente puede correr en los hijos ó nietos nacidos despues de la comision del delito, sin embargo de que el hijo nacido antes que el padre sea duque, conde ú obtenga otra cualquiera dignidad ó mayorazgo, es preferido en todo ésto al que nazca despues que el padre lo haya conseguido (*núm. 16, ley 6, tit. 27, part. 2, y ley 3, tit. 8 lib. 8 de la Recop. Puede verse al Aillon núm. 17, y á Bolañ, Curia Philip. 1. part. § 2 número 24.*)

CAPITULO III.

Del homicidio.

1. Otro de los delitos públicos es el homicidio, crimen gravísimo que se castiga regularmente con la pena capital, y siendo los homicidas personas ilustres y constituidas en dignidad, con la de destierro, á no ser que haya costumbre de imponérseles la pena de muerte, y se pruebe espresa y jurídicamente: debiendo antes de condenarse en pena alguna consultarse al príncipe, á escepcion del caso en que el crimen se cometa contra personas iguales, porque entonces el juez ordinario podrá condenarlos (*núms. 1 y 2, leyes 8, 10, 15, y penúlt. tit. 8, part. 7, leyes 2 y 3, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*)

2. En muchos casos se agrava este delito y de consiguiente su pena. El primero, cuando se comete el crimen de paricidio que se verifica con la muerte de ascendiente y descendiente en infinito, con la de colateral dentro del cuarto grado,

está de su parte, y á lo menos hay un testigo legítimo por el que se puede proceder á la captura (*núm. 4, vers. Et ex his potest inferri, cap. 3 de homic.*)

6. Igualmente se advierte la obligacion de prohibir ó revelar en el siervo, familia, hijos y descendientes respecto de la muerte ú ofensa que habia de inferirse á su señor ó ascendiente, así como en los que tienen en su potestad á aquellos que cometen el delito, y hallándose presentes no lo impiden, y en aquellos que viendo que un familiar, amigo ó extraño comete algun delito para vengarlos, no lo prohiben; porque todos éstos deben ser castigados, como si ellos mismo lo hubiesen cometido (*dic. núms. y núm. 4 vers. Regulariter, cap. 3 de homic. ley fin, tit. 8, part. 7.*)

7. Al reo de este delito se ha de imponer la pena capital se han de confiscar todos sus bienes, sucediendo y observándose en cuanto á ellos todo lo que hemos dicho de los que se confiscan por el crimen de lesa Magestad Divina, y se ha de destruir la casa de su habitacion, sin que en tiempo alguno pueda erigirse para perpetua memoria de su infamia (*núms. 11 y 17, leyes 2 y 4, tit. 2, part. 7, y ley 6, tit. 27, part. 2.*)

8. Ademas de estas penas se impone á los reos la de inhabilitacion de los hijos, privándose de la sucesion de los ascendientes por una y otra linea, de la sucesion de todos los próximos colaterales, y de la sucesion de los extraños por testamento; y haciéndose infames é incapaces de obtener honores, dignidades y oficios públicos, y de ser testigos, á escepcion que las hijas pueden percibir de los bienes maternos su legitima por testamento ó abintestato. No obsta aquella autoridad de la Sagrada Escritura; *Filius non portabit iniquitatem patris*, mediante á que debe entenderse con respecto á la pena eterna y no temporal, que segun el derecho divino puede imponerse á uno por el crimen de otro (*núm. 13, dic. ley 2, tit. 2, part. 7.*)

9. Quanto hemos dicho de los hijos del que comete delito de lesa magestad humana, se estiende á los nietos siempre que el delincuente sea varon, con arreglo á lo que espusimos sobre este particular en el crimen de lesa Magestad Divina, que se halla establecido por derecho canónico (*núm. 15*); y solamente puede correr en los hijos ó nietos nacidos despues de la comision del delito, sin embargo de que el hijo nacido antes que el padre sea duque, conde ú obtenga otra cualquiera dignidad ó mayorazgo, es preferido en todo ésto al que nazca despues que el padre lo haya conseguido (*núm. 16, ley 6, tit. 27, part. 2, y ley 3, tit. 8 lib. 8 de la Recop. Puede verse al Aillon núm. 17, y á Bolañ, Curia Philip. 1. part. § 2 número 24.*)

CAPITULO III.

Del homicidio.

1. Otro de los delitos públicos es el homicidio, crimen gravísimo que se castiga regularmente con la pena capital, y siendo los homicidas personas ilustres y constituidas en dignidad, con la de destierro, á no ser que haya costumbre de imponérseles la pena de muerte, y se pruebe espresa y jurídicamente: debiendo antes de condenarse en pena alguna consultarse al príncipe, á escepcion del caso en que el crimen se cometa contra personas iguales, porque entonces el juez ordinario podrá condenarlos (*núms. 1 y 2, leyes 8, 10, 15, y penúlt. tit. 8, part. 7, leyes 2 y 3, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*)

2. En muchos casos se agrava este delito y de consiguiente su pena. El primero, quando se comete el crimen de paricidio que se verifica con la muerte de ascendiente y descendiente en infinito, con la de colateral dentro del cuarto grado,

con la de marido y muger, con la de suegro, suegra, yerno, nuera, padrastro, hijastro, patrono y patrona que se tienen en lugar de padres é hijos; y finalmente con la muerte de hijo ó padre natural tan solo, porque conciderándose el derecho natural de sangre bajo de la palabra *padres é hijos* se comprenden los naturales. La pena de parricida es atrocísima y no tiene semejante en nuestro Derecho; pues habiendo sido azotado se introduce en un arca ó saco de cuero con cuatro animales contrarios naturalmente, es á saber, un gallo, una víbora, un perro y una mona, en atención á haber cometido un delito contra el derecho natural, y de esta suerte se arroja al mar ó rio mas próximo para siempre, quedando privado de sepultura; y aunque segun la *ley 12, tit. 8, part. 7*, habia de incluirse vivo, segun la práctica del reino se incluye habiéndosele quitado la vida con algun género de pena (*número 3*).¹

3. Al socio en este delito, aunque extraño, se ha de imponer la misma pena que al principal parricida, de lo cual se colige que si el no súbdito comete con el que lo es el crimen de lesa magestad humana, debe ser castigado con igual pena (*dic. núm. vers. Item etiam adde, dic. ley 12*). Asimismo si el descendiente sabe que se ha de cometer algun delito contra el ascendiente, ó por el contrario, y no lo revela ni prohibe pudiendo, se ha de castigar como si cometiese verdaderamente un parricidio; bien que al hermano ó colateral dentro del cuarto grado por sola su ciencia se impondrá la de destierro ú otra semejante extraordinaria (*núm. 4, dic. ley 12*).

4. El segundo caso es, cuando se comete el homicidio en alevosía, ésto es, sin preceder riña y no cara á cara, juzgán-

¹ La pena de azotes no está en uso, como tampoco la introduccion de los espresados animales en el arca ó vaso de madera, aunque sí se suelen pintar en él.

dose tambien proditorio el homicidio si el agresor y difunto eran amigos, aunque hubiese sido rostro á rostro, porque éste mediante la amistad no pudo precaverse. El alevoso se castiga con la pena de horca, siendo antes arrastrado á la cola de un caballo ú otro animal por las calles públicas, y con la confiscacion de la mitad de sus bienes, no teniendo lugar la apelacion de la sentencia condenatoria. La misma pena se impone por la injuria proditoria ó hecha seguramente, siempre que de ella resulte herida, pues si deja de seguirse no se puede imponer pena capital sino otra corporal ó de destierro á arbitrio del juez atendidas las circunstancias de la injuria (*núm. 5, ley 16, tit. 23, part. 3, leyes 2, 7, 10, 12 y 15, tit. 23, lib. 8, de la Recop.*).

5. El que asiste ó ayuda al homicida alevoso para que mas fácil y seguramente cometa el delito, aunque no hiera al muerto, ha de sufrir igual pena que aquel, porque con su auxilio se haria mas animoso, y acaso sin él no hubiera cometido el delito: mayormente cuando el principal reo y su coadjutor deben ser castigados con igualdad; y por tanto si el criminoso principal no comete la muerte alevosamente, como que éste no merece la pena capital tampoco el que le prestó ayuda (*núm. 6*).

6. El tercero, cuando se causa la muerte con veneno, por cometerse seguramente y quitarse la defensa al ofendido, en cuya atencion deben imponerse al reo de este delito, sin distincion alguna de las mismas penas que hemos dicho se hallan establecidas contra el homicida alevoso: castigándose al que comprase veneno para darlo á otro, aunque no lo diese, á arbitrio del juez, habida consideracion de las circunstancias de ambas personas, si no es que alguno lo comprase para darlo á su padre, porque entonces, mediante la gravedad del crimen y grande veneracion que se le debe, ha de ser aquel castigado con la pena capital (*núm. 7, ley 16, tit. 23, part. 3*).

7. Este delito no se prueba plenamente como suelen probarse los demas, y así no bastará que los testigos declaren haber visto dar el veneno y seguirse despues la muerte, ó que el mismo reo lo confiese, por no poder conocer si era ó no veneno, ni la operacion que podia hacer en el cuerpo humano, sino que el juez deberá coadyuvar la prueba haciendo que los médicos y cirujanos depongan si era veneno, y si con él pudo causarse la muerte, con arreglo á las señales y calidades que observen en el cadáver, y escribiéndose todo en el procesor: cuya prueba es bastante y aprobada por derecho, en atencion á que no puede haber otra mas evidente (núm. 8).

8. Para evitar las perjudiciales resultas que se siguen de estas cosas venenosas tienen dispuesto las leyes que sea castigado el que las venda pública ó privadamente, aunque sea sin dolo, siempre que haya culpa ó temeridad, como si se vendiesen al demente, siervo, menor ó meretriz, y no á hombre prudente ó muger discreta: y en este caso la pena no será ordinaria si no mucho menor con respecto á la gravedad de la culpa, sin embargo de que se hubiese seguido alguna muerte: quedando obligado el vendedor, si el comprador fuese siervo que á sí mismo se hubiese quitado la vida, á la satisfaccion del precio y de todo el interes (núm. 9).

9. El cuarto, cuando se comete el crimen de asesinato que acontece quitándose á alguno la vida por precio que se recibe de otro. Dicese que este delito se comete con alevosia, porque como el agresor no es enemigo, no pudo el ofendido precaverse; por lo cual todas las penas establecidas contra los alevosos tienen lugar contra los asesinos (núm. 10); y el que dá el dinero para que se mate ú ofenda á otro, no siguiéndose el efecto será castigado con pena arbitraria por el ánimo que tuvo de matar ú ofender; pero no es de omitir que ya se pruebe la muerte ú ofensa verdaderamente, ya por indicios ó

presunciones, en duda siempre se presume que el delincuente la hizo por vengarse á sí mismo y no por otro, si no consta que éste era enemigo capital del ofendido y amigo ó pariente del ofensor (núm. 11) ¹

10. El quinto, cuando se comete el homicidio habiendo precedido desafio y convencion de reñir en cierto lugar; pues si el desafiador mata al desafiado (lo mismo debe decirse si lo hiere), ademas de la pena ordinaria, se le confiscan todos sus bienes: debiendo tambien confiscarse, aunque no imponerse pena corporal, si solo hubo desafio y no riña, muerte ó herida; mas si el desafiado mata ó hiere al desafiador, por haber sido provocado, no se castiga con pena alguna corporal, sino con la de perpetuo destierro (núm. 12). ²

11. El sexto caso es, cuando alguno se mata á sí mismo, bien lo haga por tedio de la vida, dolor, impaciencia ú otra cualquiera causa, bien por el miedo de algun delito que haya

¹ Si el asesino llegó hasta un acto próximo al delito, debe ser castigado con la pena ordinaria, y si hasta un acto remoto, con una mas suave y extraordinaria (núm. 12).

² Los que desafien, los que admitan el desafio, los que intervengan en éste por terceros ó padrinos, los que lleven carteles con noticia de su contenido ó recados de palabra para el mismo fin, pierden irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores que tengan por real gracia, y quedan inhábiles para tenerlos durante su vida: y si el desafio ó duelo llega á tener efecto, saliendo los desafiados ó alguno de ellos al campo ó puesto señalado, aunque no haya riña, muerte ó herida, han de ser sin remision alguna castigados con pena de muerte, y todos sus bienes confiscados: debiendo ser condenados en seis meses de prision y multados en la tercera parte de sus bienes los que vieren y miraren los desafios cuando riñen, y no lo embarazaren pudiendo, ó no fueren luego á dar aviso á la justicia. Así se halla prevenido en la Pragmática de 28 de Abril de 1757, espedita por el Sr. D. Fernando VI, que es la ley 12, tít. 8, lib. 8 de la Recop. Puede verse, porque habla con estension del mencionado delito.

cometido, porque segun costumbre se ahorca el cadáver, y segun derecho se confiscan todos los bienes no habiendo hijos ni descendientes (*núm. 13, ley 8, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*).

12. Hiriéndose alguno de propósito y por el miedo de la pena de algun crimen que cometió, digno de la capital y de confiscacion de bienes despues de haber sido acusado, se tiene por confeso é incurre en las dichas penas; pero hiriéndose por tedio de la vida ú otra cualquiera causa, debe castigarse segun el arbitrio del juez, como si hiriese á otro, por no ser ninguno dueño de sus miembros (*núm. 14*).

13. En muchos casos se escusa el homicida de la pena de este delito, ó en todo ó en parte. El primero, cometiéndose el homicidio sin dolo; pues entonces no debe imponerse la pena capital, aunque la ley ó estatuto hubiese dispuesto simplemente que el homicida se castigase con la de muerte (*núm. 15*), y por tanto si alguno de un árbol inmediato á camino derriba alguna rama, y por no avisar quitase la vida á algun pasajero, ha de ser castigado con pena arbitraria y mas suave que la de muerte. Tambien si en juego de esgrima uno mata á otro, no sufrirá pena alguna, y solamente podrá ser reconvenido por la satisfaccion de los daños; entendiéndose lo dicho aun cuando en el homicidio intervenga lata culpa, porque ésta se equipara regularmente al dolo en los contratos, no en los delitos de pena corporal (*núm. 16, leyes 4 y 5 tit. 8 y ley 6, tit. 15, part. 7, ley 13, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*).

14. Hay algunos casos en que por sola la negligencia ó culpa se impone castigo corporal: v. gr., al alcaide de la cárcel, por cuyo descuido se huye algun preso, imponiéndosele el que habia de imponerse á éste; al juez que por ignorancia y culpa condena injustamente á alguno en pena capital; y al médico ó cirujano que por impericia priva á otro de la vida los cuales se castigan con la pena de destierro por cinco años,

debiendo si el enfermo era siervo satisfacer su estimacion, é incurriendo en la pena capital si cometieron el homicidio con dolo ó malicia (*núm. 16. Aliqui tamen, ley 12, tit. 29, y 6, tit. 8, part. 7*).

15. En caso de duda siempre se presume que el homicida cometió el delito con dolo y propósito, quedando salvo al homicida el derecho de probar lo contrario, ó por la cualidad del hecho, como en los casos espuestos (*núm. 17*), y cuando se encuentra muerto en el lecho de su padre ó ama el niño de un año ó recién nacido (*núm. 19*), ó por la cualidad de la persona, v. gr., si el homicida era consanguíneo, afin ó amigo del muerto: ó por la calidad del instrumento con que se cometió el delito, como si hubiese sido báculo, piedra ó puño, siempre que el reo hubiese tenido otro mas fuerte y perjudicial del cual no quiso valerse, ó aunque no lo hubiese tenido, si quiso herir ú ofender con la parte menos nociva; v. gr., con el puño de una espada y no con ella, bien sucediese en riña, ó bien de propósito: en todos los cuales acontecimientos se impone una pena arbitraria con respecto á la culpa (*dic. número 17*).

16. Si alguno se dirige contra otro solamente con ánimo y propósito de azotarlo ó injurarlo, protestándolo así, y despues de haberlo puesto en ejecucion con algun palo, báculo ú otro instrumento semejante, se sigue la muerte, ha de ser castigado con la pena capital sin que se considere la calidad del instrumento: porque el crimen se cometió de propósito y no en riña, y cuando el delito ó hecho es tal, que no puede modificarse ó medirse por la voluntad del delincuente, sino que puede estenderse con verosimilitud á mas de lo intentado, se castiga tambien por las resultas: así como se verifica, si mandándose á alguno que azote á otro, pero que no le quite la vida ni corte miembro, el mandatario se escude en el man-

dato y causa la muerte, aunque el mandante hubiese espedido al mandatario que azotase con vara ú otro instrumento no idóneo para matar, y de la herida causada con éste se hubiese seguido la muerte (*dic. núm. 17, vers. Ex quibus, y núm. 18*).¹

17. El segundo caso en que el homicida se escusa en todo ó en parte de la pena del homicidio, es cuando lo comete por su propia defensa, porque con esta circunstancia á cualquiera es lícito, segun derecho divino, natural y positivo, quitar la vida á su agresor, aunque sea furioso ó mentecato, y aunque sea clérigo, sin que incurra en irregularidad y excomunion (*num. 20, ley 2, tit. 8, part. 7, y leyes 3 y 4, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*). Y no tan solo puede cometerse el homicidio por defensa propia, sino tambien por la de un consanguíneo ó extraño, bien éste pidiese auxilio ó no, bien el agresor sea clérigo ó lego; pues de tal suerte es permitida la defensa por derecho natural y positivo, que puede tambien hacerla un extraño, causando la injusticia del agresor que por cualquiera pueda ser ofendido ó muerto (*núm. 21*).

18. En tanto es verdad que por la propia defensa se puede quitar la vida ú ofender al agresor, que no se necesita para ello efectiva ofensa, y es muy suficiente ver venir á alguno con armas y ánimo de ofender, mediante á que por esto se juzga el que es acometido en peligro de perder la vida: pudiendo resistir y defenderse aun con instrumentos mas fuertes y nocivos que los que traiga el agresor, y no obstante de que éste venga sin armas, amenazándole solo y queriéndole dar

¹ Parece muy rigurosa la opinion de nuestro Gomez, segun la que ha de ser castigado con pena capital el que manda azotar á otro con la protesta de que no le quite la vida, si el mandatario se escede y muere el ofendido: siendo la comun resolucion de los DD. que al mandante en tal caso se ha de imponer pena extraordinaria y mas suave (*núm. 19*).

de bofetadas, en cuya hipótesis no se incurre en pena, porque siendo lícita tal defensa por las cosas, con mayor motivo lo será para su persona y honor (*núm. 22, ley 2, tit. 8, part. 7*).

19. Para que el que se defiende quede escusado en un todo de la pena, es indispensable que de otro modo no pudiera evitar la injuria, y por tanto, si estando en su facultad el huir sin peligro de su salud y honor, que debe conservarse y preferirse á todo lucro, no lo hiciese, será castigado por haberse escedido en la defensa, aunque con pena arbitraria y mas suave que la de muerte, en atencion al justo dolor que no puede temperarse y disminuye la culpa, y á que el delito debe imputarse al agresor que dió causa á él; lo cual tambien se verifica cuando el agresor es herido ó muerto por solas palabras ó injurias verbales (*núms. 23 y 24, ley 14, tit. 17, part. 7*).

20. Si alguno mata á otro, de los cuales uno fué agresor, pero se ignora si el homicida ó el difunto, está aquel obligado á sufrir la pena de muerte, si no prueba que lo hizo por su defensa, mediante á que siempre se presume el homicidio cometido con dolo, y por lo mismo el reo debe probar la escepcion de defensa en que se funda (*núm. 25*).

21. Asimismo si el reo de algun homicidio confiesa que lo cometió, mas por su propia defensa y no aparecen otras pruebas, únicamente en virtud de su confesion ha de ser castigado, aceptándola el juez en cuanto á una parte, y repudiándola en cuanto á otra, sin embargo de que en aquellas cosas que consisten en la propia conciencia y mente de alguno, se está á su asercion juramentada, por deber esto entenderse cuando contra él no milita ninguna presuncion de derecho; bien que no ha de ser castigado con la pena ordinaria del delito, sino con otra menor extraordinaria, porque la condenacion se hace solo por una presuncion que hay contra el reo, mayormente cuando no se halla otra prueba que su confesion no absoluta

sino modificada, por lo que es dudosa y no segun se exige (núm. 26):¹ en caso de querer probar que lo cometió en su defensa, puede hacerlo por conjeturas y pruebas presuntivas, que se dejan al arbitrio del juez; pues contra un dolo presunto basta una prueba contraria de la misma especie: probando suficientemente en este acontecimiento los testigos que depongan de credulidad, y admitiéndose los consanguíneos, afines, domésticos y familiares (núm. 27).

22. El tercer caso en que se escusa el homicida, es cuando la muerte se siguió no de la herida, y sí de la culpa ó negligencia en curarla, para cuya prueba se ha de estar á la deposicion de los médicos (no bastando la de uno solo si hay muchos en el pueblo), en la que espresen si la herida era ó no mortal, y si aprovecharia la cura ó hubo esceso en ella (núm. 28).

23. No probándose que la muerte se siguió ó de uno ó de otro, sino solo que resultó despues de haberse causado la herida, se presume que fué por causa de ésta, del mismo modo que si se prueba que se siguió incontinenti, ó que el herido estuvo enfermo desde el tiempo de la herida hasta el de la muerte; pero si se prueba que despues de la herida recobró enteramente la salud, y que habiendo sobrevenido otra enfermedad falleció, se conjetura que ésta fué causa de la muerte; y dudándose por los escesos del herido si la herida era ó no mortal, es de presumir no serlo, si hubiese andado bien á los tres dias ú otro breve término (núm. 29).

24. Por intentar la comision de un crimen, aunque se peca no se incurre en pena alguna, siempre que no se hubiese

¹ En este caso ha de constar á lo menos del cuerpo del delito, y de otra suerte el reo no podrá ser condenado en virtud de su confesion (número 27).

procedido á algun acto, porque en los delitos se consideran regularmente tres cosas; es á saber, el ánimo, el hecho para que se siga el delito, y si éste es digno de castigo por ley; mas si se procedió á algun acto y no se consumó el crimen, en los delitos no atroces ni gravísimos se impone una pena arbitraria, así como en los que sean atroces por costumbre y no por derecho: esceptuándose la injuria hecha alevosamente, segun lo espuesto en el núm. 4 de este capítulo (núm. 30).

25. Aunque se espere que el ofendido muera por causa de la herida, no se puede acusar al reo sobre la muerte, por no nacer la accion y acusacion de ella hasta que se verifique; y si pendiente la acusacion de la herida muere el herido, no puede ser condenado el homicida como tal, sino que interviene nuevo proceso y acusacion, por mudarse la especie del delito, su calidad y pena, y no ser la sentencia sobre la causa deducida en juicio; á no ser que la acusacion comprenda la causa de la muerte, como si se dijese que la herida era mortal, ó se proteste que si se sigue la muerte, se imponga la pena condigna, y en efecto se verifica durante la causa; pues entonces el reo puede ser castigado con la pena capital como homicida, en atencion á que con el derecho superveniente al actor ó acusador por causa de pretérito, se confirma la accion y acusacion propuesta (núm. 31).

26. Dándose con dolo á alguna muger bebida, ó haciéndose otra cosa de la cual resulta el aborto y fallecimiento del póstumo, por habérsele ya infundido el alma, se impone al delincuente la pena de muerte, y si éste es padre, madre ó ascendiente la del parricidio, aunque el tal póstumo sea monstruoso por razon de la falta de algun miembro, ó por tener mas de los que corresponden, porque no sucede así, siéndolo por tener la cabeza de bestia ó cosa semejante; pero si el alma no se habia infundido todavía, solamente deberá imponerse

una pena arbitraria: aconteciendo lo mismo, si hubiese duda sobre si el alma se habia ó no infundido (*num. 32, ley 8, tit. 8, part. 7*).

27. Si la bebida se dió no con ánimo de matar sino con el de engendrar cariño ilícito, y el que la recibió muere, ha de sufrir el dante la pena de muerte, porque en tal caso interviene dolo á lo menos implícito, por haber hecho una cosa ilícita, de la cual pudo con verosimilitud seguirse la muerte; mas si se hubiese dado sin dolo por causa de amor lícito, ó para que la muger concibiese, aunque resulte el fallecimiento, únicamente se impone una pena arbitraria, y aun no siguiéndose, por el grave daño que pudo resultar y ser cosa de mal ejemplo, ha de imponerse tambien una pena extraordinaria: de lo cual se infiere que cuanto sea inicuo y escandaloso en la república debe castigar el juez (*num. 33*).

28. En el caso de que Pedro, v. gr., mate á Juan, juzgando que es Francisco su enemigo, será castigado con la pena capital, mediante á que real y verdaderamente consintió en el homicidio, y aunque erró en la persona, es bastante el dolo y ánimo respecto del difunto; en cuya atencion debemos inferir que en este delito de homicidio es suficiente el dolo en general y no se requiere en especie (*num. 34*).

29. Pero si solicitando Pedro quitar la vida á su enemigo Francisco, por casualidad la quita á Juan, segun una opinion que por ser equitativa y seguida de muchos doctores, debe observarse en la práctica, se le impondrá una pena extraordinaria, pues á lo menos no hubo dolo ni ánimo de delinquir en orden al difunto; sin embargo de que la opinion contraria es mas conforme á derecho, por haber tenido dolo el homicida, y haber dado obra á cosa ilícita: de cuya doctrina se infiere que si se quita á alguno la vida casualmente, cuando se intenta matar al agresor por defensa propia, ó al que fué dado por

enemigo, ó cuando se está en alguna ocupacion lícita, en ninguna pena se incurre (*num. 35, ley 6, tit. 15, part. 7, leyes 4, y 13, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*).

30. Cuando muchos con dolo y propósito proceden contra alguno y le quitan la vida, todos han de ser castigados con la pena capital como homicidas, ya hiriesen muchos, ya uno solo, porque uno presta auxilio y favor á otro, y es lo mismo que si todos causasen la muerte; pero si muchos quitaron á otro la vida no de propósito sino habiéndose movido riña, y consta que uno hirió, no los otros, ó que uno dió una herida mortal y los otros heridas leves, aquel está obligado por la muerte y éstos únicamente por las heridas; bien que si ninguna herida era mortal por sí, y todas juntas causaron la muerte, todos quedan obligados como homicidas y recíprocos auxiliadores: y si consta que todos hirieron, porque el difunto tiene tantas heridas como eran las personas delincuentes, mas una sola es mortal, sin poderse averiguar quién la dió, á todos ha de imponerse una pena arbitraria, por deberse contemplar la herida de cada uno é ignorarse quien causó la mortal; no obstante que todos se prestaron auxilio mutuamente, pues no se unieron para ello de propósito, sino casualmente por la riña que se ofreció; y no obstante tampoco la *ley 57 del Estilo* que en el caso espuesto impone á todos la pena capital, porque debe probarse su uso para que haya lugar. Lo mismo finalmente sucede cuando consta que uno solamente hirió, por no tener el muerto mas que una herida y se ignora quien la dió: pues como éste tan solo queda obligado á la pena de muerte, no pudiendo constar cuál sea, ninguno ha de sufrirla, en atencion á que de otra suerte seria castigado el inocente contraviéndose al axioma jurídico: *Sanctius est nocentem impunitum relinquare quam innocentem condemnare*. Toda esta doctrina fundadísima, nos hace ver la obligacion que tienen los jueces

á procurar que por el escribano de la causa se escriba ó ponga en autos el número de heridas que tiene el ofendido, como asimismo el sitio, magnitud y calidad de ellas (*num. 36, dic. ley 57 del Estilo*).

31. El que manda matar ó cometer algun delito, si se pone en ejecucion el mandato, debe ser castigado con la pena ordinaria del crimen así como el mandatario, quedando éste obligado por el delito, y el mandante tambien por el delito á causa del mandato y no principalmente por éste: de lo cual se deduce que en la acusacion ha de espresarse el lugar y tiempo del delito, no el del mandato: que se mira el lugar y tiempo del delito para aumentar ó disminuir la pena: que el mandato debe castigarse en el lugar que se cometió el delito; y últimamente, que el tiempo de la acusacion corre desde la comision del crimen. Lo dicho en orden á la pena, tiene tambien lugar aunque el delito se siga despues de algun grande intervalo, por presumirse siempre cometido en virtud del precedente mandato, mediante á que procediendo el delito de odio y enemistad, no es de creer que lo hizo el mandatario por razon de su persona sino del mandante, y por tanto ambos quedan obligados (*núm. 39*).

32. De la pena del delito cometido por el mandatario, se escusa el mandante en un todo, si se revocó el mandato expresa ó tácitamente, como si se reconcilia antes con su enemigo y llega á noticia del mandatario, aunque la revocacion espresa ó tácita no se notifique al que habia de ser ofendido (*número 40*): y si despues de aceptado el mandato no se comete el crimen porque el mandatario no puede, ó porque se revocó el mandato, solamente por la aceptacion se debe castigar con pena arbitraria si era atroz el delito, escusándose en un todo si no lo era (*núm. 41*).

33. En las cosas que son prohibidas por derecho, el man-

datario que no es persona sujeta al mandante, nunca se escusa poniendo en ejecucion el mandato; pero si lo mandado no es prohibido simplemente, aunque no sea lícito al mandante, sucede lo contrario, como si se mandase hacer alguna cosa en fundo ageno, y el mandatario la hace ignorantemente; y si el mandatario es persona sujeta al mandante, v. gr., hijo, muger pupilo ó criado, se escusa en los crímenes leves, no en los atroces y graves, porque en éstos no debia obedecer aun siendo el mandante el príncipe ó emperador, bien que no será castigado con la pena correspondiente al crimen sino mas suavemente: debiendo notarse que en esta materia cualquiera ofensa personal se dice atroz delito para que el mandatario no se escuse. Y últimamente si lo que se manda es de lo prohibido, pero por alguna causa permitido al mandante, como matar á los adúlteros en el mismo delito, solamente puede cometerse á los hijos por la identidad de las personas, segun debe decirse cuando le es permitida á alguno la venganza por su propia autoridad (*núm. 42, leyes 5. tit. 5, 5, tit. 15 y 8, tit. 10, part. 7*).

34. No solo queda obligado el mandante por la comision del crimen sino tambien el consultor, entre los cuales hay la diferencia de que éste persuade á la comision del delito por contemplacion del persuadido, y aquel manda cometerlo por contemplacion suya (*núm. 43*). Tambien se advierte otra diferencia en cuanto á la revocacion, y es que el consultor sin embargo de que persuada posteriormente lo contrario, no se escusa como se siga el delito, por lo que debe hacer cuanto esté de su parte para que no se ejecute, ó que se noticie á la persona que habia de ser ofendida. La razon consiste en que siendo el mandato por gracia del mandante, es verosímil que revocado aquel no se cometa el delito, y siendo el consejo por contemplacion del que lo recibe; una vez que intentó come-

ter el delito, con dificultad desistirá, y por tanto no basta la simple revocacion (núm. 44).

35. El mandato para la comision de algun crimen puede ser tambien tácito, y así si alguno airado por riña que tuvo con otro, dice á su hijo, amigo ó criado: *Vé y no vuelvas á casa hasta que yo vea algo de nuevo en este asunto*; y efectivamente se ausenta y quita la vida ú ofende al enemigo del irritado, se halla éste obligado por el delito, en atencion á que fué visto haber mandado que se ejecutase; bien que éstas y semejantes espresiones se han de interpretar con respecto á la calidad de la injuria recibida, porque si ésta era grave que requería se vengase con la muerte, se conceptúa que el mandato fué para que se quitase la vida al ofensor, y si era leve para que se causase otra igual en su recompensa, y por tanto en este caso no se obliga por el homicidio y sí en aquel: pues consta claramente del delito y del mismo mandato, el cual aunque general tiene por derecho virtud y efecto de especial: en cuya atencion la prueba que interviene en el presente caso no es dudosa, como cuando el enemigo de otro habla secretamente con alguno y éste sin detencion quita la vida al contrario de aquel, por lo cual no puede imponerse á éste tácito mandante ni la pena ordinaria ni otra corporal, sino otra menor y puede dársele tormento ((núms. 45 y 46); con advertencia que si el consanguíneo, amigo ó familiar del ofendido quitase la vida al ofensor, y no se prueba espreso ni tácito mandato del ofendido, en ningun modo queda éste obligado (núm. 47).

36. En el delito puede prestarse ayuda antes de su comision, al tiempo de ella y despues. Prestándose antes de su comision, v. gr. con la entrega de armas para matar, ó con la de escala para cometer algun hurto, incurre en la misma pena el auxiliador que el reo principal segun aquella regla: *Qui*

causam damni dat, damnum dedisse videtur (núm. 48). Lo mismo acontece cuando se presta el auxilio al tiempo del delito, v. gr., asistiendo para que mas fácilmente se cometa el delito, ó mirando si venia persona que pudiese impedirlo, aunque no se proceda á otro acto; pero no queda en manera alguna obligado el que por casualidad se halló presente al delito, no obstante que por esto hubiese cobrado mas ánimo el delincuente, ni el que á ruegos de éste lo acompañó ignorantemente: incurriendo en una pena extraordinaria segun el arbitrio del juez, el que presta auxilio por medio de un acto remoto al delito, sin el cual pudo cometerse cómodamente; como si sabiendo que otro queria delinquir, le dijese cuál género de armas era mas apto para la ejecucion de su deseo, y en otros casos que se dejan á la consideracion del prudente juez inspeccionadas las circunstancias concurrentes (núm. 49).¹

37. Y últimamente si se presta el auxilio al criminoso despues de la comision del delito, v. gr., ocultándolo alguno en su casa, manifestándole el camino por donde podia huir con mas seguridad; diciéndole que huyese porque venia el juez, ó procurando de otra suerte que el juez no lo aprehenda: por no haber prestado ayuda para que el reo delinquiese, sino para que se escapase, incurre en una pena arbitraria y mas suave que la que corresponde al reo, á no ser que antes entre ellos hubiese intervenido convencion de prestar el referido auxilio, por ser visto prestarlo para la comision del delito sin que pueda imponerse la pena ordinaria del crimen, por presumirse la in-

¹ No se ha de distinguir si el acto fué proximo ó remoto, y sí se ha de mirar si fué causa del homicidio, si influyó en él ó no: debiendo sufrir tan solo el auxiliante la misma pena que el principal, cuando dió con su ayuda causa al delito, ó cuando sin la ayuda no se hubiera podido cometer (núm. 50, vers. *Sed pro concordia*).

tervención de algun convenio del mismo hecho de prestar la ayuda inmediatamente que el delito fué cometido, en atención á no haber prueba clara segun es indispensable: debiendo advertirse que si el receptador es consaguíneo ó afin del delincuente, ha de castigarse con mas benignidad que si fuese un extraño por la justa causa que tiene en la defensa de su sangre: y asimismo que no tiene lugar la dicha pena arbitraria aunque recibiese en su casa al reo de lesa magestad, en el que receptó con ignorancia que siempre se presume, y por consiguiente ha de probarse ciencia, esceptuándose el delito notorio en que se verifica lo contrario (*num. 50, ley 18, tit. 14, part. 7*).

38. Si el difunto habia instituido por su heredero á su homicida, no puede éste sucederle, y se aplica al fisco la herencia por reputarse indigno. Lo propio se verifica si el muerto no tenia hecho testamento, respecto del mas próximo consanguíneo y sucesor abintestato que le quita la vida; bien que si hay otros coherederos legítimos y consanguíneos en el mismo grado, les acrece, sucediendo en todo con exclusion del fisco. Esta incapacidad de suceder en el homicida no se admite si el difunto le perdona la injuria y le instituye, como tampoco si teniendo lugar de mudar el testamento ó hacerlo de nuevo, no lo practica; pues es visto que quiso sucediese su homicida por testamento ó abintestato (*num. 51*).

39. Aunque la herencia del muerto haya pasado á otro legítimo sucesor por testamento ó abintestato, de ningun modo puede suceder en ella el homicida en los casos de su incapacidad, antes bien se aplica al fisco, sin embargo de ser herencia distinta por haberse incorporado en el patrimonio de otra persona, mediante á que esto lo causa el ódio y la pena del delito; por cuyo motivo los hijos del matador no emancipados ni casados, sino constituidos en su potestad, tampoco

podrán suceder en los bienes del muerto por razon del usufructo que se adquiere al padre, sino que éste lo renuncia (*num. 52*)¹

40. El heredero del difunto está obligado á vengar su muerte antes de adir la herencia, no por su propia autoridad sino judicialmente, acusando al homicida en el término de cinco años, y de lo contrario se aplica al fisco, pero de esta pena se escusan el menor y otras personas que refiere nuestro autor (*num. 53, ley 13, tit. 7 part. 6*).²

41. Haciendo el reo concordia y transaccion (bien graciosamente ó bien por precio) con su contrario sobre el delito que se haya cometido, principalmente en su persona ó en la de los suyos, v. gr., el homicidio, injuria ú otra ofensa personal, no se le puede imponer pena de muerte ni otra corporal, como la de mutilacion de miembros, la de azotes, la de galeras y la de infamia que se equipara á la capital, por ser lícito á cada uno redimir su sangre del modo que le sea posible; pero si el delito se hubiese cometido principalmente en la cosa, como el hurto, ó el acusador fuese extraño, sin embargo de la concordia puede y debe el juez de oficio ó á instancia de otro acusador, proceder á la imposicion del castigo condigno al crimen; lo cual se comprueba de que no vale la remision de la pena que de algun delito hace el rey ó príncipe, hasta que los contrarios del delincuente se apartan de la acusacion y remiten la ofensa ((*núms. 54, 55, 56, 57 y 58, ley 22, tit 1, part. 7, y 24, tit. 4, part. 3*): y es de notar que si alguno despues de propuesta la acusacion, se desiste sin licencia del juez, incur-

1 Por quitar alguno la vida á su muger, no tiene el hijo de familia impedimento para suceder á su madre, aunque en este caso sin renuncia no pertenece el usufructo al padre por su indignidad (*num. 53*).

2 Varios autores asseveran que esta pena no está en uso [*num. 64*].

re en la pena de cinco libras de oro para el fisco (*dic. n. 54, vers. Unum tamem, ley 19, tit. 1, part. 7*).

42. Para que la transaccion surta el efecto mencionado, ademas de lo espuesto es indispensable que intervenga en aquellos delitos por los cuales se impone pena corporal, sean públicos ó privados: porque si interviene en los que se castigan con otra mas suave, en vez de aprovechar perjudica, mediante á que en virtud de ella se tiene el reo por confeso (*dic. núm. 54*). Tambien es indispensable que el homicidio ó delito se cometa simplemente y sin cualidad que agrave mucho, como si se comete con alevosía, veneno, saeta, fuego ú otra semejante circunstancia; pues no obstante la concordia puede imponerse la pena ordinaria, en atencion á que tan solo vale el perdon concedido sobre algun delito por el príncipe, cuando se cometió sin ninguna de las cualidades referidas (*número 59*).

43. Finalmente, es indispensable que el reo á quien se remite el delito, no hubiese cometido otro semejante, cuya pena le fuese perdonada por transaccion de las partes, gracia del príncipe, grande pericia suya en alguna arte ú otro semejante motivo, mediante á que la remision del príncipe no aprovecha al que habia cometido otro delito de la misma especie, si no se hace de él mencion especial (*num. 60, ley 2, tit. 25, lib. 8 de la Recop.*).

44. En la remision de la injuria es preferida la muger por la hecha al marido, segun sucede en el derecho de acusar. Despues tienen lugar los consanguíneos dentro del cuarto grado, sin distincion de sexo, hallándose en el mas próximo al tiempo de la transaccion, y prestando todos su consentimiento, si hay muchos, sin que se requiera la voluntad de los que se hallan en grado mas remoto, porque aquellos son preferidos en la facultad de acusar (*nums. 61 y 65*).

45. Los herederos del muerto pueden desistir de la acusacion y hacer concordia con el reo (*num. 62*); y habiendo muchos, ya por testamento, ya abintestato, para que valga es forzoso que todos consientan, sin que baste la voluntad de uno solo ó de la mayor parte (*num. 63*): prefiriéndose aunque sean estraños á los consanguíneos del difunto, por representar su persona, como se observa en el derecho de acusar (*número 64*).

46. El menor con autoridad de su curador y el tutor del pupilo por sí solo pueden remitir la injuria y hacer transaccion sin que se necesite decreto del juez, y sin que pueda ser restituido, bien se haga por precio, bien graciosamente, á causa de que interesa á los menores y pupilos no tener pleitos. Igualmente el hijo espurio del difunto así como puede acusar la injuria hecha á su padre, puede de consiguiente remitirla, haciendo transaccion, porque en cuanto mira al derecho de la sangre se reputa hijo, y es hábil ó capaz (*num. 66*).

47. Si se hace concordia con el herido por la herida que se le causó, siguiéndose despues la muerte, á ésta se estiende la remision siempre que la herida fuese mortal, de suerte que con verosimilitud por ella se esperase la muerte; mas si no era mortal ni verosímilmente se aguardaba la muerte, por ser presumible que no se pensó en ella, sucede lo contrario, y por tanto puede proponerse la acusacion del homicidio; bien que para evitar y huir de las opiniones que se versan en este particular, procurará el delincuente se esprima en la transaccion, que se hace así por la herida como por la muerte, y todo el daño que de ella pueda seguirse (*núm. 67*).

48. La transaccion no solamente puede hacerse antes de la sentencia definitiva, sino tambien despues de ella habiéndose apelado, porque con la apelacion se estingue la sentencia y todo su efecto, y no parece haberse pronunciado sentencia.

No se opone en modo alguno la ley 22, tit. 1, part. 7, por aquellas palabras: *Tenemos por bien que si la avenencia fuere fecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro &c.*, mediante á que debe entenderse en el caso que no se apeló de ella á ejemplo de otros actos. Lo mismo debemos decir aunque no se haya apelado; como sea durante el término de la apelacion, por cuanto corren parejas en nuestro derecho el haberse apelado de la sentencia y el estar dentro del tiempo de la apelacion (núms. 68 y 69).

CAPITULO IV.

De la violencia.

1. El crimen público de la violencia puede cometerse con armas y sin ellas. Cuando se comete con armas, v. gr., quitando á alguno sus bienes, espeliéndolo de la posesion, ú oprimiéndolo para que entregue algun dinero ó cosa, contraiga, se obligue ó haga cosa semejante, aunque no pueda ser vencido el violentado ni se consiga lo que se intenta, debe imponerse la pena de deportacion y de confiscacion de todos sus bienes: la cual igualmente se ha de imponer cuando alguno convoca á otros para cometer sedicion ó violencia, y si en el acto de ésta es muerto alguno, ya sea por el que la causa, ya sea por el que la padece, ha de sufrir la pena capital el principal autor de la violencia; pero cometiéndose sin armas, solamente incurre en la pena de confiscacion de la tercera parte de los bienes, y asimismo en la de infamia como en el caso anterior (*n. únic. desde el princ. hasta el vers. Aliquando & tertio, leyes 2 y 8, tit. 10, part. 7.*)¹

¹ La pena de deportacion no está hoy en uso, y de consiguiente no tendrá lugar: la de confiscacion de todos los bienes por derecho comun era accesoria de la primera; por lo que en el dia, segun la costumbre general, el que comete fuerza pública ó privada se castiga con pena arbitraria [núm. 2].

2. Tambien se infiere á otro miedo y violencia compulsiva, impeliéndolo á vender ó contraer, en cuyo caso el acto *mero jure* válido, debe rescindirse con la accion *quod metus causa*. Asimismo cuando el acreedor quita por fuerza al deudor la cosa debida, por lo cual la pierde. Y últimamente, cuando alguno despues de contestado el pleito en la causa *finium regundorum* ocupa parte del fundo agero por su propia autoridad, poniendo en aquella mojonos, por cuyo hecho la pierde, y ha de dar otro tanto de lo suyo al contrario (*vers. Aliquando et sexto y sigg. leyes 9 y 14, tit. 10, part. 7*)

CAPITULO V.

Del hurto.

1. El delito privado de hurto es una *contrectacion fraudulenta de la cosa agena contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar*. De esta definicion se colige que cuando alguno por su propia autoridad toma para algun uso la cosa de otro, creyendo que éste lo habia de permitir, por haberlo dicho á presencia de algunos, por ser consanguíneo, ó por otra causa justa que concorra, no se comete hurto; bien que en caso de duda siempre se presume contra el ladron, aunque diga el dueño haberse tomado la cosa con su consentimiento (números 1 y 2, *vers. Ex quibus etiam, ley 1, tit. 14, part. 7*).

2. El que toma alguna cosa cuyo señor ignora, ó se halla la que se hubiere perdido, está obligado á pregonarlo en cierto modo y forma, para que si el dueño parece dentro del término señalado por ley, se le entregue satisfaciendo las espensas hechas en ella, y si no parece el dueño en el tiempo establecido, se aplica al inventor; pero si éste no observa la forma y solemnidad que la ley previene, se halla obligado á restituir como ladron (*dic. n. 2, ley 1, tit. 12, lib. 6, ordin.*).

No se opone en modo alguno la ley 22, tit. 1, part. 7, por aquellas palabras: *Tenemos por bien que si la avenencia fuere fecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro &c.*, mediante á que debe entenderse en el caso que no se apeló de ella á ejemplo de otros actos. Lo mismo debemos decir aunque no se haya apelado; como sea durante el término de la apelacion, por cuanto corren parejas en nuestro derecho el haberse apelado de la sentencia y el estar dentro del tiempo de la apelacion (núms. 68 y 69).

CAPITULO IV.

De la violencia.

1. El crimen público de la violencia puede cometerse con armas y sin ellas. Cuando se comete con armas, v. gr., quitando á alguno sus bienes, espeliéndolo de la posesion, ú oprimiéndolo para que entregue algun dinero ó cosa, contraiga, se obligue ó haga cosa semejante, aunque no pueda ser vencido el violentado ni se consiga lo que se intenta, debe imponerse la pena de deportacion y de confiscacion de todos sus bienes: la cual igualmente se ha de imponer cuando alguno convoca á otros para cometer sedicion ó violencia, y si en el acto de ésta es muerto alguno, ya sea por el que la causa, ya sea por el que la padece, ha de sufrir la pena capital el principal autor de la violencia; pero cometiéndose sin armas, solamente incurre en la pena de confiscacion de la tercera parte de los bienes, y asimismo en la de infamia como en el caso anterior (*n. únic. desde el princ. hasta el vers. Aliquando & tertio, leyes 2 y 8, tit. 10, part. 7.*)¹

¹ La pena de deportacion no está hoy en uso, y de consiguiente no tendrá lugar: la de confiscacion de todos los bienes por derecho comun era accesoría de la primera; por lo que en el dia, segun la costumbre general, el que comete fuerza pública ó privada se castiga con pena arbitraria [núm. 2].

2. Tambien se infiere á otro miedo y violencia compulsiva, impeliéndolo á vender ó contraer, en cuyo caso el acto *mero jure* válido, debe rescindirse con la accion *quod metus causa*. Asimismo cuando el acreedor quita por fuerza al deudor la cosa debida, por lo cual la pierde. Y últimamente, cuando alguno despues de contestado el pleito en la causa *finium regundorum* ocupa parte del fundo agero por su propia autoridad, poniendo en aquella mojones, por cuyo hecho la pierde, y ha de dar otro tanto de lo suyo al contrario (*vers. Aliquando et sexto y sigg. leyes 9 y 14, tit. 10, part. 7*)

CAPITULO V.

Del hurto.

1. El delito privado de hurto es una *contractacion fraudulenta de la cosa ajena contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar*. De esta definicion se colige que cuando alguno por su propia autoridad toma para algun uso la cosa de otro, creyendo que éste lo habia de permitir, por haberlo dicho á presencia de algunos, por ser consanguíneo, ó por otra causa justa que concorra, no se comete hurto; bien que en caso de duda siempre se presume contra el ladron, aunque diga el dueño haberse tomado la cosa con su consentimiento (números 1 y 2, *vers. Ex quibus etiam, ley 1, tit. 14, part. 7*).

2. El que toma alguna cosa cuyo señor ignora, ó se halla la que se hubiere perdido, está obligado á pregonarlo en cierto modo y forma, para que si el dueño parece dentro del término señalado por ley, se le entregue satisfaciendo las espensas hechas en ella, y si no parece el dueño en el tiempo establecido, se aplica al inventor; pero si éste no observa la forma y solemnidad que la ley previene, se halla obligado á restituir como ladron (*dic. n. 2, ley 1, tit. 12, lib. 6, ordin.*).

3. Si el hijo de familias, muger, consanguíneo, familiar ó siervo, toman alguna cosa de mucho valor, quedan obligados como ladrones y pueden ser acusados criminalmente, pronunciando el juez la sentencia segun la voluntad del padre respecto del hijo constituido en la potestad; mas no quedan, si es cosa de poco valor, lo cual se deja al arbitrio del juez, aunque el señor podrá recobrarla con remedio civil (*núm. 3, ley 4, tit. 14, part. 7*).

4. Por el primer hurto, segun la *ley 6, tit. 5, y la 2, tit. 13, lib. 4 del Fuero de las leyes*, se ha de entregar al dueño juntamente con la cosa el duplo de ella, y al fisco siete tantos de su valor; mas por costumbre de la mayor parte del reino no se impone pena pecuniaria ni á favor de la parte ni del fisco, sino corporal ú otra arbitraria, conforme á la cualidad del hurto y de la persona (*núm. 4, vers. Unum tamen, ley 18, tit. 14, part. 7*).

5. Por el segundo, como que se agrava la pena á causa de la frecuencia del delito, se impone comunmente la de azotes y la de amputacion de las orejas, porque la ley del Fuero que establece la pena de muerte, no se observa en esta parte (*número 5, ley 6 del Fuero, y 6, tit. 18, part. 2*). Por el tercero del mismo modo se aumenta la pena, y aunque no se halla establecido en el derecho, por costumbre general se impone la del último suplicio, pues por la reiteracion del crimen se hace ladrón famoso, y éste ha de ser ahorcado (*núm. 6*).

6. Aunque se cometa un hurto tan grande que equivalga á tres, no se ha de imponer la pena de muerte, así por no hallarse prevenido en el derecho, como porque aquella se impone no por la magnitud del hurto sino por su reiteracion y frecuencia (*núm. 7*).

1 Todo esto se deja al arbitrio del juez, el cual algunas veces por el primer hurto impondrá la pena capital, y otras ni aun por el tercero inispeccio-

7. Habiendo cometido un ladrón dos hurtos en un territorio y despues otro en el lugar en que se halla preso, puede condenarlo el juez de él á pena capital, sin embargo de que los primeros hurtos se hayan prescrito, porque siempre agravan al tercero; y aunque el juez no tiene facultad para conocer principalmente de los cometidos en otra jurisdiccion, sí para conocer por incidencia en cuanto á agravar la pena del hurto tercero por la reiteracion y frecuencia (*núm. 8*); bien que si el juez del pueblo donde se cometió el primer hurto, procede contra el delincuente, no le condenará en pena capital, en atencion á que los usos posteriores cometidos en diversas partes no agravan al primero: siendo digno de advertirse que para imponer la dicha pena por el tercer hurto, no es necesario que los primeros se hayan castigado, mediante á que segun hemos dicho, la pena se agrava por la frecuencia (*número 9*).

8. En varios casos solo por un hurto se impone la pena capital. El primero, cuando se comete en camino público ó en el mar, hallándose de propósito en ellos con intencion de cometerlo, aunque no se verifique homicidio, porque con esto solo, se dice el ladrón famoso (*núm. 10, ley 18, tit. 14 part. 7*). El segundo, cuando se hurta de la Iglesia ó lugar religioso alguna cosa sagrada, por cometerse sacrilegio. Dícense cosas sagradas y santas la custodia, cáliz, ára y otras semejantes, no las que pertenecen al ornato y culto divino, como los vasos en que se pone el vino y el agua. Tampoco se reputa para el particular de que se trata, cosa sagrada la cruz, por no serlo su materia, que no está bendecida ó consagrada por el obispo

nadas las circunstancias de la persona que hurta y de aquella á quien se hurta, como tambien la cosa hurtada, el lugar y tiempo del hurto cometido (*número 8*).

ó prelado, aunque lo sea en cuanto representa la verdadera en que padeció Jesucristo (*núm. 11, dic. ley 18, y leyes 2, tit. 14, 1 y 2, tit. 18 part. 1*).

9. El tercero, cuando el hurto es calificado, á saber, con violencia ó quebrantamiento de casa agena, lo cual se ha practicado en este reino aun en hurto pequeño; y respecto á que las leyes hablan de quebrantamiento de casa, no bastará el de una arca ó lugar donde se halla la cosa hurtada (*dic. ley 18, y 6, tit. 5, lib. 4 del Fuero de las leyes*). Y el cuarto caso es, cuando se comete el crimen de abigeato ó hurto de ganados, ya se hallen en la manada ó rebaño, ya en alguna casa ó establo, siembre que en el lugar de comision se frecuente este delito; pues de lo contrario se impone una pena arbitraria. El número que ha de hurtarse es el de diez en las ovejas, el de cuatro ó cinco en los cerdos, y el de cinco en los animales mayores como caballos y bueyes; lo que debe entenderse en un solo hurto, porque si se cometen muchos, basta hurtar una sola res (*núm. 13, ley 19, tit. 14, part. 7*).

10. Si alguno comete un hurto y se halla sin orejas, no es suficiente la presuncion de que ha cometido otros dos hurtos para imponerle la pena ordinaria, en atencion á que aquel defecto pudo provenir de otra causa ó hecho inculpable, mayormente cuando en las causas criminales en que puede venir pena corporal, no basta la prueba presuntiva sino la verdadera; pero sí será indicio suficiente el dicho defecto para que se le pregunte al reo de otros hurtos y lugares en que los cometió, y pueda el juez librar carta requisitoria á fin de certificarse, y aun para darle tormento si estuviese negativo; bien que si un soldado comete un hurto en el real y se halla sin orejas ni mano derecha, se presume que cometió otro antes por el que se le cortaron estos miembros, y se le impone la pena capital, determinándolo así una *ley de partida* que no de-

be estenderse, y aumentando la conjetura el defecto de la mano (*núm. 14, ley 6, tit. 18, part. 2*).

11. El que se encontró en alguna casa agena con ánimo de hurtar, ó el que en otra cualquiera parte se preparaba para ello, aunque nada se hubiese hurtado, se castiga con pena corporal arbitraria (*núm. 15*).

12. Los que reciben al ladron con la cosa hurtada ó ésta solamente, bien sean siervos ó hijos de familia, bien personas estrañas, deben sufrir la misma pena que aquel, porque prestan su auxilio cuando se está cometiendo el hurto, mediante á que el ladron no lo consuma hasta que *contracta* la cosa; mas los que reciben únicamente al ladron ó le prestan ayuda para huir, tan solo incurren en la pena de simple receptor, de que se ha hablado: con advertencia que los que compran ú obtienen por otro título algunas cosas de los siervos, si no las restituyen á los dueños, se obligan con la pena de hurto, en la que tambien incurre el que compra la cosa hurtada con conciencia, que puede presumirse por la cualidad de la persona ó del precio, y por comprar al siervo (*núm. 16, ley 18, tit. 14, part. 7*).

13. Cuando se toma fraudulentamente alguna cosa de la herencia yacente, se comete el crimen *expilatae hereditatis*, y no solamente tienen lugar su pena estraordinaria y restitucion de la cosa con sus frutos, sino tambien la pena corporal establecida en el derecho por el hurto, á causa de serlo en un sentido lato: no siendo de omitir que la pena pecuniaria impuesta por ley al ladron ú otro cualquiera no se debe pagar en conciencia, á no ser que se imponga *ipso jure*, ó se haya pronunciado sentencia condenatoria (*dic. núm. 16, vers. Item ad de quod praedicta, ley 2, tit. 14, part. 7*).

CAPITULO VI.

De la injuria.

1. De tres modos puede causarse la injuria, por escritura, por palabra y por hecho. Se causa por escritura, cuando alguno dicta ó compone contra otro algun libelo famoso, en el cual se contienen palabras injuriosas y ofensivas: incurriéndose en pena capital si en él se refiere algun delito verdadero ó falso, por el que al infamado deberia imponerse la misma pena. Tambien incurre en ésta cualquiera que lee el libelo puesto en lugun lugar, y en vez de quitarlo ó romperlo lo manifiesta á otros, porque se presume haber sido el compositor; pero si el injuriador no refiere delito de muerte en el libelo, ni el que lo lee lo muestra á otros, solamente ha de imponérseles pena arbitraria (*núm. 1, ley 3, tit. 9, part. 7*).

2. Por palabra se causa injuria maldiciéndose á alguno sin causa, ó diciendo contra él palabras contumeliosas, hállese presente ó ausente, y entonces deberá ser castigado el ofensor, cuando lo que se profiere no es verdadero, ó aunque lo sea, si no es útil á la república que se sepa; mas si le es útil, como si se dijese que otro es homicida ó leproso, por razon del suplicio que puede darse, y precaucion de que se valdrán los hombres con respecto al enfermo, no se castiga. Con arreglo á esta doctrina debe interpretarse la *ley 2, tit. 10, lib. 8 de la Recop.*, en la cual se establece que el que dice á otro alguna palabra injuriosa de las contenidas en ella, sea castigado con la pena de contradecirse y de proferir que faltó á la verdad. Ademas de lo referido, es necesario para la composicion de pena que las injurias se profieran con ciencia y dolo; pues si se profieren con error ó ignorancia, provenga de justa ó injusta causa, no hay lugar á ella: debiendo darse en lo odioso

una favorable inteligencia á las espresiones ó frases, cuando pueden admitirla (*núm. 2, ley 1, tit. 9, part. 7*).

3. Finalmente, se causa injuria por hecho cuando alguno dá á otro con la mano ó con algun instrumento, y cuando se introduce en su casa violentamente, bastando la amenaza ó el hecho de alzar la mano ó instrumento (*núm. 3, ley 6, tit. 9, part. 7*).

4. Las injurias verbales y de hecho pueden agravarse y ser atroces, ya por razon del hecho si la herida es muy considerable, ya por razon de la persona si se halla constituida en dignidad; y ya por razon del sitio donde se causa, si es en calle pública, en iglesia ó en presencia del juez (*núm. 4, ley 20, tit. 9, part. 7*).

5. La injuria no solamente puede inferirse á otro inmediatamente, sino tambien por medio de otra persona, v. gr., del hijo constituido en su potestad, por lo que el padre contra la voluntad ó con ignorancia de éste puede remitirla, escepto que el padre sea vil y no el hijo: del siervo, cuando es atroz la injuria, ó se infiere en oprobio del señor: del cadáver ó difunto, por conceptuarse hecha al heredero, en cuya virtud puede acusarla (segun pueden los consanguíneos) en su nombre ó en el del muerto: del familiar ó sirviente, siempre que se haga en contumelia del señor; y últimamente, por medio de la injuria hecha al clérigo y monge se hace tambien á la iglesia y abad, y pueden intentar contra el ofensor la accion *injuriarum* (*núms. 5 y 6, ley 10, tit. 9, part. 7 y pen. tit. 13, part. 1*).

6. De la injuria nacen dos acciones, una civil y otra criminal, y habiéndose intentado una, *ipso jure*, se estingue la otra, porque ambas miran á la vindicta pública. Se intenta la civil, cuando la parte ofendida hace mencion de la injuria en el libelo, y dice en él con juramento, segun se requiere,

que mas hubiera querido la pérdida de tanta cantidad ó haber dejado de adquirirla que haber recibido la injuria, concluyendo con la solicitud de que el injuriador sea condenado en ella: todo esto conforme á práctica y salva la tasacion del juez que ha de intervenir, atendida la calidad de la injuria y de la persona, porque la parte estimulada del odio puede escederse fácilmente. Y se intenta la accion criminal, cuando el ofendido acusa al delincuente, pidiendo que se imponga la pena criminal condigna (*núm. 7, ley 21, tit. 9, part. 7*), que puede ser hasta de muerte en dos casos: el primero siendo la injuria gravísima atendida la cualidad del hecho: el segundo, cuando por la injuria suele imponerse la pena capital en el lugar de su comision, porque el juez en lo arbitrario siempre debe referirse á lo que se acostumbra hacer (*núm. 8*): castigándose todo el delito público ó privado para el que no se halla pena determinada en el derecho, con otra extraordinaria segun el arbitrio del juez, atendida la cualidad del hecho, de la persona, de la ofensa y del lugar; y debiendo aquel imponer con suma consideracion la pena arbitraria á que sea acreedor el crimen, porque se versa por una parte el peligro de los reos, y por otra el grave perjuicio de la república (*dic. núm. 7, vers. Criminaliter*).

7. El injuriado, ya intente la accion civil ya la criminal, puede tambien reconvenir al ofensor para que le satisfaga todos los daños que se le han seguido por la injuria, y quanto ha dejado y dejará de lucrar por causa de ella; en cuya atencion podrá pedir los gastos que haya hecho en la cura, y si era persona que con su trabajo ó industria tenia algunos lucros, todos aquellos de que careciese durante la enfermedad, y de que carecerá por el tiempo de su vida si queda cojo ó debilitado (*núm. 9*).

8. Aunque intentándose la accion criminal sobre la inju-

ria, puede el juez por incidencia impartiendo el injuriado su oficio, condenar al injuriador á la satisfaccion de los daños é intereses, compete tambien para conseguírselos la accion útil de la ley Aquilia, que por dimanar de delito dura solamente veinte años; si bien la accion de injurias para la vindicta se prescribe por el trascurso de uno (*núm. 10*).

9. Si el ofendido muere por causa de la injuria, sus herederos pueden pedir los daños que se han seguido de ella, y la estimacion de las obras de que careció el difunto, segun el cómputo de años que trae la ley *Hæreditatem, ff. ad leg. Falcid.* bien que si la muerte se causó por defensa propia escediéndose en ella, se satisfarán únicamente en parte á arbitrio del juez, los daños é intereses por causa del exceso. Y si el injuriado queda vivo, mas con la falta de algun miembro ó perpetua debilitacion, de suerte que ningun oficio puede ejercer, el delincuente se halla obligado á pagarle anualmente cierta cantidad por todo el tiempo de su vida (*núm. 11. Véanse los núms. 37 y 38, cap. 3 de este tom.*).

10. Quedando el ofendido de resultas de la injuria con alguna cicatriz ó deformidad manifiesta, no deberá estimarse como daño ó interes ni por el juez ni por la parte, porque así como el hombre libre ninguna estimacion recibe, así tampoco su cicatriz ó deformidad, aunque el injuriado por causa de ella estimará en mas la injuria que puede llamarse atroz, y de consiguiente será mayor la condenacion. En la muger á lo menos cuando no es casada, bien puede estimarse la dicha fealdad mediante á que por ella con mas dificultad y con mayor dote encontrará marido (*núm. 12*): siendo digno de advertir que si el injuriado remite simplemente la injuria por precio ó sin él, no se entiende haber remitido las espensas, intereses y daños que de ella se siguieron (*núm. 13*).

11. Si de la injuria causada se sigue la muerte, no puede

intentarse contra el homicida la accion de injurias civilmente para conseguir la pena pecuniaria que se aplica á la parte, sino precisamente la acusacion por el homicidio para la vindicta pública: teniendo lugar solo esta doctrina, cuando es ofendido y muerto el hijo de familias ó el siervo en oprobio de su señor, en cuyos casos á éste y al padre compete la accion de injurias, por lo que dura ésta sin embargo de haber muerto el hijo y siervo; no en otros casos, porque la accion de injurias ú otra que competa por la vindicta pública, se estingue con la muerte del ofendido, y solo pasa á los herederos, si se verificó aquella contestado el pleito. De aquí se infiere que si el ofendido intentó la accion de injurias, y pendiente el proceso acontece la muerte, no deben proseguirlo los herederos, pudiendo el juez no admitir el libelo y mandar que se formalice dicha acusacion (núm. 14. Véase el núm. 31 al fin, cap. del homicid.).

12. De dos modos se estingue la accion de injurias, es á saber, cuando el ofendido perdona espresamente la injuria por precio ó sin él, y cuando no usa de aquella civil y criminalmente en el término de un año, por cuyo lapso se prescribe siempre, bien dimana del derecho civil, bien del Pretorio: entendiéndose remitida la injuria tácitamente, si el ofendido habló con el ofensor, si lo saludó, si comió con él ó ejecutó otros actos semejantes, á no ser que el ofendido debiese hacerlo por razon de urbanidad, como si ambos hubiesen sido convidados y por esta razon comiesen juntos (núm. 15, ley pen. tit. 9, part. 7).

13. El ofensor, aunque por su causa se hubiese originado la enemistad, puede pedir que el injuriado le preste caucion con fiadores, de que no le ofenderá por sí ni por medio de sus consanguíneos, amigos y familiares: y ademas puede solicitar que el juez le permita llevar consigo para su defensa criados

ú otras personas armadas. Tambien el juez de oficio puede compeler á las partes á que se presten recíprocamente la dicha caucion, por interesarse en ello la utilidad pública; aunque el juez no debe obligarlas á que den caucion perpetua, sino por determinado tiempo que ha de asignar su arbitrio: siendo necesaria para la espuesta seguridad la prueba de la enemistad ú ofensa, y no bastando el que hayan precedido amenazas (núm. 16).

14. Cuando aparece verosímilmente de la calidad de la persona ofendida que no puede dar la mencionada caucion, porque acaso es pobre ó forastera, bastará la juratoria; pero si acontece lo contrario, ha de estar presa hasta que preste la caucion primera (núm. 17).

15. De lo espuesto se colige que pueden los vecinos de un pueblo pretender ante el juez que éste espela de la vecindad la meretriz ó muger deshonesta, para que por su causa no se susciten riñas y escándalos entre ellos, y no se perviertan sus hijos ó hijas. Lo mismo debemos decir con respecto á los leprosos y otros que padecen enfermedades epidémicas ó contagiosas (dic. n. vers. Et ex superioribus).

CAPITULO VII.

Del crimen de estelionato.

1. Ademas de los delitos especiales de que hemos hablado, hay otros que se comprenden bajo la voz *estelionato*, cuyo crimen se comete en los casos siguientes. El primero, que es notable y general, cuando alguno comete dolo en perjuicio de otro en cualquiera acto ó contrato, pudiendo aquel ser reconvenido con la accion civil por el interes de la parte y ser castigado con pena extraordinaria. El segundo, cuando habiéndose obligado ó hipotecado la cosa á uno, se hipoteca á otro

intentarse contra el homicida la accion de injurias civilmente para conseguir la pena pecuniaria que se aplica á la parte, sino precisamente la acusacion por el homicidio para la vindicta pública: teniendo lugar solo esta doctrina, cuando es ofendido y muerto el hijo de familias ó el siervo en oprobio de su señor, en cuyos casos á éste y al padre compete la accion de injurias, por lo que dura ésta sin embargo de haber muerto el hijo y siervo; no en otros casos, porque la accion de injurias ú otra que competa por la vindicta pública, se estingue con la muerte del ofendido, y solo pasa á los herederos, si se verificó aquella contestado el pleito. De aquí se infiere que si el ofendido intentó la accion de injurias, y pendiente el proceso acontece la muerte, no deben proseguirlo los herederos, pudiendo el juez no admitir el libelo y mandar que se formalice dicha acusacion (núm. 14. Véase el núm. 31 al fin, cap. del homicid.).

12. De dos modos se estingue la accion de injurias, es á saber, cuando el ofendido perdona espresamente la injuria por precio ó sin él, y cuando no usa de aquella civil y criminalmente en el término de un año, por cuyo lapso se prescribe siempre, bien dimana del derecho civil, bien del Pretorio: entendiéndose remitida la injuria tácitamente, si el ofendido habló con el ofensor, si lo saludó, si comió con él ó ejecutó otros actos semejantes, á no ser que el ofendido debiese hacerlo por razon de urbanidad, como si ambos hubiesen sido convidados y por esta razon comiesen juntos (núm. 15, ley pen. tit. 9, part. 7).

13. El ofensor, aunque por su causa se hubiese originado la enemistad, puede pedir que el injuriado le preste caucion con fiadores, de que no le ofenderá por sí ni por medio de sus consanguíneos, amigos y familiares: y ademas puede solicitar que el juez le permita llevar consigo para su defensa criados

ú otras personas armadas. Tambien el juez de oficio puede compeler á las partes á que se presten recíprocamente la dicha caucion, por interesarse en ello la utilidad pública; aunque el juez no debe obligarlas á que den caucion perpetua, sino por determinado tiempo que ha de asignar su arbitrio: siendo necesaria para la espuesta seguridad la prueba de la enemistad ú ofensa, y no bastando el que hayan precedido amenazas (núm. 16).

14. Cuando aparece verosímilmente de la calidad de la persona ofendida que no puede dar la mencionada caucion, porque acaso es pobre ó forastera, bastará la juratoria; pero si acontece lo contrario, ha de estar presa hasta que preste la caucion primera (núm. 17).

15. De lo espuesto se colige que pueden los vecinos de un pueblo pretender ante el juez que éste espela de la vecindad la meretriz ó muger deshonesta, para que por su causa no se susciten riñas y escándalos entre ellos, y no se perviertan sus hijos ó hijas. Lo mismo debemos decir con respecto á los leprosos y otros que padecen enfermedades epidémicas ó contagiosas (dic. n. vers. Et ex superioribus).

CAPITULO VII.

Del crimen de estelionato.

1. Ademas de los delitos especiales de que hemos hablado, hay otros que se comprenden bajo la voz *estelionato*, cuyo crimen se comete en los casos siguientes. El primero, que es notable y general, cuando alguno comete dolo en perjuicio de otro en cualquiera acto ó contrato, pudiendo aquel ser reconvenido con la accion civil por el interes de la parte y ser castigado con pena extraordinaria. El segundo, cuando habiéndose obligado ó hipotecado la cosa á uno, se hipoteca á otro

dolosamente y sin notificarle la primera obligacion: verificándose tambien el estelionato en el caso de que á dos se hipotecuen generalmente los bienes, en los cuales se comprenden los futuros, y entendiéndose lo dicho si la cosa hipotecada no es suficiente para la satisfaccion de todas las deudas ú obligaciones. El tercero, cuando alguno pone á lo que vende mayor precio que el que corre comunmente, por venderlo mas caro. Y el cuarto, cuando algu no muestra á otro cierta cosa para venderla, y despues entrega otra, aunque del mismo género, no de igual bondad (núms. 1 y 2, leyes 7 y 8, tit. 16, part. 7).

CAPITULO VIII.

Del destierro.

1. El destierro puede imponerse por cierto tiempo (en el cual no se incluye el de la prision del reo) que siempre se juzga continuo y no interpolado, y por la vida del delincuente, quien de tal suerte debe cumplirlo, que si contraviene entrando en el lugar de donde está desterrado, se le duplica el tiempo que le falta si fué desterrado por menos de diez años; se le perpetua si lo fué por este tiempo, y se le impone la pena capital si fué perpetuo el destierro. Y no tan solo puede el juez condenar en esta pena, si tambien con justa causa en la de que el reo haya de vivir precisamente en tal ciudad, lugar ó casa, ó en la pena de que no pase por tal sitio ó calle: y dudándose si ha cumplido ó no el tiempo del destierro, incumbe la prueba al que lo afirma y deduce en juicio por causa de su intencion, como al que alega alguna edad en la cual se funda (núms. 1 y 2, ley 10, tit. 31, part. 7).

2. Cuando el juez impone la pena de destierro diciendo: *condeno á Pedro en la pena de destierro por tiempo, sin deter-*

minarlo, se entiende por diez años; pero cuando dice únicamente: *condeno en la pena de destierro*, se juzga perpetuo: advirtiéndose que en todos los casos referidos, el destierro debe entenderse con respecto al territorio del juez que pronuncia la sentencia, aunque el juez del pueblo en donde el reo tiene su domicilio, puede tambien desterrarlo del lugar de su origen, y el juez del pueblo en que se cometió el crimen puede desterrarlo de su jurisdiccion, del lugar del origen y del domicilio del delincuente (núm. 3).¹

3. Durante el tiempo del destierro, solo el príncipe puede levantarlo (núm. 4): y si el juez impone la dicha pena por el tiempo de su beneplácito y voluntad, aunque muera, dura el destierro, y el sucesor en el oficio tiene facultad para alzarlo, porque el tribunal es uno mismo que no espira con la muerte de algun juez, y el que primero impuso la pena de destierro, la impuso no como persona privada, sino como pública (número 5).

4. Si el juez condena á alguno en la pena de destierro, y al mismo tiempo en otra corporal ó pecuniaria como lo quebrante, valdrá tal sentencia que ya tiene autorizada la frecuente práctica, sin embargo de hallarse prevenido por derecho que tan solo se duplique el tiempo; pues esto tiene lugar en el caso de que en la misma sentencia ninguna pena se imponga al desterrado por el quebrantamiento (*dic. n. vers. Advertendum*).

¹ Farinacio enseña con muchos graves doctores que esto último no se observa, y Matienzo prueba con muchas leyes reales, que cualquiera juez puede desterrar al delincuente de todo el reino [núm. 4, vers. *Exilium*].

CAPITULO IX.

De la captura de los reos.

1. Sabida la pena de cada delito, importa saber con qué orden se proceda á la captura del delincuente, sobre lo cual debe advertirse que cuando el juez procede contra alguno de oficio ó á instancia de parte, conviene ante todo, que conste real y verdaderamente haberse cometido el delito que se pretende averiguar, yendo personalmente á ello ó enviando algun oficial suyo con el escribano para ver si hay algun muerto, si hay algun herido, cuantas heridas tiene y en que parte, ó si se ha cometido algun hurto, por ser éste el principal fundamento del juicio: y despues que conste del crimen, el juez recibirá las correspondientes declaraciones con exactitud y diligencia, mandando poner preso al que se halle culpado, sin que se cite antes por temor de la fuga, y sin que sea suficiente para la prision el dicho de la parte ofendida, sino que está en el artículo de la muerte, aunque bástará la declaracion de otro testigo, no idóneo como el menor ó conseruado (núm. 1). Asimismo el juez en los delitos en que pueda venir pena de confiscacion, hará inventario de los bienes ante escribano para que no se oculten ni perezcan en perjuicio del fisco, y si le parece; los depositará en algun tercero que tenga cuidado de ellos, segun se practica (núm. 2).

2. A cualquiera persona privada, aunque no haya sido ofendida, es lícito prender al delincuente hallándole *in fraganti*, con tal que lo presente luego á su juez: y tambien el juez secular ú oficial suyo, en iguales circunstancias puede prender al clérigo y hacer la misma presentacion; pero despues de cometido el delito, solamente el juez ó algun oficial suyo con su mandato puede prender al reo, sino en algunos delitos espe-

ciales, en los cuales tiene facultad para hacerlo cualquiera privado, debiendo presentar el delincuente al juez dentro de veinte horas, porque de lo contrario comete el crimen *privati carceris* (núm. 3, ley 2, tit. 29, part. 7, que numera los dichos delitos).

3. El juez ú oficial con mandato suyo no puede aprehender sin requisitoria al reo existente en ageno territorio, así como no puede sin ella hacer ejecucion en los bienes del condenado, sitos en otra jurisdiccion: y si acaso por su propia autoridad hiciere la prision, ha de ser ante todo suelto el delincuente (núm. 4). Tampoco el juez ha de prender al reo en diverso territorio, aun cuando le vaya siguiendo desde el suyo (núm. 5): siendo digno de notar que en los casos en que el juez ú oficial puede aprehender al reo, puede tambien herirlo ó quitarle la vida, si se defiende con armas de fuego, con la fuga ó de algun otro modo (núm. 6).¹

4. La cárcel y prisiones han de ser segun la calidad del delito y de la persona; porque no ha de custodiarse el noble y anciano como el plebeyo y jóven, ni ha de ser una misma la custodia del dia y de la noche, en atencion á que la cárcel no fué inventada para castigo de los reos sino para su seguridad: debiendo en todo lo espuesto el juez, á cuyo arbitrio queda el género de prision, y el alcaide de la cárcel poner sumo cuidado, como asimismo en que no falten á los presos los alimentos y demas cosas necesarias, sin prohibirles el que con nadie conversen; aunque si la calidad del crimen y de la persona lo exige, puede el juez hacer esto último para la averiguacion de la verdad (*dic. n. vers.* Item adde leyes 4 y 6, tit. 29, part. 7).

5. Puede el juez lícitamente dar libertad al reo despues

¹ No puede ser preso el reo que huye, á no ser que el juez lo mandase espresamente, ó aquel esté sentenciado á muerte, ó encartado [núm. 6].

de la publicacion de probanzas, si consta de su inocencia, y el alcaide de la cárcel debe presentarle todos los meses una lista de los presos con espresion de sus nombres, edad y delitos, para que pueda tener cuidado y noticia de ellos, y determinar mejor y con mayor brevedad sus causas; bien que para este efecto en todos los tribunales del reino comunmente se tiene audiencia pública en ciertos dias de la semana (*núm. 7, ley 8, tit. 29. part. 7, ley 8, tit. 7, lib. 2 de la Recop.*).

6. Si por el delito se impone solo una pena pecuniaria, dando el reo fianzas le ha de dar libertad el juez, pues de lo contrario hace injuria; pero si es pena corporal la que corresponde al crimen, ni aun con fianzas deberá el juez soltarle, porque el fiador de ningun modo puede obligarse al castigo corporal que debe sufrir el delincuente, mediante á que ninguno es señor de sus miembros: y si el juez en este caso mandó soltar al reo bajo fianzas, satisfará el fiador la pena pecuniaria prometida, y si no la hubiese prometido, otra segun el arbitrio del juez, á no ser que en este caso por costumbre se haya introducido cierta pena (*núm. 8, ley 10, tit. 29 part. 7*).

7. Si habiéndose puesto en libertad al reo por haber prometido bajo cierta pena siendo rico, el presentarse dentro de algun término, ó por haberla prometido por él el fiador, no se presenta ó es presentado en el tiempo que se asignó, incurren en ella, aunque no hayan sido requeridos por el juez ó por la parte, en cuyo favor se hizo la promesa, porque la reconvenccion ó monicion no es necesaria respecto de aquel que en contrato ó convenio se obliga á hacer alguna cosa dentro de algun término (*núm. 9*).

8. Siendo preso el reo á quien se dió libertad bajo fianzas, por la misma causa que estaban obligados los fiadores á presentarlo, quedan éstos libres, y de consiguiente no son responsables si el delincuente se huye; mas si fué preso por causa di-

versa sucede lo contrario; bien es verdad que en este caso pueden comparecer los fiadores ante el juez, solicitando que lo tenga por presentado á causa de no querer continuar en la obligacion, con lo cual quedan libres, aunque despues haga fuga el reo (*dic. núm. vers. Dubium tamen.*); no siendo de omitir que el preso injustamente debe apelar, sin embargo de que se hayan pasado los dias señalados para ello, por ser el gravámen continuo (*núm. 10*).

9. Cuando alguno se huya de la cárcel, sin embargo de que no haya cometido el crimen principal y esté inocente, se le ha de imponer una pena arbitraria por el quebrantamiento, mediante á no hallarse determinada en el derecho, despues de cuya imposicion ha de custodiarse por el principal delito con mayor precaucion que antes: y en el caso de ser cierta la opinion comun, segun la cual si el reo se huye, por parecer que confiesa el delito, se ha de castigar con la pena de éste, como si verdaderamente se hubiese probado; debe entenderse cuando el reo se huye con violencia y quebrantamiento de puerta ó prisiones, no cuando se huye por hallar la puerta abierta, en cuyo evento será castigado mas suavemente (*núm. 11, ley 13, tit. 29, part. 7*).

10. Huyéndose algun delincuente de la prision, ó hiriéndose ó matándose en ella, se presume dolo ó culpa de parte del alcaide, y ha de sufrir la misma pena que debia imponerse al reo fugitivo, no probándose lo contrario, sin embargo de que cuando se comete el crimen solamente con culpa, ó se castiga por presunciones y no por prueba clara, únicamente se impone una pena extraordinaria; pues el alcaide se halla obligado por razon de su oficio (*dic. núm. vers. Item adde quod, ley 13, tit. 29, part. 7*).

11. Si alguna muger estimulada del grande afecto que tiene á su marido, preso por grave delito, entrando en la cárcel

trueca con él sus vestidos, para que disfrazado se ponga en libertad, quedando presa en lugar del marido; atendida la obediencia que á éste se debe, y atendido tambien al amor que entre ellos media, se ha de escusar á lo menos de la pena ordinaria (*num. 12*).

12. Al que estrahe un preso de la cárcel, si lo estaba por deuda, se le castiga con que satisfaga ésta, y ademas con pena arbitraria por el quebrantamiento y ofensa hecha al juez, y si lo estaba por delito, con la pena correspondiente á éste (*dic. num. vers. Confirmatur*).

CAPITULO X.

Quando goza el reo de la inmunidad eclesiástica y del privilegio de la primera tonsura.

1. En cuanto á la primera parte de este capítulo debemos decir, que todo delincuente goza, por lo regular de la inmunidad de la Iglesia, y no puede ser sacado acojiéndose á ella, ni prohibirse por el juez que se le presten los alimentos y demas cosas necesarias: gozando de la misma los que se acogen al clérigo que conduce el Cuerpo de Nuestro Señor Jesucristo, sin embargo de que no se halla establecido en el derecho, pues la Iglesia goza del espuesto privilegio por el mismo Jesucristo (*num. 1, ley 1, tit. 11, part. 1*).

2. Dije *por lo regular*, porque en los casos siguientes no se goza de ella. El primero, cuando el reo es ladrón público ó famoso, del cual hablamos en el cap. 5, mas no si cometió un simple hurto (*ley 4, tit. 11, part. 1*). El segundo, cuando alguno de noche asola ó devasta los campos y sus mieses, mediante lo grave del crimen y lo perjudicial á la república (*dic. ley*). El tercero, cuando el delito se cometió en la Iglesia ó salió de ella el reo para delinquir, por no ser justo que le

franquee beneficio ofendiéndola; y en este caso es juez competente el secular y no el eclesiástico (*dic. ley*). El cuarto, cuando siendo conducido el reo por el juez ó ministro á la cárcel ó suplicio, se pasa por alguna iglesia ó lugar sagrado, porque entonces no goza de su inmunidad, en atencion á que no se halla libre y suelto segun se requiere. Y el quinto, cuando el homicidio ó delito se comete alevosamente conforme á la mas común opinion, de la cual, dice nuestro autor, no hemos de apartarnos ni juzgando ni aconsejando, aunque la contraria es mas arreglada á derecho: añadiendo que en los casos que el reo no goza de la inmunidad, no ha de ser estraído de la iglesia por el juez lego sino por el eclesiástico para entregarlo á éste (*num. 2*).¹

3. En cuanto á la segunda parte del presente capítulo hemos de advertir ante todo, que el privilegio de primera tonsura consiste en que el clérigo que goza de él, no pueda ser preso ni castigado por el juez secular, y en que si de hecho éste lo aprehenda, lo entregue á su juez eclesiástico, como tambien en que solo pueda ser reconvenido ante éste, de cuyo privilegio ninguno puede renunciar por haberse concedido á todo el orden clerical (*num. 3*).

4. Aunque el clérigo sea casado goza del dicho privilegio; pero se requiere para ello que traiga hábito y tonsura clerical al tiempo del delito y cuatro meses antes, y que haya sido casado sola una vez y con muger vírgen, no con viuda ó corrupta, sin embargo de que creyese no serlo, á no ser que el mismo que casa con ella la hubiese desflorado: debiendo el clérigo

¹ Quien apetezca una cabal instruccion acerca de los procesos sobre la inmunidad de la Iglesia, hasta su decision en las chancillerías y audiencias, puede ver á D. Francisco Antonio de Elizondo en el tom. 3 de su *práct. univ. y for.* pág. 327 y siguientes.

go que goza del fuero, si fuese preso por el juez secular, comparecer ante el eclesiástico para que ante todo inhíba al juez lego, probando el título clerical, y asimismo el matrimonio con una sola muger virgen ó que por tal estaba reputada comunmente, con lo cual obtendrá, si no se hace constar lo contrario (núm. 4).¹

5. Cuando el delincuente se ordenó de primera tonsura, despues de haber cometido el crimen, ha de conocer de la causa el juez secular y no el eclesiástico, porque para imponer la pena se mira al tiempo del delito y no al de la sentencia (núm. 5).²

6. Si cometen algun crimen un clérigo y un lego, no goza éste del privilegio del fuero, y de consiguiente cada uno ha de ser castigado por su propio juez, pues aunque se dice comunmente que lo mas digno atrae á sí lo menos digno, esto corre tan solo en las causas conexas é inseparables (núm. 6, ley 123, del Estilo).

7. El clérigo de primera tonsura que declina la jurisdiccion secular y recurre al juez eclesiástico, pierde los oficios reales y sus emolumentos: debiendo subsistir esta disposicion, por no ser contra la libertad eclesiástica, ni usurpárseles á los clérigos derecho ó privilegio concedido por los cánones, sino proveniente de los mismos reyes; bien que será remedio útil para evitar esta pena, que en vez de declinar la jurisdiccion secular el reo, su juez eclesiástico de oficio lo pida, segun puede hacerlo, así como por su interes se admiten el señor por el

1 Para que el clérigo casado goce del privilegio del fuero en lo criminal, ademas de lo dicho es necesario que ejerza actualmente algun ministerio en alguna iglesia, siendo diputado para ello por el obispo (núm. 5).

2 Se halla recibido que esto se entienda cuando el reo se hizo clérigo en fraude de la jurisdiccion secular, en cuyo caso habrá lugar únicamente á la imposicion de pena pecuniaria, y no de corporal (núm. 6).

siervo, el padre por el hijo y el abad por el monge (núm. 7, leyes 3, 4 y 5, tit. 4, lib. 5 de la Recop.).

CAPITULO XI.

De qué manera se formalice la acusacion.

1. Hallándose preso el delincuente se requiere que contra él se formalice por escrito la acusacion solemne, en donde se mencionen el acusador y acusado, el emperador ó rey, el año, mes, lugar en que se cometió el delito, y el delito mismo que se acusa: cuya solemnidad, aunque por costumbre siempre interviene no es necesaria, ni su defecto anulará el proceso, atendida la ley 10, tit. 17, lib. 4 de la Recop., que establece se proceda en todas las causas con arreglo solamente á la verdad que de ellas resulte; pues no obstante de que habla en las causas civiles, por intervenir la misma razon, se debe estender á las criminales segun se practica (núm. 1, ley 14, tit. 1, part. 7). Por el fundamento espuesto tampoco se necesita conclusion en que se pida la condenacion del reo en cierta pena, ó en la que se halla establecida por derecho, así como no se quiere en las causas civiles: habiéndose abolido por general costumbre la pena del talion en todos casos, para que con el miedo de tan grave pena no se dejen de acusar los delitos en perjuicio de la República, é imponiéndose únicamente al acusador calumnioso una pena correspondiente á la injuria (núm. 3, leyes 40, tit. 2, part. 3 y 26, tit. 1, part. 7).

2. Cuando el delito no lo es por razon del hecho sino por razon del dia ú hora en que se ejecutó, ha de mencionarse forzosamente el tiempo de su comision en el libelo, y se ha de probar por el acusador para que el reo sea condenado porque esta circunstancia es el fundamento de la intencion de aquel; pero si el delito lo es por razon del hecho, y de consiguiente

go que goza del fuero, si fuese preso por el juez secular, comparecer ante el eclesiástico para que ante todo inhíba al juez lego, probando el título clerical, y asimismo el matrimonio con una sola muger virgen ó que por tal estaba reputada comunmente, con lo cual obtendrá, si no se hace constar lo contrario (núm. 4).¹

5. Cuando el delincuente se ordenó de primera tonsura, despues de haber cometido el crimen, ha de conocer de la causa el juez secular y no el eclesiástico, porque para imponer la pena se mira al tiempo del delito y no al de la sentencia (núm. 5).²

6. Si cometen algun crimen un clérigo y un lego, no goza éste del privilegio del fuero, y de consiguiente cada uno ha de ser castigado por su propio juez, pues aunque se dice comunmente que lo mas digno atrae á sí lo menos digno, esto corre tan solo en las causas conexas é inseparables (núm. 6, ley 123, del Estilo).

7. El clérigo de primera tonsura que declina la jurisdiccion secular y recurre al juez eclesiástico, pierde los oficios reales y sus emolumentos: debiendo subsistir esta disposicion, por no ser contra la libertad eclesiástica, ni usurpárseles á los clérigos derecho ó privilegio concedido por los cánones, sino proveniente de los mismos reyes; bien que será remedio útil para evitar esta pena, que en vez de declinar la jurisdiccion secular el reo, su juez eclesiástico de oficio lo pida, segun puede hacerlo, así como por su interes se admiten el señor por el

1 Para que el clérigo casado goce del privilegio del fuero en lo criminal, ademas de lo dicho es necesario que ejerza actualmente algun ministerio en alguna iglesia, siendo diputado para ello por el obispo (núm. 5).

2 Se halla recibido que esto se entienda cuando el reo se hizo clérigo en fraude de la jurisdiccion secular, en cuyo caso habrá lugar únicamente á la imposicion de pena pecuniaria, y no de corporal (núm. 6).

siervo, el padre por el hijo y el abad por el monge (núm. 7, leyes 3, 4 y 5, tit. 4, lib. 5 de la Recop.).

CAPITULO XI.

De qué manera se formalice la acusacion.

1. Hallándose preso el delincuente se requiere que contra él se formalice por escrito la acusacion solemne, en donde se mencionen el acusador y acusado, el emperador ó rey, el año, mes, lugar en que se cometió el delito, y el delito mismo que se acusa: cuya solemnidad, aunque por costumbre siempre interviene no es necesaria, ni su defecto anulará el proceso, atendida la ley 10, tit. 17, lib. 4 de la Recop., que establece se proceda en todas las causas con arreglo solamente á la verdad que de ellas resulte; pues no obstante de que habla en las causas civiles, por intervenir la misma razon, se debe estender á las criminales segun se practica (núm. 1, ley 14, tit. 1, part. 7). Por el fundamento espuesto tampoco se necesita conclusion en que se pida la condenacion del reo en cierta pena, ó en la que se halla establecida por derecho, así como no se quiere en las causas civiles: habiéndose abolido por general costumbre la pena del talion en todos casos, para que con el miedo de tan grave pena no se dejen de acusar los delitos en perjuicio de la República, é imponiéndose únicamente al acusador calumnioso una pena correspondiente á la injuria (núm. 3, leyes 40, tit. 2, part. 3 y 26, tit. 1, part. 7).

2. Cuando el delito no lo es por razon del hecho sino por razon del dia ú hora en que se ejecutó, ha de mencionarse forzosamente el tiempo de su comision en el libelo, y se ha de probar por el acusador para que el reo sea condenado porque esta circunstancia es el fundamento de la intencion de aquel; pero si el delito lo es por razon del hecho, y de consiguiente

en todo tiempo es digno de punición, no debe espresarse en el libelo ni probarse por el acusador el día y hora en que se cometió, pues de lo contrario se hallaría muy cohartado, y muchos delitos no se podrían probar ni castigar en detrimento del bien público (núm. 4). Y en tanto es esta doctrina verdadera que tiene también lugar, y no puede el juez mandar lo contrario, aun en el caso de que el acusado inste por que se espresen el día y hora del crimen, mayormente cuando con esta espresión se abriría puerta á las falsedades, probando el reo con testigos que en el día y hora espresados estuvo ausente, y que por tanto no pudo cometer el delito (núm. 5).¹

3. Sin embargo de que el acusador espresen en el libelo el día y hora del delito, en el caso que hemos dicho no tiene obligación á ello, de ningún modo le perjudica el probar que se cometió en otro tiempo diverso del espresado, bien la espresión se hiciese á instancia del acusado, bien espontáneamente. Esta doctrina se comprueba (omitiendo otras varias razones de nuestro autor) con la referida ley recopilada, según la cual debe procederse atendida la verdad, y puede seguirse la condenación probándose otra causa diferente de la que se dedujo en juicio: y en vista de la ley citada y de los fundamentos omitidos, tiene por cierto nuestro Gomez que aunque se espresen en el libelo por forma y sustancia del proceso, el tiempo y lugar del delito, y se pruebe su comisión en diverso tiempo y lugar, ó simplemente sin acreditar el lugar y tiem-

1. Si el reo pide la dicha espresión maliciosamente (lo cual se deja al arbitrio judicial), no ha de condescenderse á su solicitud, debiendo el juez antes de mandar al acusador, que espresen el día y hora del crimen, inquirir del reo, qué día estuvo ausente, qué defensa quiere hacer y para qué solicita la espresión del día; pues si ve que de ésta ha de resultar alguna defensa, ha de mandar que se haga (núm. 6).

po en el caso que el hecho siempre es criminoso, puede hoy seguirse la condenación (núm. 6).

4. Probándose únicamente el delito y no la cualidad que lo agravaba y fué propuesta en la acusación (como si se cometió un homicidio con alevosías), ha de ser condenado el delincuente, aunque pendiente el juicio no hubiese separación con respecto á la dicha cualidad. Así se acredita de las razones espuestas anteriormente, y de que el crimen fué sustancialmente probado, pues no obstante que la cualidad espresada en el libelo altere la pena, no constituye crimen diferente en la sustancia (núm. 7).

5. Pendiente la causa puede el acusador deducir en ella la cualidad que agravaba el delito y fué omitida en el libelo, con tal que se le dé traslado al reo para su defensa, y se proponga antes de la sentencia definitiva y conclusión en la causa, pues la acción ó acusación propuesta puede mudarse ó enmendarse en cuanto á lo accidental después de contestado el pleito: y aunque no se dedujese la tal cualidad en toda la causa, como se hallase probada en el proceso, puede imponerse al reo la pena que si se hubiera deducido, ya porque un simple libelo comprende cualquiera especie del hecho propuesto, y ya porque en ello se interesa la república (núm. 8. Véanse los núms. 10, cap. 1 y 25, cap. 3 de este comp.).

CAPITULO XII.

De la prueba de los delitos.

1. Por lo que hace á la prueba de los delitos debemos advertir, que una cosa es información, otra indicio ó presunción, otra es prueba semiplena y otra prueba plena y legítima. La información es un simple dicho ó aserción de alguno sin juramento y forma judicial, por la que se mueve el juez á inquirir

en todo tiempo es digno de punición, no debe espresarse en el libelo ni probarse por el acusador el día y hora en que se cometió, pues de lo contrario se hallaría muy cohartado, y muchos delitos no se podrían probar ni castigar en detrimento del bien público (núm. 4). Y en tanto es esta doctrina verdadera que tiene también lugar, y no puede el juez mandar lo contrario, aun en el caso de que el acusado inste porque se espresen el día y hora del crimen, mayormente cuando con esta espresión se abriría puerta á las falsedades, probando el reo con testigos que en el día y hora espresados estuvo ausente, y que por tanto no pudo cometer el delito (núm. 5).¹

3. Sin embargo de que el acusador espresen en el libelo el día y hora del delito, en el caso que hemos dicho no tiene obligación á ello, de ningún modo le perjudica el probar que se cometió en otro tiempo diverso del espresado, bien la espresión se hiciese á instancia del acusado, bien espontáneamente. Esta doctrina se comprueba (omitiendo otras varias razones de nuestro autor) con la referida ley recopilada, según la cual debe procederse atendida la verdad, y puede seguirse la condenación probándose otra causa diferente de la que se dedujo en juicio: y en vista de la ley citada y de los fundamentos omitidos, tiene por cierto nuestro Gomez que aunque se espresen en el libelo por forma y sustancia del proceso, el tiempo y lugar del delito, y se pruebe su comisión en diverso tiempo y lugar, ó simplemente sin acreditar el lugar y tiem-

1. Si el reo pide la dicha espresión maliciosamente (lo cual se deja al arbitrio judicial), no ha de condescenderse á su solicitud, debiendo el juez antes de mandar al acusador, que espresen el día y hora del crimen, inquirir del reo, qué día estuvo ausente, qué defensa quiere hacer y para qué solicita la espresión del día; pues si ve que de ésta ha de resultar alguna defensa, ha de mandar que se haga (núm. 6).

po en el caso que el hecho siempre es criminoso, puede hoy seguirse la condenación (núm. 6).

4. Probándose únicamente el delito y no la cualidad que lo agravaba y fué propuesta en la acusación (como si se cometió un homicidio con alevosías), ha de ser condenado el delincuente, aunque pendiente el juicio no hubiese separación con respecto á la dicha cualidad. Así se acredita de las razones espuestas anteriormente, y de que el crimen fué sustancialmente probado, pues no obstante que la cualidad espresada en el libelo altere la pena, no constituye crimen diferente en la sustancia (núm. 7).

5. Pendiente la causa puede el acusador deducir en ella la cualidad que agravaba el delito y fué omitida en el libelo, con tal que se le dé traslado al reo para su defensa, y se proponga antes de la sentencia definitiva y conclusión en la causa, pues la acción ó acusación propuesta puede mudarse ó enmendarse en cuanto á lo accidental después de contestado el pleito: y aunque no se dedujese la tal cualidad en toda la causa, como se hallase probada en el proceso, puede imponerse al reo la pena que si se hubiera deducido, ya porque un simple libelo comprende cualquiera especie del hecho propuesto, y ya porque en ello se interesa la república (núm. 8. Véanse los núms. 10, cap. 1 y 25, cap. 3 de este comp.).

CAPITULO XII.

De la prueba de los delitos.

1. Por lo que hace á la prueba de los delitos debemos advertir, que una cosa es información, otra indicio ó presunción, otra es prueba semiplena y otra prueba plena y legítima. La información es un simple dicho ó aserción de alguno sin juramento y forma judicial, por la que se mueve el juez á inquirir

á lo menos lícita y justamente del delito: pudiendo aun recibirse de personas inhábiles (núm. 1). El indicio ó presuncion es una racional y verosimil conjetura del hecho ó delito, y cierta inclinacion del ánimo por algunas circunstancias á creer alguna cosa. Es tambien menos que semiplena prueba, por lo que concurriendo con un testigo de vista, no resulta plena para condenar. La prueba semiplena es, cuando un testigo fidedigno y mayor de toda excepcion depone del hecho ó delito por haberlo visto ó percibido con algun otro sentido corporal, de tal suerte que concluya; pues si dos testigos hacen plena prueba, uno la hará semiplena.

2. La prueba plena y legítima es un perfecto conocimiento del hecho ó delito por los modos establecidos en el derecho. Hácese principalmente por la confesion de la parte y por testigos legítimos. Por la confesion de la parte, cuando el reo confiesa en juicio voluntariamente el delito, pues es bastante para condenar, aunque la confesion no se ratifique ni confirme de algun otro modo; bien que inmediatamente no ha de ser condenado el reo, sino que el juez debe señalarle término para oponer alguna excepcion, si la tiene, mediante á que el crimen podia estar ya prescrito, haberlo hecho en su defensa ó en el tiempo que era menor (núm. 3, leyes 2, tit. 13, part. 3 y 15, tit. 1, part. 7).

3. Tambien tiene la misma fuerza la confesion hecha ante el juez sin proceder interrogacion suya, y sin juramento, como asimismo la contenida sin él en libelos ó posiciones (núm. 4): debiendo decirse lo mismo de la que se hace y contiene en proceso nulo segun derecho, á no ser que la nulidad provenga de defecto de jurisdiccion, porque cuando la ley ó estatuto excluye las nulidades, no se entiende escluir ésta (núm. 8).

4. Lo espuesto acerca de la confesion, no tiene lugar siempre que se haga por persuasiones del juez y promesa de que

le librará, pues se tiene por nula, y en virtud de ella no puede ser condenado el reo, á causa de presumirse que confesará lo que no hizo con la esperanza de la venia (núm. 6). De aquí es que si habiéndose acogido á lugar sagrado algun reo, el juez le dá seguridad para que salga y se presente ante él, se le ha de cumplir la palabra, y ha de ser restituido á la Iglesia, como por el delito se gozase de la inmunidad; porque la promesa debe cumplirse aunque sea á favor de los enemigos (núm. 7).

5. El juez, bien de oficio, bien á instancia de parte, puede obligar al reo á que preste el juramento de calumnia en cuanto al artículo de decir la verdad, y á que responda á las posiciones, siempre que sea en juicio y preceda difamacion ó justa causa: y de tal suerte está obligado el reo á decir la verdad, que si preguntado justa y lícitamente por el juez no la dice, peca mortalmente aunque por su confesion se le hubiese de imponer la pena capital, bajo cuyo supuesto no puede el abogado aconsejar al delincuente que la oculte (núm. 5, leyes 23, tit. 11, part. 3 y 4, tit. 29, part. 7).

6. En la prueba plena que se hace por testigos, bastan dos fidedignos y mayores de toda excepcion como en las causas civiles, aunque el delito sea gravísimo y se presenten contra el Pontífice ó Emperador; siendo de advertir que probándose el delito solamente por un testigo fidedigno, no tiene lugar el juramento por defecto de prueba, segun acontece en las causas civiles (núm. 9).

7. Para que la deposicion de los testigos pruebe y concluya, es indispensable que den la razon de sus dichos, que consiste en espresar si vieron lo que dicen, si lo oyeron ó si lo percibieron por algun otro sentido corporal, con el que puede percibirse el acto sobre que se depone [*dic. núm. vers. Unum tamen*]: todo lo cual debe entenderse cuando se les pregunta

la razon, mas no de lo contrario, sino que depongan sobre alguna cosa que únicamente perciba el entendimiento, v. gr., sobre el dominio, posesion ó jurisdiccion, pues entonces, aun no siendo preguntados, deben espresar la causa del hecho y cualidades de donde se infiera: y lo mismo sucede deponiendo sobre alguna circunstancia de la persona, como la nobleza ó dignidad; bien que si al testigo no se le pregunta ni dá la razon de su dicho, puede la parte presentarlo segunda vez, aunque sea despues de la publicacion de probanzas: debiendo tenerse presente que tan solo prueban los testigos de cierta ciencia, no los de creencia, escepto que depongan de ella por razon concluyente [núm. 10].

8. De esta doctrina se infiere que si los testigos deponen de algun delito cometido de noche, deben necesariamente declarar que en aquel tiempo habia luz ó lucerna en el lugar del crimen, y de lo contrario no prueban ni concluyen (*dic. núm. vers. Ex quibus infertur*): pudiendo el juez hacer á los testigos varias preguntas acerca de las cualidades ó circunstancias del delito y persona con el fin de averiguar la verdad, y de ver si se contradicen ó varian; pero ésto puede practicarse únicamente cuando los testigos vacilen ó sean de poca fama, no si son fidedignos y de buena opinion (núm. 11).

9. Igualmente es indispensable que los testigos estén contestes en el delito sobre que declaran, concordando en el tiempo, lugar y persona, pues de otra suerte son singulares, y la prueba efectivamente es de un solo testigo, á causa de que siendo el acto reiterable, se juzga que deponen de diferentes y que no están contestes, y no siendo reiterable, que son contrarios, y por tanto no prueban (*dic. núm. 10, vers. Item adde quod etiam.*)

10. En algunos casos prueban los testigos singulares, como cuando la diversidad de ellos puede unirse, v. gr., si tra-

tándose de probar la prescripcion de diez años, dos testigos deponen del primer quinquenio y otros dos del segundo, por resultar una plena prueba de los diez años unidas todas las declaraciones. Así tambien acontece si por la conjuncion del tiempo se presume un solo acto en número, tiempo y cualidad, como si por un mismo agujero dos ó mas testigos ven sucesivamente cometer algun crimen. Y finalmente sucede lo mismo cuando se trata de probar algun delito en género, que comprende bajo de sí diferentes especies ó actos particulares como la heregía, nó simple y particular como el homicidio; porque si un testigo depone de un hecho y otro de otro queda probado plenamente el delito (núm. 12).

11. Llámanse testigos fidedignos y mayores de toda escepcion aquellos á quienes ninguna puede objetarse y que no se hallan prohibidos por ley (*dic. núm. al fin.*). En el número de los prohibidos con respecto á las causas criminales se comprende en primer lugar la muger atendido el derecho canónico, porque atendido el real puede ser testigo en todas las causas civiles y criminales siempre que sea honesta y de buena fama escepto en el testamento (*ley 17, tit. 16, part. 3*). En segundo lugar el menor de veinticinco años, aunque causa algun indicio (*número 13, ley 9, tit. 16, part. 3*).

12. En tercer lugar se halla prohibido el enemigo, siempre que la enemistad sea grave como la que proviene de injuria real ó verbal, de pleito criminal en que se interesa la vida ó de pleito civil sobre todos los bienes ó la mayor parte, mas no si es leve segun el arbitrio del juez, bien dimanase la enemistad por culpa de aquel contra quien se presenta, bien por culpa del que es presentado por testigo: bastando que subsista causa de la cual pudo verosíblemente originarse la enemistad, aunque el ofendido asegure no ser enemigo: de tal suerte que éste no se admite aun en el crimen de

lesa magestad ni otro cualquiera gravísimo, en donde se reciben testigos inhábiles, porque la inhabilidad de aquel mira particularmente el odio de la persona; por el cual es de temer con fundamento alguna falsedad, y la inhabilidad de éstos mira un defecto por el que se escluyen generalmente. Y no tan solo se repele el enemigo sino tambien sus descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, por presumirse serlo. Mas sin embargo de lo dicho se encuentran casos en los que se admite el enemigo, es á saber, cuando lo es igualmente de ambas partes, y cuando la enemistad fué procurada; pues si la parte contra quien se presenta sin preceder riña ni otra causa, injuria á alguno con el fin de que no pueda ser testigo contra él, no le aprovecha su malicia: y no es escepcion de la espuesta doctrina el que se admita por testigo el enemigo despues de haberse reconciliado ó hecho la amistad espresa ó tácitamente, v. gr., si conversara con su contrario como amigo antes de la deposicion, por no ser ya enemigos; y por tanto siendo reciente la reconciliacion y amistad, mediante á presumirse todavia enemigo el contrario, no se admite (*núm. 14, ley 13, tit. 16, part. 3*).¹

13. En cuarto lugar, todos los ascendientes y descendientes del acusador y sus colaterales dentro del cuarto grado. En quinto, el doméstico ó sirviente del que lo presenta hallándose actualmente en su casa, mas no si estaba ya fuera de ella aunque poco antes hubiese salido, sino que se comete fraude,

1. Aunque el enemigo lo sea igualmente del acusador, conceptúo muy peligroso que se admita, porque aquel puede declarar falsamente contra el reo (ó por el contrario) si juzga que así puede vengarse de éste mas fácilmente que se vengaria del acusador deponiendo á favor del reo. A esto se añade que es muy difícil averiguar y conocer si la enemistad es igual con respecto á ambos, como tambien que aun proviniendo de una misma causa puede tenerse á uno mas odio que á otro.

el cual se presume volviendo el testigo inmediatamente que depuso á casa del que lo presentó. En sexto, el infame y condenado por algun delito famoso. En séptimo, el que se perjuró en alguna causa (*núm. 15, ley 8, tit. 16, part. 3*).

14. En octavo lugar, el compañero en el delito, porque podria nombrar á un inocente con la esperanza de conseguir la venia mediante su favor ó privilegio, ó por odio y enemistad para que pereciese en un mismo suplicio, sin que sea visto confesar el delito la parte contra quien se presenta el socio, por objetarle esta tacha; pues puede decir simple y generalmente que el testigo cometió el crimen, y que de consiguiente no lo es idóneo contra él; bien que en muchos delitos se admite por testigo el socio, y son, en el de heregía, en el de lesa magestad, en el de falsa moneda, en el de hechicería, en el de sodomía porque éste se prueba como los dos primeros, en el de hurto famoso, en los que verosímilmente no se pueden cometer sin cómplices, y en otros varios que traen los derechos (*núm. 16, ley 21, tit. 16, part. 3*).

15. En los mencionados delitos y en todos los demas si el reo es siervo, puede ser preguntado de los compañeros, porque no es de presumir que tuviese osadía para delinquir sin ayuda de otro, mas si es libre, solo en los referidos crímenes, por no ser válida su deposicion en otros: debiendo ser preguntado el reo generalmente, *quienes fueron sus compañeros*, no particularmente, pues esto no seria preguntar sino incitar ó sugerir. Y si por ventura el reo niega habiendo indicio de que intervinieron con él socios, se le ha de dar tormento: debiendo tenerse presente que en cualquiera delito que el reo espontáneamente ó preguntado por el juez declara algun socio, será suficiente su confesion para una simple informacion é inquisicion del juez y para la captura de la persona (*número 17*).

16. En los casos que hemos dicho se admite el socio por testigo, es verdaderamente legítimo, y de consiguiente uno solo hace suficiente indicio para tormento y dos prueban plenamente; pero para ésto es necesario que la declaracion del socio se haga con la forma y solemnidad que corresponde en un testigo, es á saber, precediendo juramento y citacion de la parte, y dándosele despues copia de la deposicion para que se defienda (*núm. 18*).

17. En nono lugar, se halla prohibido el ebrio, bastando que acostumbre embriagarse aunque no lo esté en el acto de la deposicion (*dic. número vers. Nono. ley 8, tit. 16, part. 3*). En décimo, el preso al tiempo de la declaracion, porque acaso con la esperanza de salir de la prision faltará á la verdad en favor del que lo presenta (*dic. núm. vers. Décimo ley 10, tit. 16, part. 3*). En undécimo, el pobre siendo vil persona, ó dudándose si lo es, mediante á que se puede corromper fácilmente con dinero, mas no si es persona honesta y fidedigna. Y en duodécimo lugar, se comprenden en el número de los prohibidos el clérigo, religioso y monge á causa del peligro de irregularidad en que pueden incurrir, y por cesar este inconveniente en los asuntos civiles, pueden ser testigos en ellos con licencia de su respectivo prelado (*núm. 19, ley 8, tit. 16, part. 3*).

18. Si los testigos inhábiles de hecho se examinan, unos hacen indicio y otros no. No hacen indicio los que se escluyen por sujecion y reverencia debida á la parte como el siervo, ó por haberse examinado sin observar el orden establecido por derecho, v. gr., antes de la contestacion del pleito ó sin citacion de la parte. Y hacen indicio, bien que no pleno y sí de forma que unido con otros pueda darse tormento, los que se repelen por edad, sexo é infamia: haciéndolo tambien segun la clase de enemistad el que se repele por causa de ella;

á no ser que en los casos referidos la parte contra quien se presentan, proteste al tiempo de la deposicion que no se reciban, oponiendo la escepcion de inhabilidad (*núm. 20*). Y no es de omitir que siendo un testigo inhábil y otro fidedigno y de mucha aprobacion, hacen plena prueba, porque la gran fé del uno suple el defecto del otro (*núm. 21*).

19. Cometiéndose el delito en tal lugar ó tiempo que verosímilmente no pudo haber copia de testigos, como en monte, desierto, lugar secreto ó de noche, se admiten los inhábiles, siempre que no tengan odio á la persona contra quien se presentan por el bien fundado temor de la falsedad mas fácil en este caso que en otros; pero si verosímilmente pudo haber copia de testigos, como si se cometió de dia, en la ciudad ó lugar público, sucede lo contrario (*dic. núm. vers. Quero tamen*).

20. Tambien se admiten los testigos inhábiles en defensa del reo, si bien es cierto que aun en este caso, por militar en él las mismas razones por las cuales se escluyen en los demas, no prueban plenamente y solo hacen indicio segun las circunstancias de la inhabilidad y del negocio, para que de esta suerte se disminuya la fe de la prueba contraria y tan solo se imponga una pena arbitraria (*núm. 23*).

21. El juez de oficio y sin que la parte lo pida, puede repeler los testigos inhábiles y sus dichos siempre que su incapacidad provenga de culpa de ellos, de la edad ó del sexo, por no poder la parte habilitarlos de modo alguno, en atencion á estar prohibidos por favor público; mas si la incapacidad es por favor de la parte como en los domésticos, enemigos, consanguíneos y otros semejantes, aunque conste de ella en el proceso, no puede el juez repelerlos sin que la parte oponga la escepcion, porque se entiende de que aquella los admite y habilita tácitamente (*núm. 22*).

22. Los testigos idóneos pueden ser compelidos á declarar, esceptuándose los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, el marido, la muger, el suegro y la nuera que no se han de precisar ni en causa criminal ni en civil árdua, y si de hecho se precisasen, su deposicion es nula; pero si voluntariamente declaran y no pueden ser obligados á ello por favor suyo para que no depongan contra el pariente dentro del cuarto grado, es válida su declaracion, lo cual no acontece cuando no pueden compelerse por la reverencia debida á la parte contra quien se presentan; si bien es cierto que la doctrina espuesta no se admite en el caso de que la verdad no pueda saberse por otros atendida la calidad del negocio, porque entonces las mencionadas personas han de ser compelidas para que la verdad no se oculte (*núm. 24, ley 11, tit. 16, part. 3*).

23. Como en las causas criminales son indispensables unas pruebas muy claras y evidentes, por tratarse en ellas de la vida y fama del hombre, no puede ser condenado en pena de muerte ú otra corporal solamente por indicios ó presunciones, aunque sean violentísimas y no puedan negarse. Por tanto, si alguno sale huyendo con una espada desenvainada de la casa ó lugar donde se encuentra á un hombre muerto, no se le impondrá la pena capital, porque acaso fué otro el autor de la muerte, ó acaso la cometió en su defensa ó de otro modo inculpable (*núm. 25, ley 7 tit. 31, part. 7, y ley 2, tit. 1, part. 7*). Y lo mismo debemos asegurar atendiendo los referidos fundamentos, cuando contra el reo se halla un testigo de vista mayor de toda escepcion, y otra semiplena prueba de diverso género, pues tan solo en las causas civiles la hacen plena dos semiplenas diferentes ó muchos indicios y presunciones (*número 26*). Mas lo espuesto debe entenderse con respecto á las presunciones ó indicios que el juez deduce del hecho y ca-

lidad del negocio, y no con respecto á los indicios determinados y aprobados por ley, por los cuales se debe castigar al delincuente con la pena ordinaria aun siendo capital (*dic. n. 25, vers. Quod tamen*).¹

CAPITULO XIII.

Del tormento y cuando se ha de usar de él.

1. Si el delito se probó plenamente segun los modos legítimos de que hemos hablado en el capítulo anterior, se ha de condenar al reo definitivamente: si nada se probó contra él, definitivamente ha de ser absuelto; y si hay semiplena prueba ó algun indicio probado, se ha de poner en tortura, la cual es una indagacion de la verdad por el dolor y tormento que padece el sospechoso ó infamado. Tiene lugar solamente en los crímenes porque puede imponerse pena corporal, pues en los dignos de pena pecuniaria ó de destierro, mayor pena seria la tortura que la correspondiente al delito. Este remedio es justo y racional por el favor que de él resulta á la república, en cuyo perjuicio se quedarian de otra suerte muchos delitos ocultos sin el condigno castigo, mayormente cuando ha de intervenir precediendo indicios, y se requiere despues de algun intervalo que el reo se ratifique sin tormento (*núms. 1 y 2, ley 1, tit. 30, part. 7*).²

¹ Es mas corriente que no puede imponerse la pena ordinaria por presuncion violenta, sino otra mas suave (*núm. 26 al fin*).

² Cuan falible es la tortura para la averiguacion de los crímenes, y cuán conveniente seria desterrarla de todos los tribunales, acreditó con solidísimas razones y lastimosos ejemplos el muy elocuente y famoso enciclopédico de nuestro siglo el M. I. S. D. Fr. Benito Feijoo, en el tomo 6 de su *Teatro crítico disc. 1, Paradoja 1*. Tambien acreditó doctamente esto mismo el Sr. D. Manuel de Lardizabal y Uribe, fiscal de la sala de los señores alcaldes

22. Los testigos idóneos pueden ser compelidos á declarar, esceptuándose los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, el marido, la muger, el suegro y la nuera que no se han de precisar ni en causa criminal ni en civil árdua, y si de hecho se precisasen, su deposicion es nula; pero si voluntariamente declaran y no pueden ser obligados á ello por favor suyo para que no depongan contra el pariente dentro del cuarto grado, es válida su declaracion, lo cual no acontece cuando no pueden compelerse por la reverencia debida á la parte contra quien se presentan; si bien es cierto que la doctrina espuesta no se admite en el caso de que la verdad no pueda saberse por otros atendida la calidad del negocio, porque entonces las mencionadas personas han de ser compelidas para que la verdad no se oculte (*núm. 24, ley 11, tit. 16, part. 3*).

23. Como en las causas criminales son indispensables unas pruebas muy claras y evidentes, por tratarse en ellas de la vida y fama del hombre, no puede ser condenado en pena de muerte ú otra corporal solamente por indicios ó presunciones, aunque sean violentísimas y no puedan negarse. Por tanto, si alguno sale huyendo con una espada desenvainada de la casa ó lugar donde se encuentra á un hombre muerto, no se le impondrá la pena capital, porque acaso fué otro el autor de la muerte, ó acaso la cometió en su defensa ó de otro modo inculpable (*núm. 25, ley 7 tit. 31, part. 7, y ley 2, tit. 1, part. 7*). Y lo mismo debemos asegurar atendiendo los referidos fundamentos, cuando contra el reo se halla un testigo de vista mayor de toda escepcion, y otra semiplena prueba de diverso género, pues tan solo en las causas civiles la hacen plena dos semiplenas diferentes ó muchos indicios y presunciones (*número 26*). Mas lo espuesto debe entenderse con respecto á las presunciones ó indicios que el juez deduce del hecho y ca-

lidad del negocio, y no con respecto á los indicios determinados y aprobados por ley, por los cuales se debe castigar al delincuente con la pena ordinaria aun siendo capital (*dic. n. 25, vers. Quod tamen*).¹

CAPITULO XIII.

Del tormento y cuando se ha de usar de él.

1. Si el delito se probó plenamente segun los modos legítimos de que hemos hablado en el capítulo anterior, se ha de condenar al reo definitivamente: si nada se probó contra él, definitivamente ha de ser absuelto; y si hay semiplena prueba ó algun indicio probado, se ha de poner en tortura, la cual es una indagacion de la verdad por el dolor y tormento que padece el sospechoso ó infamado. Tiene lugar solamente en los crímenes porque puede imponerse pena corporal, pues en los dignos de pena pecuniaria ó de destierro, mayor pena seria la tortura que la correspondiente al delito. Este remedio es justo y racional por el favor que de él resulta á la república, en cuyo perjuicio se quedarian de otra suerte muchos delitos ocultos sin el condigno castigo, mayormente cuando ha de intervenir precediendo indicios, y se requiere despues de algun intervalo que el reo se ratifique sin tormento (*núms. 1 y 2, ley 1, tit. 30, part. 7*).²

¹ Es mas corriente que no puede imponerse la pena ordinaria por presuncion violenta, sino otra mas suave (*núm. 26 al fin*).

² Cuan falible es la tortura para la averiguacion de los crímenes, y cuán conveniente seria desterrarla de todos los tribunales, acreditó con solidísimas razones y lastimosos ejemplos el muy elocuente y famoso enciclopédico de nuestro siglo el M. I. S. D. Fr. Benito Feijoo, en el tomo 6 de su Teatro crítico disc. 1, Paradoja 1. Tambien acreditó doctamente esto mismo el Sr. D. Manuel de Lardizabal y Uribe, fiscal de la sala de los señores alcaldes

2. A todos puede darse tormento, escepto á los prohibidos. Estos son el soldado, el doctor, el regidor y los descendientes de éstos, el que está colocado en una grande dignidad, el noble ó hidalgo, la muger mientras está embarazada por el peligro del parto y despues durante su debilidad, segun el arbitrio del juez, porque podia seguirse fácilmente la muerte: el menor de catorce años y el anciano, aunque á estos dos últimos, así como no se les escusa en un todo del tormento que puede moderarse con respecto á la cantidad ó calidad, bien que en el crimen de lesa Magestad Divina y humana, puede darse á las personas prohibidas por razon de su dignidad ó personal privilegio, y no á las escusadas por edad, senectud, peligro del parto ó debilidad, por tener siempre lugar el fundamento de la prohibicion (*núm. 3, ley 2, tit. 30, part. 7, ley 13, tit. 7, lib. 2 de la Recop.*).

3. A quien no puede darse tormento por beneficio de otro, como á la muger embarazada, tampoco por el mismo motivo puede amedrentarse; pero si alguno se escusa de la tortura por edad ó debilidad como el menor ó anciano, del mismo modo que se les puede dar un tormento leve, se les puede amedrentar: pudiendo tambien ser amedrentados los que por privilegio ó dignidad de su persona no deben padecer la tortura, siempre que el terror ó amenaza no sea real y próxima al acto, v. gr., poniéndose al reo ligado ó desnudo cerca del lugar del tormento, sino verbal por reputarse leve y poderse hacer á cualquiera indistintamente: de modo que si interviniendo ésta confesase el delincuente el crimen, valdrá su confesion como espontánea y hecha sin tormento (*núm. 4*).

4. En tanto es verdad que á las mencionadas personas no de casa y corte, en su preciosa obra intitulada: *Discurso sobre las penas*, cap. 5, § 6.

puede darse tormento ni amedrentarse, que si se ejecutase lo uno ó lo otro y confesaran el delito, no podrian ser castigadas por su confesion aun siguiéndose la ratificacion correspondiente, porque el tormento fué nulo y de consiguiente la confesion, segun aconteció en el tormento dado sin preceder indicios (*dic. núm. vers. Et in tantum*).

5. El género de tormento que se ha de dar, su modo y tiempo, por no hallarse decidido en el derecho ni haber en él establecida cierta regla, se dejan al arbitrio del juez para que use del que le parezca con moderación, segun la calidad de la persona, del delito, de los indicios y del tiempo, de suerte que lo verosíblemente el reo no pierda la vida ni miembro alguno; bien que obrará prudentemente el juez en no valerse de tormentos desacostumbrados, y en usar de los mas comunes (*num. 5*).

6. Si el juez dá tormento al reo dolosamente, ha de ser castigado con pena capital si se sigue la muerte de éste, y con la pena arbitraria si pierde algun miembro ó resulta otro perjuicio corporal. Tambien ha de ser castigado con pena arbitraria con arreglo á la culpa, cuando con ella y no con dolo se escude en el tormento: como asimismo cuando dá tormento al noble ó persona á quien no puede darse segun derecho; pero si el juez usa del tormento dicitamente observando la forma del derecho y con la moderación debida, no queda obligado en modo alguno por las resultas. En este supuesto es muy importante que el escribano que presencie la tortura, mencione en los autos el modo y calidad del tormento y demas particularidades para que pueda constar despues, si hubo ó no culpa ó exceso del juez, lo cual no es de presumir, y debe probarse por el que lo alegue (*núm. 6*).

7. Para dar tormento al delincuente, basta que haya contra él un testigo de vista fidedigno y mayor de toda excep-

cion que deponga del crimen, pues hace semiplena prueba y para lo mismo es suficiente un indicio que no la hace (*núm. 7, ley 3, tit. 30, part. 7, y ley 10, tit. 11, part. 3*).

8. Los indicios bastantes para poner al reo en cuestion de tormento son los siguientes: El primero, la confesion estra-judicial que hace el delincuente de haber cometido algun de-lito, si aquella es particular, como si dijese *que mató á Fran-cisco, que hizo tal hurto*; mas no si es genérica, como si espre-sase *que hirió á un hombre*: bien esta confesion estra-judicial fuese hecha por el mayor, bien por el menor de edad tenien-do la correspondiente: bien se hallase la parte presente, bien ausente, porque en las causas criminales la confesion estra-judicial no hace plena prueba por necesitarse en ellas muy cla-ra, y por tanto hace únicamente indicio para tormento (*nú-mero 8, ley 7, tit. 13, part. 3*).

9. No pierde su eficacia la confesion estra-judicial porque el reo la revoque, en atencion á que la parte ó el fisco no pue-den ser privados del derecho que por ella adquirieron: y si por ventura el reo á quien se da tormento por su confesion estra-judicial, confiesa en él el delito, se necesita la ratificacion, pues ésta es indispensable aun dándose al reo tormento á causa de tener contra sí un testigo de vista que es de mas con-sideracion que cualquiera indicio: no siendo de omitir que sin embargo de que la confesion estra-judicial no prueba en los delitos y solo haga indicio para tormento, vale para imponer al reo una pena estraordinaria, como á aquel que se gloria de haber cometido un delito en ofensa de otro (*dic. núm. vers. Limita tamen.*).

10. Lo espuesto acerca de la confesion estra-judicial no puede correr en la que se hace al confesor, por lo que aun re-velándola y constando de ella ningun efecto surte, mediante á que se hizo al confesor como si á solo Dios se hiciese. Por

este fundamento si el sacerdote que oyó al reo de penitencia se presenta por testigo, no se halla obligado aun con juramen-to á responder sobre el delito que se le participó en la con-fesion; pudiendo decirse lícitamente que nada sabe, porque no lo sabe como hombre y persona privada sino como Dios; mas si el delincuente participa el crimen al sacerdote fuera de la confesion, presentándose por testigo está obligado á decir la verdad, aunque se lo participase secretamente y con la pro-testa de que no lo revele, como si se lo dijera bajo del sigilo de la confesion (*núm. 9*).

11. El segundo indicio es la fama, porque si cometido el delito en algun lugar hay pública voz y fama entre todos ó la mayor parte de que Francisco v. gr., lo cometió, y la tal fama se prueba suficientemente por dos testigos que dan la razon diciendo que pública y comunmente lo oyeron, puede darse tormento á Francisco. El tercer indicio es la fuga des-pues de cometido el crimen, por presumirse que el fugitivo lo cometió (*núm. 10, ley 3, tit. 30, part. 7*).

12. El cuarto indicio es la enemistad, por sí sola si es gra-ve, y si no lo es, con otros adminículos. Lo mismo se verifi-ca cuando solamente preceden amenazas, pues en atencion á que las mas veces se profieren con ira muchas espresiones que despues no se ponen en ejecucion, es indispensable que con-corra algun adminículo, como v. gr.; el de ser el amenazador hombre que acostumbra ejecutar sus amenazas; bien es ver-dad que en esta peligrosa materia los indicios siempre se de-jan al arbitrio del juez, para que inspeccionadas las cualida-des del hecho y de la persona y demas circunstancias ocur-rentes vea si son ó no suficientes. El quinto indicio, cuando alguno es visto salir con espada desnuda del lugar donde otro queda herido ó muerto (*núm. 11, ley 60, del Estilo*).

13. El sexto indicio es en el crimen de hurto cuando la

cosa hurtada se halla en poder de alguno, porque se presume que éste la sustrajo siendo persona vil y de mala fama, salvo si es mercader público que acostumbra comprar y vender, ó si manifiesta el autor de quien la obtuvo (núm. 12). Y el séptimo indicio es si despues de haberse cometido el hurto, alguno que tiene casa inmediata en la cual moraba de continuo, siendo antes vil y pobre se halla rico (núm. 13).

14. Algunas veces se forma indicio contra alguno, por ser el primero que dice haber encontrado el muerto, ó haber presenciado la comision del crimen, ó por solicitar del juez con eficacia que haga inquisicion sobre el delito que no le toca en modo alguno, y lo castigue, mediante á que se ha verificado en varias ocasiones que han sido los verdaderos delinquentes los que han ejecutado lo dicho (núm. 14), pero no se puede fundar indicio de que la sangre del muerto recientemente corra por las heridas, causándose cierto movimiento en el cadáver á presencia de alguna persona y no á presencia de otra, por ser todo muy incierto y provenir de causas incógnitas (núm. 15).

15. No hace suficiente indicio para tormento la confesion ó dicho del difunto contra el reo, aunque aquel sea de buena fama y este vilísimo é infame, por no ser con juramento y como de testigo en la forma que se requiere, mayormente quando el muerto se reputa enemigo capital del reo, por juzgar que éste lo ofendió; si bien es cierto que escusa al heredero ú otro forzoso acusador de la calumnia presunta (núm. 16).

16. La confesion del difunto en que declara no ser v. gr. Antonio culpado en su próxima muerte, es provechosa á éste, aunque contra él se hubiese probado plenamente el delito, porque aquella equivale á una espresa remision de la injuria, y segun nuestro derecho la transaccion y remision del crimen surte el efecto de que no pueda imponerse pena corporal: y

si no se ha probado plenamente, sino que tan solo hay contra el reo presunciones ó indicios, aun siendo tales que por ellos pueda darse tormento, no se le ha de dar en este caso, mediante á que la espresada confesion disminuye la virtud y eficacia de todos los indicios contrarios, por ser mas poderosa la presuncion que de ella resulta y por el favor de la inocencia (núm. 17).

17. Cualquiera indicio para dar tormento como v. gr. la fuga, debe probarse por testigos contestes, fidedignos y mayores de toda escepcion, pues así como el testigo de vista que hay contra el reo, ha de ser idóneo para el mismo efecto, así tambien los testigos con que se prueba el indicio: advirtiéndose que para la tortura no es bastante que el reo tenga contra sí dos testigos singulares que depongan de diversos indicios (núm. 18).

18. No puede darse el tormento hasta que se haya hecho publicacion de probanzas, porque hasta este tiempo no puede constar si hay méritos suficientes para él, como ni tampoco si el delito se ha probado plena y legítimamente, en cuyo acontecimiento de ningun modo tiene lugar la tortura, por deberse usar únicamente de este remedio en defecto de prueba: incurriendo el juez que con ella da tormento al reo en la pena de satisfacerle los daños é intereses. Y de tal suerte es verdadera esta doctrina, que si de hecho el juez en este caso da tormento al delincuente y éste niega el crimen, quedan en su vigor las probanzas, pudiendo ser condenado definitivamente en virtud de ellas, aunque aquel no lo protestase. Asimismo si el reo confiesa el delito, por haber sido nulo el tormento y de consiguiente la confesion hecha en él, puede apelar, de lo cual se infiere que para el efecto de que no tenga lugar la apelacion, no se ha de usar del tormento habiendo prueba legítima (núms. 19 y 20).

19. No es suficiente para dar tormento que se haya hecho publicacion de probanzas, tambien es indispensable que se dé traslado al reo de los indicios para que pueda alegar contra ellos y defenderse. Con este motivo espondremos el orden que debe seguirse en las causas criminales y trae nuestro autor. En primer lugar el juez recibe sumaria informacion secreta sin citacion del reo y hace que se ponga preso: despues se formaliza la acusacion por la parte, por el fiscal ó de oficio del juez, y jura el reo de calumnia sobre el delito, dándosele traslado y término para responder. En este estado el juez pronuncia sentencia interlocutoria de prueba para que en su término funden las partes su intencion, ya presentando los testigos del sumario que forzosamente han de ver jurar las partes, y no merecen fé sin que se ratifiquen, ya presentando todos los demas testigos que tengan y haciendo cuantas pruebas puedan: y pasado todo el término probatorio se hace publicacion, se concluye, examina el juez los méritos del proceso y en su vista últimamente si nada se ha probado contra el reo lo absuelve definitivamente, debiendo hacer tambien lo mismo cuando haya algunos indicios no bastantes para la tortura segun aquella regla de derecho: *no probando el actor ó acusador debe ser absuelto el reo: si se averiguó el crimen con plena prueba semiplena ó indicio suficiente para tormento, pronuncia que se le debe dar, ó impone una pena arbitraria al reo siendo de los que no pueden ponerse en cuestion de tormento (número 21).*

20. El juez bien proceda de oficio, bien á instancia de parte, sin que ésta lo pida puede dar tormento al delincuente mediante á que debe hacer por favor de la república cuantas pruebas sean conducentes; y no tan solo puede sino que se halla precisado á usar de él habiendo legítimos indicios, por-

que de otra suerte perjudicaría á la república y parte ofendida, y el acusador podría justamente apelar (número 22).

21. De la sentencia de tormento, por contener gravámen irreparable por la definitiva, se puede apelar, y por tanto en el término concedido para ello no ha de ejecutarla el juez: siendo digno de advertir que al reo puesto en tortura no ha de preguntar el juez particularmente, *si él mismo cometió el crimen ó otro que mencione*, sino generalmente, *quien lo cometió, de qué forma y en que sitio*, persuadiéndolo que diga la verdad del caso, segun se observa en el testigo que se atormenta (número 23, ley 3. tit. 30, part. 7. Véase el número 15 del cap. ant.).

22. Porque muchos con el excesivo dolor del tormento quieren mas bien confesar los delitos que no han hecho, que padecerlo, no vale la confesion que haga el reo de haber cometido el crimen, ni en virtud de ella puede ser condenado definitivamente, hasta que se ratifique sin tormento despues de veinticuatro horas, ó otro tiempo competente segun el arbitrio del juez, estando el reo en este intervalo en lugar distante del tormento. Para esta ratificacion ha de comparecer el delincuente ante el juez, y entonces el escribano ha de leer la confesion hecha en la tortura, preguntándole últimamente el juez si es verdadera y se ratifica en ella, y diciéndole que una vez que no se le dá tormento, declare en un todo la verdad (número 24, ley 4, tit. 30, part. 7).

23. Si el reo fué puesto en cuestion de tormento sin preceder legítimos indicios y confesó el delito, aunque despues se ratifique con la solemnidad que corresponde, no ha de ser condenado, pues habiéndose dado injustamente el tormento, cuanto de él resulte debe anularse. Por esta razon en cualquiera caso que no puede darse tormento al reo, si se le diese, no obstante de que confesara el crimen y se ratificara solemne-

mente, no se le podría imponer pena. No obstante que es válida la confesion hecha en libelo ó proceso nulo, mediante á que esto sucede, porque la nulidad proviene de defecto de solemnidad y no de falta de justicia (núm. 25).¹

24. Negando el reo en el tormento, se le ha de dar segunda vez si los indicios son muy graves y urgentes, ó si sobrevienen despues otros diversos. Tambien se puede reiterar la tortura, si en ella confiesa el reo y posteriormente no se ratifica, porque de otra suerte seria inútil el tormento, en atencion á que sabiendo el reo que segunda vez no habia de dársele, nunca se ratificaria (núm. 26, ley 4, al fin tit. 30, part. 7), y es de advertir que si el reo confiesa el delito en dos ocasiones que se le dá tormento y nunca se ratifica, solamente se le puede dar otra vez (núm. 27). Asimismo es de advertir que si el reo á quien se dió una ó mas veces tormento, no confiesa el delito, ha de ser absuelto definitivamente (núm. 28, leyes 26, tit. 1 y 4, tit. 30, part. 7).

25. Al testigo puede tambien darse tormento para descubrir la verdad, pero únicamente en dos casos, es á saber, cuando varia en su declaracion, y cuando se prueba que presencié el delito y lo niega: debiendo inferirse de lo dicho hasta aquí, que no tiene lugar la tortura en las causas civiles, á no ser que tengan anexo algun crimen, como si se trata de depósito y el deudor lo niega (núm. 29, leyes 6 y pen., tit. 30, part. 7).

26. Regularmente se puede apelar en las causas criminales de la sentencia definitiva, aunque el crimen sea de lesa magestad ú otro cualquiera, de suerte que cualquiera extraño

¹ Debe ampliarse esta doctrina al caso de que la certeza de la confesion conste por la vista de ojos, como si alguno confiesa que mató á un hombre infiriéndole tres heridas y que lo enterró en un huerto, y habiéndose hecho la correspondiente diligencia, se encontró el cadáver con las dichas tres heridas (núm. 26).

puede interponer la apelacion por el reo sin su mandato, y aun el consanguíneo contra su voluntad: y si el juez por ventura despues de interpuesta la apelacion quiere proceder de hecho á la ejecucion de la sentencia, de hecho y con mano armada pueden estorbarlo los consanguíneos ó amigos del reo, mediante á que por la apelacion se estinguió la jurisdiccion del juez y se reputa una persona privada. Dije regularmente, porque en varios casos no hay lugar á la apelacion. El primero, cuando el reo es condenado así por su confesion, como por testigos en cualquiera delito indistintamente, segun se observa en las causas civiles. El segundo, en el delito de heregia, aunque de la sentencia interlocutoria dada en él, bien se puede apelar en atencion á que su gravámen no puede repararse despues de la definitiva. El tercero, en el crimen de falsa moneda. El cuarto, en el rapto de alguna doncella ó muger honesta. El quinto, en el crimen de violencia sobre alguna cosa ó posesion. El sexto, en el ladron público ó famoso. El séptimo, en el sedicioso ó concitador. El octavo, en el homicidio alevoso. Y el nono, en el pecado nefando (número 31. Véase todo el tit. 23, part. 3, principalmente las leyes 1, 6 y 16); bien es verdad que si en alguno de estos casos admite el juez la apelacion por ignorancia ó por su voluntad, no puede en modo alguno ejecutar la sentencia, porque se estingue su jurisdiccion en la causa por el mismo hecho de admitirla, y su conocimiento pertenece al superior á quien se ha de remitir (núm. 23).

27. Puede el reo probar su inocencia en cualquiera parte del pleito, aunque sea despues de la conclusion para la sentencia, porque la defensa es tan privilegiada y permitida por derecho, que el temor del soborno no ha de escluirla: debiendo el juez despreciar como inválida la renuncia que el reo haga de sus defensas y del término probatorio competente que se

le asignó, en las causas que puede imponerse pena corporal, y dejar por consigniente correr en ellas el dicho término. Y no tan solo puede probarse la inocencia en cualquiera parte de la causa, sino tambien despues de pronunciada la sentencia, siempre que sea de oficio del juez y por evidencia del hecho, probando negativa que arguya y manifieste que el delito no se cometió, como si se hiciera ver que aun vivia la persona que se juzgaba muerta, en cuyo acontecimiento debe el juez que pronunció la sentencia revocarla sin consultar al príncipe (*núm. 33, ley 5, tit. 13, part. 3, y ley 4, tit. 3, part. 7*). Tambien por el contrario el juez de oficio aunque proceda á instancia de acusador, en cualquiera parte de la causa hasta la sentencia definitiva, puede admitir testigos y hacer las demas pruebas que parezcan conducentes en perjuicio del reo (*número 34*).

28. Habiéndose pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque el delincuente asegure tener que participar al príncipe algun asunto respectivo á su persona, estado ó salud, se ha de poner en ejecucion inmediatamente, de dia y no de noche, para que á otros sirva de ejemplo, y en el lugar acostumbrado; si bien es cierto que algunas veces por la gravedad del crimen y terror de otros se puede ejecutar la sentencia en el lugar de aquel (*núm. 35, ley 5, tit. 27, part. 3, y fin. tit. 31, part. 7. Véase al Suar, letr. I.*).

29. La sentencia definitiva que pasó en autoridad de cosa juzgada, debe revocarse ó suspenderse en los casos siguientes. El primero, cuando el condenado fué procurador, gestor ó administrador de los bienes de otro, y éste pide que le dé cuenta de su administracion; pues entonces para este efecto siempre que pueda evacuarse dentro de breve tiempo, se ha de suspender la ejecucion. El segundo, cuando el reo sentenciado fué peritísimo en su arte en el pueblo ó república donde

tiene su domicilio, acreditándose su pericia, en cuyo caso despues de consultado el príncipe se revoca la sentencia y se impone pena mas suave por la utilidad de la república: y en este supuesto y en el de poderse seguir fácilmente la muerte del tormento, tambien se le ha de remitir (*núm. 36, ley 2, tit. 32, part. 7*).

30. El tercer caso es, cuando una muger embarazada ha sido condenada á pena de muerte ú otra corporal, porque ha de suspenderse la ejecucion hasta que para, por el peligro del parto, mediante á que así como el hijo nacido no debe castigarse por el delito paterno ó materno, así tampoco el póstumo. Lo mismo se ha de decir en órden á la pena de destierro, si verosíblemente puede seguirse algun peligro al parto: procediendo todo lo dicho aunque dolosa y fraudulentamente pusiese los medios para concebir. Pero habiendo parido, sin detencion se ejecutará la sentencia si es de muerte, (á no ser que ninguna ama se halle que pueda criar al hijo); y si es otra corporal, se aguardará á que convalezca para que pueda sufrirla sin peligro de la vida. El ama que alimente al niño se ha de costear de los bienes de éste, y no los teniendo ni habiendo quien lo haga de gracia, de los bienes de la república: siendo digno de advertir, que bien se puede sustanciar el proceso con la muger embarazada, obligándola á jurar y á declarar como parte ó testigo si no hay peligro del parto, y pronunciar contra ella la sentencia condenatoria (*núm. 37, ley fin. tit. 31, part. 7*).

31. El cuarto caso es, cuando el reo al tiempo que se está ahorcando, quebrado el cordel cae en tierra sano y sin lesion, en cuyo evento se suspenderá la ejecucion y consultará al príncipe, porque cuanto sucede rara vez contra lo que es natural, se ha de atribuir mas bien á milagro que á otro hecho (*dic. núm. vers. Sextus casus*). El quinto es, cuando el reo habia

formalizado alguna acusacion, pues hasta que la concluya se suspende la ejecucion (*dic. núm. vers. Séptimus*).

32. El sexto caso es, cuando el príncipe remite la pena al delincuente, pues queda libre de ella. Esta remision puede ser general con respecto á los delincuentes, estén ó no condenados, por el feliz nacimiento de un hijo, por alguna victoria ú otra causa semejante; y particular con respecto á cierto reo por gracia y singular privilegio: todo lo cual puede hacer justamente el príncipe no habiendo parte que acuse, ni resultando grave perjuicio á la república (*núm. 38, ley 1, tit. 32, part. 7, ley 2, tit. 25, lib. 8 de la Recop.*).

33. Si el crimen es calificado, v. gr., por haberse cometido antes otro semejante, ó por haberse cometido alevosamente, no aprovecha al delincuente la remision, bien sea general, bien especial, si la calidad no se menciona: y haciéndose la remision antes de la sentencia, se juzga remitida así la pena del delito como la confiscacion de bienes é infamia; pero si se hace despues de ella solamente la pena del delito á no ser que en la remision todo se perdona expresa ó tácitamente por alguna palabra que la denote plena, como si dice el monarca, *que lo restituye á su antiguo estado*; pues el beneficio del príncipe debe interpretarse muy latamente; bien es verdad que aunque en este caso el delincuente recupere los bienes confiscados, no recuperará los frutos ya percibidos por el príncipe ó fisco, mediante á que la restitucion es graciosa y éste es legítimo poseedor de los dichos bienes á consecuencia del justo título (*dic. núm. vers. Item adde quod si, leyes 1 y 3, tit. 25, lib. 8 de la Recop.*).

34. En la restitucion de los bienes no se comprenden los confiscados que se enagenaron á otro, bien por título oneroso, bien por título lucrativo, como ni tampoco los del delincuente que por disposicion de ley ó juez se aplicaron á alguna per-

sona, aunque no hubiese tomado su posesion: porque siempre se entiende sin perjuicio del derecho adquirido á tercero el beneficio del príncipe, quien aun con su plena potestad no puede usurpar á otro en un todo el derecho que adquirió, sino solo suspenderlo ó diferirlo, á no ser que contribuya con otro tanto de su patrimonio (*núm. 39*).

35. El sexto caso es, cuando el príncipe con iracundia condena ó manda condenar á alguno en mayor pena que la que exige el delito y se halla impuesta por derecho, porque entonces se suspende la ejecucion por treinta dias y despues se consulta al príncipe (*dic. núm. vers. Undécimus, leyes 29 y sig. tit. 18, part. 3, ley 4, tit. 14, lib. 4 de la Recop.*). El séptimo y último caso es, cuando se hubiese condenado á muerte á algun sugeto constituido en dignidad; pues ha de suspenderse la ejecucion hasta que se consulte al príncipe, si no que de otra suerte no pueda sosegarse algun escándalo ó tumulto (*vers. Duodécimus*).

CAPITULO XIV.

De la confiscacion de los bienes del delincuente.

1. En los casos que por el delito se incurre en la pena de confiscacion de bienes, no se estiende ésta á los futuros, y de consiguiente si el reo es condenado á muerte civil, v. gr., de galeras ó destierro perpetuo, y se le confiscan los bienes, cuanto adquiere despues por contrato ó última voluntad, mediante á no hacerse ya siervo de la pena, será para él mismo y para sus herederos (*núm. 1. Véase el núm. 19, cap. 10, tom. 1, y su nota*).

2. Tampoco se comprenden en la confiscacion los derechos condicionales, y por tanto debiéndose al reo sentenciado alguna cosa bajo condicion y cumpliéndose ésta despues de la

formalizado alguna acusacion, pues hasta que la concluya se suspende la ejecucion (*dic. núm. vers. Séptimus*).

32. El sexto caso es, cuando el príncipe remite la pena al delincuente, pues queda libre de ella. Esta remision puede ser general con respecto á los delincuentes, estén ó no condenados, por el feliz nacimiento de un hijo, por alguna victoria ú otra causa semejante; y particular con respecto á cierto reo por gracia y singular privilegio: todo lo cual puede hacer justamente el príncipe no habiendo parte que acuse, ni resultando grave perjuicio á la república (*núm. 38, ley 1, tit. 32, part. 7, ley 2, tit. 25, lib. 8 de la Recop.*).

33. Si el crimen es calificado, v. gr., por haberse cometido antes otro semejante, ó por haberse cometido alevosamente, no aprovecha al delincuente la remision, bien sea general, bien especial, si la calidad no se menciona: y haciéndose la remision antes de la sentencia, se juzga remitida así la pena del delito como la confiscacion de bienes é infamia; pero si se hace despues de ella solamente la pena del delito á no ser que en la remision todo se perdona expresa ó tácitamente por alguna palabra que la denote plena, como si dice el monarca, *que lo restituye á su antiguo estado*; pues el beneficio del príncipe debe interpretarse muy latamente; bien es verdad que aunque en este caso el delincuente recupere los bienes confiscados, no recuperará los frutos ya percibidos por el príncipe ó fisco, mediante á que la restitucion es graciosa y éste es legítimo poseedor de los dichos bienes á consecuencia del justo título (*dic. núm. vers. Item adde quod si, leyes 1 y 3, tit. 25, lib. 8 de la Recop.*).

34. En la restitucion de los bienes no se comprenden los confiscados que se enagenaron á otro, bien por título oneroso, bien por título lucrativo, como ni tampoco los del delincuente que por disposicion de ley ó juez se aplicaron á alguna per-

sona, aunque no hubiese tomado su posesion: porque siempre se entiende sin perjuicio del derecho adquirido á tercero el beneficio del príncipe, quien aun con su plena potestad no puede usurpar á otro en un todo el derecho que adquirió, sino solo suspenderlo ó diferirlo, á no ser que contribuya con otro tanto de su patrimonio (*núm. 39*).

35. El sexto caso es, cuando el príncipe con iracundia condena ó manda condenar á alguno en mayor pena que la que exige el delito y se halla impuesta por derecho, porque entonces se suspende la ejecucion por treinta dias y despues se consulta al príncipe (*dic. núm. vers. Undécimus, leyes 29 y sig. tit. 18, part. 3, ley 4, tit. 14, lib. 4 de la Recop.*). El séptimo y último caso es, cuando se hubiese condenado á muerte á algun sugeto constituido en dignidad; pues ha de suspenderse la ejecucion hasta que se consulte al príncipe, si no que de otra suerte no pueda sosegarse algun escándalo ó tumulto (*vers. Duodécimus*).

CAPITULO XIV.

De la confiscacion de los bienes del delincuente.

1. En los casos que por el delito se incurre en la pena de confiscacion de bienes, no se estiende ésta á los futuros, y de consiguiente si el reo es condenado á muerte civil, v. gr., de galeras ó destierro perpetuo, y se le confiscan los bienes, cuanto adquiere despues por contrato ó última voluntad, mediante á no hacerse ya siervo de la pena, será para él mismo y para sus herederos (*núm. 1. Véase el núm. 19, cap. 10, tom. 1, y su nota*).

2. Tampoco se comprenden en la confiscacion los derechos condicionales, y por tanto debiéndose al reo sentenciado alguna cosa bajo condicion y cumpliéndose ésta despues de la

sentencia, no pertenecerá aquella al fisco: lo cual ha de entenderse con respecto á los derechos condicionales que provienen de última voluntad, pues así como no pasan al heredero, así tampoco al fisco que se tiene en lugar de tal; pero no con respecto á los que dimanar de contrato por la razón contraria, escepto que la condicion sea potestativa por no trasmitirse á los herederos (núm. 2. Véanse los números 35 y 36, cap. 11, tom. 2).

3. El delincuente no se halla obligado en el fuero de la conciencia á satisfacer la pena impuesta por el delito, hasta que el juez lo haya sentenciado, en cuyo evento adquiere derecho la parte, y le compete la acción *judicati* para exigir la pena: y si ésta se impone *ipso jure*, es necesaria la declaracion del juez á consecuencia de un pleno conocimiento de la causa, por cuanto ningún reo tiene obligacion de manifestar su delito y de difamarse (núm. 3. Véase al Gom. tom. 3, cap. número 5).

4. No puede el autor de algun delito, por el que se incurre en pena de confiscacion *ipso jure*, enagenar sus bienes por título oneroso salva la conciencia á causa de que el fisco puede privar de ellos al particular sucesor aun sin ofrecerle el precio; escepto que la enagenacion se haga por los alimentos necesarios, ó cuando el delito es tan oculto que no puede probarse, en los cuales casos es aquella válida y lícita (dic. núm. vers. *Et ex his infertur*. Véase el núm. 2, cap. 2, de este tom. y comp.).

5. Si alguno infiere daño á otro en su persona ó bienes por culpa ó negligencia (en cuyo caso no se halla obligado á la pena sino al interes) tiene que restituirlo en conciencia, habiendo sido aquella lata, no si fué leve ó levísima (dic. núm. vers. *Item etiam*. Véase al Gom. en dic. núm. 5).

6. Enagenando alguno sus bienes antes de cometer delito

por el que deben confiscarse, no puede el fisco despues revocar la enagenacion ni vindicar los bienes del que los posee, sino que aquella se haga con fraude espreso ó presuntivo. Espreso, si á presencia de algunos amigos dijo el delincuente que enagenaba sus bienes, porque queria cometer un delito por el que se le habian de confiscar. Presuntivo, cuando despues de la donacion ó venta se halla el reo poseyendo los bienes y percibiendo sus frutos, sin embargo de que haya trasferido la posesion en otro por la cláusula de constituto ú otro modo ficto; y en varios casos que espresa nuestro autor, siempre que á cualquiera de ellos y á los demas semejantes precediese enemistad capital, ó causa por la que era de creer ó presumir verosímilmente que intentaba cometer algun delito, y no de otra suerte: siendo digno de notar que en los dichos casos no se requiere prueba de fraude en el poseedor, porque las conjeturas que se deducen de ellos, lo inducen tambien en éste (núm. 4).

7. Tampoco puede el fisco revocar del poseedor los bienes que enagenó cometido ya el delito, bien fuese por título lucrativo, bien por título oneroso, escepto que hubiese fraude espreso ó presuntivo: teniendo lugar esta doctrina aunque la enagenacion se haga formalizada la acusacion, contestando el pleito ó pronunciada la sentencia como se haya apelado de ella; bien que si despues se confirma, se revoca la enagenacion (dic. núm. vers. *Si vero talis reus, ley 2, tit. 4, part. 5*).

8. Lo espuesto no tiene lugar en los delitos que privan al reo de la administracion de sus bienes, ni en los crímenes que se castigan con la confiscacion de ellos *ipso jure*, porque toda enagenacion que se haga despues de cometido un delito de esta naturaleza, ha de revocarse, pudiendo el fisco vindicar del poseedor la cosa enagenada; pero se le permite al reo hacer todas las enagenaciones necesarias, como para satisfacer á

los acreedores, para alimentarse, ó para reparar y conservar los bienes. De esta doctrina se infiere que solamente en los casos que por el delito se confiscan los bienes *ipso jure* ó se priva de la administracion de ellos, tiene lugar el secuestro (*dic. núm. vers. Prædicta tamen. Véase el cit. núm. 2, cap. 2 de este tom. y comp.*).

9. El tiempo en que el fisco puede pedir á los herederos del reo ó á cualquiera tercer poseedor los bienes confiscados ó *ipso jure* ó por sentencia, es el de cinco años contados desde el dia de la declaracion ó condenacion: y en el caso que se piden los bienes á un tercer poseedor como enagenados doloosamente, parece que debe ser dentro de cuatro años porque en este tiempo se prescriben las acciones revocatorias (*núm. 5, ley 7, tit. 25, part. 7.*).

10. Antes de ejecutarse la sentencia de muerte ha de enviar el juez al reo, clérigo ó religioso sacerdote para que con él confiese sus pecados, concediéndole tiempo en que pueda prevenir todo lo que sea conducente á su conciencia y á su alma: de tal suerte, que puede y debe el obispo prohibir con censuras eclesiásticas, que el juez secular ejecute la sentencia sin otorgarle término para el dicho efecto. Y tambien ha de permitir el juez que al reo se administre el Viático, por no haber razon que lo impida, ni poder subsistir la costumbre que haya en contrario como opuesta á derecho y á la caridad (*número 6, ley 7, tit. 13, part. 1.*).

11. El juez ó ministro suyo puede aprehender la bestia de algun privado para llevar al malhechor en ella al lugar del suplicio, pagándole al dueño el jornal de los bienes de la República, porque la utilidad comun se prefiere á la privada. Asimismo pueden los mencionados compeler á alguna persona vil á que ejecute la dicha sentencia (*núm. 7.*).

12. No puede quitarse de la horca el cadáver del reo ni

enterrarse por los consanguíneos ó amigos hasta que se haya obtenido la licencia del juez, que pidiéndose se concede fácilmente (*núm 8, leyes 7, tit. 13, part. 1, y fin, tit. 31, part. 7.*).

13. Cuando alguno por delito es desterrado de algun pueblo y durante el tiempo del destierro fallece, no puede traerse su cadáver al pueblo de donde se desterró para ser en él enterrado, hasta que el dicho tiempo se haya concluido (*dic. núm. vers. Item. adde.*).

14. Antes de darse sepultura al cadáver del ajusticiado, se puede entregar á los médicos y cirujanos para que de él hagan anatomía, por interesarse en ello la utilidad pública; y así lo respondió en el año de 1550 la Universidadde Salamanca, siendo consultada por el Emperador Carlos V y su consejo (*núm. 9.*).

FIN.



BIBLIOTECA PÚBLICA DEL ESTADO



FÉ DE ERRATAS.

PÁGINAS.	LINEAS.	DICE.	LEASE.
3	3	Tomo primero.	Parte primera.
4	15	perpetrando	perpetuando
6	7	capita	capite
9	26	aprender	aprehender
14	8	brevilocua	brevilocua
17	29	idem	idem
19	nota.	tercio	tercio,
32	8	posicion	posicion
32	28	Finalments	Finalmente
32	32	-op	-po
35	28	segun	segun
65	16	conceptua	conceptua
PARTE SEGUNDA.			
5	25	se	es
25	28	inventa	intentar
27	10	vence	vende
28	10	justi ia	justicia
38	8	vencida	vendida
79	4	sns	sus
116	26	acee-r	acree
135	17	inservians	inserviens
PARTE TERCERA.			
28	28	cno	con

INDICE

De los capítulos que comprende esta obra.

PARTE PRIMERA.

	PAGS.
CAPÍTULO I.— <i>De las herencias que se difieren ab-intestato</i>	1
CAPÍTULO II.— <i>De la sucesion universal por testamento</i>	8
CAPÍTULO III.— <i>De la sustitucion vulgar</i>	14
CAPÍTULO IV.— <i>De la sustitucion pupilar</i>	21
CAPÍTULO V.— <i>De la sustitucion fideicomisaria</i>	27
CAPÍTULO VI.— <i>De la sustitucion ejemplar</i>	45
CAPÍTULO VII.— <i>De la sustitucion compendiosa</i>	48
CAPÍTULO VIII.— <i>De la sustitucion brevilocua</i>	50
CAPÍTULO IX.— <i>De la trasmision de la herencia</i>	51
CAPÍTULO X.— <i>Del derecho de acrecer</i>	60
CAPÍTULO XI.— <i>De la sucesion contra el testamento</i>	72
CAPÍTULO XII.— <i>De los legados</i>	85

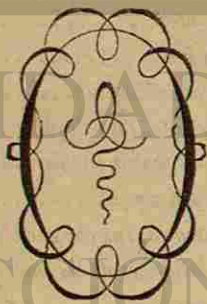
PARTE SEGUNDA.

CAPÍTULO I.— <i>De las personas que pueden ó no contraer</i>	1
CAPÍTULO II.— <i>De la compra y venta</i>	2
CAPÍTULO III.— <i>De la locacion y conduccion</i>	37
CAPÍTULO IV.— <i>De la donacion</i>	49
CAPÍTULO V.— <i>De la sociedad</i>	61
CAPÍTULO VI.— <i>Del contrato de mútuo</i>	65
CAPÍTULO VII.— <i>Del comodato y del depósito</i>	70
CAPÍTULO VIII.— <i>De los contratos innominados</i>	74
CAPÍTULO IX.— <i>Del contrato verbal</i>	75
CAPÍTULO X.— <i>De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos</i>	79
CAPÍTULO XI.— <i>De las cualidades de los contratos</i>	95
CAPÍTULO XII.— <i>De los dos reos</i>	126

CAPÍTULO XIII.— <i>De los fiadores</i>	127
CAPÍTULO XIV.— <i>De la restitucion de los menores</i>	137
CAPÍTULO XV.— <i>De las servidumbres</i>	154

PARTE TERCERA.

CAPÍTULO I.— <i>De varios géneros y especies de delitos</i>	1
CAPÍTULO II.— <i>Del crimen de lesa Magestad Divina y humana</i>	24
CAPÍTULO III.— <i>Del homicidio</i>	27
CAPÍTULO IV.— <i>De la violencia</i>	48
CAPÍTULO V.— <i>Del hurto</i>	49
CAPÍTULO VI.— <i>De la injuria</i>	54
CAPÍTULO VII.— <i>Del crimen de estelionato</i>	59
CAPÍTULO VIII.— <i>Del destierro</i>	60
CAPÍTULO IX.— <i>De la captura de los reos</i>	62
CAPÍTULO X.— <i>Cuando ha de gozar el reo de la inmunidad eclesiástica y del privilegio de la primera tonsura</i>	66
CAPÍTULO XI.— <i>De qué manera se formaliza la acusacion</i>	69
CAPÍTULO XII.— <i>De la prueba de los delitos</i>	71
CAPÍTULO XIII.— <i>Del tormento y cuando se ha de usar de él</i>	81
CAPÍTULO XIV.— <i>De la confiscacion de los bienes del delincuente</i>	95



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

