accion real sobre cosa inmueble, ser esta 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 quanto depende de este como la confesion (*dic. n. vers. Nonò*): y además 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 expresadas puede interponer su autoridad el Juez del territorio donde se halla la cosa, el del pueblo del orígen ó el del lugar de la habitacion del menor: aquel por razon de la cosa y estos por razon de la jurisdiccion en la persona del menor que se extiende á otro territorio. Baxo este supuesto quando se trata de dar tutor á algun pupilo, ha de ser en el lugar de su orígen 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 extienden 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 este ha de ser general para todos los pleytos y causas que se muevan, solamente pueden darlo los dos últimos Jueces, y si ha de ser particular para cierto pleyto ya movido, lo ha de dar el Juez ante quien se litiga (*núm.* 17. *Puede verse al Aillon núm.* 18, *quando 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 este en el mismo contrato, bien ántes 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 expuesto en la remision de la deuda que haga el menor, como tambien en los juicios porque en ellos se quasicontrae (*num.* 18. *ley* 6. *tít. 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 quanto á que contraviniendo el principal contrayente será perjuro, y no lo será su heredero sin embargo de que contravenga (*n.* 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 extendiese á tan grave lesion, sino es que jurase no contravenir al acto ó contrato ni por razon de la lesion enormísima ni por otra qualquiera causa, pues entónces no puede ser restituido ni se puede rescindir el acto por ningun remedio: lo qual tambien acontece quando 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, como 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 co-

cosa dotal, por cuya circunstancia de otra suerte seria nulo. Esto mismo sucede sin diferencia alguna por la expuesta 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.) (*a*): y no es de omitir que si el menor promete sin causa y con juramento, no se confirma la promesa con este, así por presumirse error y faltar el consentimiento, como por no asistir al juramento sus tres requisitos substanciales (*núm.* 23.).

25 La absolucion ó relaxacion que se obtenga del juramento, solo obra que el que contravenga no sea perjuro aunque reconvenga 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 qual no puede privarle el Juez que conceda la relaxacion (*n.* 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 mixto fuero; bien que esto se ha de entender quando vive el que jura, pues su heredero no puede ser reconvenido ante el Juez Eclesiástico, en atencion á que el vínculo del juramento en quanto á ser ó no perjuro, es meramente personal: en cuyo supuesto para que las causas no se llevan al fue-

(*a*) Hay muchas opiniones sobre quanta 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 qual sigue y asegura mas recibido el Farinacio) que todo se ha de dexar al arbitrio del Juez atendidas las qualidades de la causa, del tiempo y de las personas (*n.* 21.).



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 este 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 reyno 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. Asimismo no da fuerza al contrato quando se anula por odio del acreedor; v. gr. el pacto de la ley comisoria en las prendas ó hipotecas, la promesa de usuras, el mutuo hecho al hijo de fam. y otros semejantes, en los quales aunque el promitente por virtud del juramento se obliga á su observancia y tiene que pagar, sin embargo hecha efectivamente la solucion queda libre del juramento, y puede demandar lo que hubiese satisfecho por la condicion sin causa, mediante á que sin ella y torpemente lo tiene el acreedor (*n.* 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 quanto todas las solemnidades que establecen son

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 disposicion como testamento, valdrá como codicilo teniendo la solemnidad que este exîge, porque el juramento en todo acto surte el efecto de que valga del modo que segun 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 sexô, 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 atencion será válida con juramento la donacion entre el marido y muger, la que se haga de todos los bienes presentes prohibida por la ley 69. de Toro, la promision de arras que exceda la décima parte de los bienes del marido, y en fin (omitiendo otras especies) el pacto ó transacion sobre los alimentos de futuro que se deben por última voluntad (*núm.* 26.).

29 El miedo reverencial que influyen el padre y el marido en el hijo y la muger, en atencion á no ser tan grave que caiga en varon constante, segun se requiere por derecho, no es suficiente para rescindir la enagenacion que esta haga de la cosa dotal, ni la renuncia de la futura sucesion paterna ó meterna que aquel formalice con juramento á instancia de aquellos; mas si será bastante el miedo que infundan el castigo ó las amenazas capitales y no leves, aunque el acto se execute despues de un gran-



grande intervalo, como si la muger amenazada ó castigada por el marido consiente durante el matrimonio: lo qual tambien 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 qualidades dichas no puede dexar de rescindirse, por formalizarse en presencia del Juez ó de los mas próxîmos parientes, pues esta 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 demasiadamente 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 extiende 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 expresado 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 substanciales del juicio, la verdad y la justicia; sí bien es cierto que el furioso que tiene lucidos intervalos, puede hacer en ellos quanto una persona de perfecta capacidad, tenga ó no curador, porque si lo tiene, cesa y se suspende su administracion

cion en los dichos intervalos, aunque continue 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.) (*).

31 Asimismo no puede contraer el mudo y sordo por naturaleza, mediante á que no puede conocer la naturaleza del acto para exprimirlo con señales, por lo qual debe proveérsele 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 qualquiera especie de contrato ó quasi contrato. De la voluntad por señas podrá constar, quando teniendo el Escribano ó Notario conocida la qualidad de la persona diese fe de haber conocido y percibido por ellas su consentimiento, ó quando la diese de que los consanguíneos, vecinos ú otras personas que tambien tenian conocida la qualidad de la persona, le dixéron lo manifestado por esta, ó quando 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 quasi contraer el que indiscreta é inconsideradamente consume su patrimonio, despues de preceder conocimiento de causa, citándolo para ella como que es legítimo administrador de sus bienes, y se trata de un grave perjuicio suyo, despues de proveérsele de curador, de prohibirle el Juez el manejo de su bienes y hacer

(*) 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.).



cer pregonar públicamente que ninguno en lo sucesivo contraiga con él, por quanto 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. Dixe: *despues de preceder conocimiento de causa, &c.* porque ántes de verificarse lo referido puede el pródigo sin embargo de que lo sea notorio, practicar todo aquello para que es inhábil posteriormente; y aunque lo notorio y la sentencia se equiparan, esto procede en quanto á la evidencia del hecho, mas no en quanto á los efectos jurídicos; sin que sea de omitir que si á alguno se le prohibe 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 (*nn.* 30. 31. *y* 32. *leyes* 5. *tit.* 11. *part.* 5. 13. *tit.* 1. *part.* 6. *y* 25. *tit.* 12. *part.* 5.) (*a*).

33 Viviendo alguna muger luxuriosa 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 patrimo-

(*a*) Dícese que el pródigo no puede consentir ni obligarse naturalmente quando se trata de su daño, mas si se trata de su lucro se dice lo contrario, y así no se le prohibe estipular en su favor (*n.* 31.).

monio que una muger luxuriosa; aunque es cierto que puede ser privado de la legítima administracion 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, sino 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 pleyto; ni el médico con el enfermo miéntras durase la enfermedad (*dic. n. vers. Quintò y sígg. 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 quando concede á otro por contrato ó última voluntad el señor de algun siervo cierta obra ó cierto ministerio, en que este 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 habitacion. El usufructo se divide en *legal y en convencional*: el primero es *el que proviene de la disposicion de la ley*, como el que tiene el padre en los bienes del hijo; y el segundo *el que dimana de la disposicion del hombre por contrato ó última voluntad* (*dic. n.* 1.). Tambien se divide el usufructo en *causal y formal*: el causal es el *que tiene qualquiera dueño en sus cosas no distinto ni separado de la propiedad*; aunque no se dice servidumbre, por no verificarse esta en cosa propia, y sí 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 agena 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 ademas de la leche y lana se comprehenden susfectos, no se contienen en el de la esclava sus partos, pues habiéndose destinado todas las cosas terrestres y los fructos para el hombre, es repugnante que este se comprehenda en aquellos. Asimismo se puede constituir el usufructo en las cosas que se consumen con el uso, y sin embargo de que en estas no lo hay propiamente por ser forzoso enagenar su propiedad, con todo al tiempo de constituirse se tasa la estimacion de las cosas de que consta, y se presta caucion de restituirla concluido el usufructo (*dic. n. vers. & talis usufructus. Leyes* 21. *y* 24 *tit.* 31 *Part.* 3.) (*a*).

3 La dicha caucion puede remitirse quando 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 pue-

(*a*) Si las cosas que se consumen con el uso fuéron estimadas, se ha de prestar la caucion de restituir la misma estimacion, y si no se estimáron, 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.*).