

feras de la ciencia de la legislación, se mirá con el mayor desprecio la autoridad reunida de los intérpretes de primera nota, se censuran las mismas leyes, y se refutan las verdades, y las máximas mas bien establecidas.

He aquí á lo que están reducidos en general los defectos del Febrero reformado, pero como no es facil que los lectores los reconozcan si no se les pone en el caso de comparar y juzgar por sí mismos, ha parecido conveniente hacer una demostracion de ellos, que servirá tambien para convencer á Don Josef Marcos Gutierrez de quan peligroso es tomar sobre sí el alto é importante cargo de Reformador de una obra como la Librería de Escribanos, en cuya composicion gastó Don Josef Febrero muchos años, con sumo estudio y trabajo, y que no dió á luz sino despues de haberla consultado con Letrados muy juiciosos, sabios y prácticos en la Jurisprudencia.

Para la debida claridad se divide esta demostracion en los párrafos siguientes:

§. I. Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ú olvidadas, ó censuradas, ó mal interpretadas en el *Febrero reformado y anotado*, y de alteraciones substanciales hechas en él, en perjuicio de la verdad, y exáctitud del texto del original.

§. II. Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ó del todo desconocidas en el *Febrero reformado y anotado*.

§. III. Prosigue el mismo asunto con nuevos exemplos; y se vindica al Autor y otros Intérpretes del injurioso estilo con que se les trató en la *Reforma* al establecerse el principio capital de la materia de la colacion.

§. IV. De la extravagancia y tropiezos de la *Reforma* en materia de últimas voluntades, &c.

§. V. De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el *Febrero reformado y anotado*.

§. VI. Se da una idea analítica, por via de ensayo, de la operacion reformatoria que reduxo á cinco tomos los siete de la *Obra original*.

§. VII. Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la *Reforma*, y se concluye manifestando lo ridículo é infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto á locuciones y frases técnicas, estilo y language.

§. I.

Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ú olvidadas, ó censuradas, ó mal interpretadas en el Febrero reformado y anotado, y de alteraciones substanciales hechas en él en perjuicio de la verdad, y exáctitud del texto original.

No le pareció bien á Don Josef Marcos Gutierrez que el nieto pudiese estar en ningun caso, viviendo su padre, baxo la potestad del abuelo; de consiguiente que el abuelo le nombrase entonces tutor en el testamento, fundado en que el hijo casado y velado queda emancipado segun la ley de Toro, y que tanto él como sus hijos están ya fuera del poder del abuelo. (*Tom. III. pag. 60.*) Y si el hijo está casado, y no está velado, de lo qual se han visto hartos exemplares? Entonces él y toda su posteridad masculina y femenina, casada y no velada, estará baxo la potestad del abuelo segun la propia ley de Toro, quien podrá dar tutor, y aun substituto pupilar, no digo á sus nietos nacidos antes de velarse, sino á sus viznietos y tataranietos en su caso. Esto sin duda no le ocurrió al Señor Gutierrez; pero para dar un vuelo á sus propios pensamientos, dixo contra el dictamen de AA. muy juiciosos, lo que no pensó decir la ley de Toro.

Es muy de admirar la Nota con que ilustra la doctrina del Autor acerca de la cláusula codicilar. Dice pues estas singulares palabras. *La doctrina de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposicion Real, sino en el derecho comun, y en Autores: por lo que ofreciendose el caso debe examinarse bien* (*Pag. 127. tomo I. Febrero reformado.*) Ciertamente es plausible el modo de resolver el problema imaginario, no digo bien, de una premisa, que se sienta como cierta, se saca una consecuencia dudosa. La cláusula codicilar no tiene otro fin que el de suplir qualquiera omision ó falta de solemnidad en el testamento. El derecho Romano la estableció con el fin de dar un consuelo á los testadores que se hallasen inciertos ó temerosos de si seria cumplida su ultima voluntad, para que si llegaba el caso de que se declarase nulo su testamento, supiesen que debía valer como codicilio; y como los codicillos se hallan reconocidos por nuestras leyes, es de consiguiente que ellas autoricen una cláusula dirigida á que á lo menos tenga valor de tal la última disposicion de los hombres en los casos que sus testamentos sean nulos. Es verdad que no hay una ley terminante en nuestros Códigos, donde se ordene este modo de suplir la última voluntad; pero las leyes protectoras de los actos humanos, comprenden en sí mismas todo quanto puede contribuir á hacerlos valederos. Han de valer en efecto ménos los últimos alientos de los hombres, porque sean mas

venientes y mas vivos? En resolucion, por medio de la cláusula codicilar convierte eventualmente el testador el acto de testar en un codicilo, que es tambien uno de los instrumentos orgánicos consagrados por nuestras leyes, como un monumento para trasladar á la inteligencia de los vivos los últimos deseos de los muertos. Baxo de estos supuestos no se alcanza en qué puede fundarse el Reformador quando dice, que ofreciendose el caso, debe examinarse bien la cláusula codicilar. Lo que únicamente se deberá examinar es si está extendida en términos claros y precisos para evitar dudas, pero no si es conforme á nuestras leyes, ó si por no haber una que expresamente hable de la materia, deberá ó no tener efecto. Esto sería trastornar todos los principios del derecho, y de la práctica mas bien recibida. Pero enemigo declarado el Señor Gutierrez de la cláusula codicilar, no solo ha incurrido en el error arriba expresado, sino que de los seis efectos que produce y trae el Autor, ha omitido dos sin decir en qué se funda. Son trascendentales á la administracion de justicia estos tropiezos? Es esto explicar y enriquecer, ó es empobrecer, implicar y obscurecer?

No quiero detenerme en varias Notas del tomo I. donde por entenderse siniestramente la *ley 1. t. 18. l. 10. N. R.* se confunden el testamento, el codicilo y la última voluntad, tres cosas enteramente diversas, que tienen en nuestras leyes, aun las mas modernas, en los AA. y en Febrero nociones, ideas, definiciones, solemnidades y consecuencias diferentes. Todo se confunde en esta reforma. Trata de los testamentos, y empieza por el testamento militar, cometiendo así el grave pecado antimetódico de poner la excepcion antes de la regla general, arrancando los números respectivos á este testamento, del lugar donde mas adelante los puso oportunamente el Autor, y colocandolos al pie de la letra, y á viva fuerza, donde no cabian. Despues en lugar de una nocion ó definicion clara que dá el Autor del testamento privilegiado, militar, ó no solemne, diciendo: *es el que tiene validacion y firmeza por especial privilegio, aunque carezca de los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho*, se puso la siguiente: *es el que ningun otro requisito exige, sino que conste de la voluntad del testador*. Esto no dá nocion alguna, ni es definicion buena, ni mala; es un galimatias. El fin de todo testamento es, que conste la voluntad del testador. Aquellos requisitos, formas y modos de declararla, que la ley tiene señaladas ú aprobadas, son los medios. Quién hasta ahora exigió el fin como medio para conseguir el mismo fin? Es lo mismo que decir, que el remedio mejor para conseguir la salud es estar bueno, y que para averiguar la verdad, el medio mas acertado es saberla; que el medio ó requisito para que conste la voluntad del testador, es que conste. Y cómo hemos de saber quando consta? La misma definicion puede darse tambien al testamento solemne, del

que asimismo puede decirse que no exige otro ninguno requisito, sino que conste la voluntad del testador. Los requisitos y solemnidades que la ley prescribe para él, no son con otro objeto; no exige mas, porque juzga que con los prescriptos consta la última disposicion del hombre; no prescribió ménos, porque cree que sin ellas no consta; y así solo ordenó las precisas para lograr su fin. Si hubiese entendido que eran necesarias mas solemnidades, ó que con ménos habia bastante, lo habria ordenado así. Las leyes tampoco multiplican entidades sin necesidad. Se ha confundido el convencimiento con las pruebas que la ley exige para producirle, tanto en el uno, como en el otro, que aunque diferentes en el testamento militar, que en el testamento comun, siempre han de ser bastantes á convencer de la última voluntad. Si se hubiese dexado la definicion del Autor en el lugar que la puso, como dá una nocion clara de la diversidad de medios para un mismo fin, y declara segun reglas logicas la diferencia específica, que distingue el uno del otro, no se podia caer en paralogismos, ni en la confusion que inspira la que se le subrogó, y que trascendió á las Notas, en que obscureciendose la doctrina sólida del Autor sobre el testamento no solemne, se pretende sostener la última voluntad del militar sin pruebas legales y racionales, que produzcan el convencimiento de ella, y hacer responsable á una Real Cédula moderna de cosas que no dixo.

Pero me llama la atencion una nota (*Tom. 1. pag. 28. Nota I.*) donde el *Reformador*, revistiendose de su alto caracter reformatorio, viene á resolver que los Corsarios Berberiscos, las Regencias Africanas, todo Mahometano, é infiel, y hasta los Judios de Hispahan, estan sujetos á las leyes de Partida. Hay en efecto una, y es la *8. tit. 21. Part. 4.* que ordena, que ningun Moro, ni persona de otra secta, pueda tener esclavo Christiano. Esta ley es la admirable razon, que se da ilustrando al Autor, para sostener que los Españoles cautivos de los Moros no son esclavos, y por consiguiente, que como libres pueden hacer testamento. No sé como nadie pueda concebir, que una ley pueda extender la fuerza de sus prohibiciones á otros que sus propios súbditos, ni que nuestros Legisladores hayan pretendido jamas violar la independencia de las naciones, queriendo que estas reconozcan y respeten sus leyes. El derecho de las gentes, y las solemnes convenciones, sobre todo el derecho tan alto, como justiciero de la reciprocidad, son el Código, que rige entre los pueblos que no dependen entre sí. No se tuvo presente que los Moros y Judios de que habla la ley, son aquellos que eran súbditos de los Reyes de Castilla: los decretos de expulsion y proscripcion de unos y otros, fueron algunos siglos despues. Basta una mala razon para echar á perder aun la mejor causa.

Paso ahora á examinar dos conceptos, y dos definiciones equi-

vocadas en las primeras líneas del tomo II, por cambiarse el sentido natural de dos voces, por vía de mejora y exáctitud, en lugar de las voces y definiciones exáctas del Autor. *Arrendador que así mismo se llama colono*, dice el Reformador, *es el que toma, y arrendatario el que da en arrendamiento*. Todo es al revés. Arrendatario es el que toma ó recibe en arrendamiento alguna cosa; en latin *conductor*. Este es el significado propio y usado de esta voz, el que se usa en las Cédulas Reales, y el que le da también la Academia en su Diccionario. Aquel que da en arrendamiento alguna heredad, en latin *locator*, no es, ni se llama, *arrendatario*, como se dice equivocadamente, sino *arrendador*, con esta diferencia en las dos voces, que *arrendador* es, ó se llama, no solo el que da, sino también el que toma en arrendamiento; pero la voz *arrendatario* nunca puede aplicarse ni se aplica al que da, sino exclusivamente al que recibe en arrendamiento, según lo hace el Autor, á la manera que *donatario* es el que recibe donación, *depositario* el que recibe en depósito, *mandatario* el que recibe orden ó mandato, y así respectivamente; *mutuario*, *commodatario*, *legatario*, *usufructuario*, *usuario*, *feudatario*, &c.; de modo que la identidad de terminación de todas estas, y otras voces, no dexarian lugar á dudar en la acepción de la voz *arrendatario*, aun quando el uso comun no la tuviese bien fixada. La parte activa se aplica al dueño, ó al que da, y la pasiva al que recibe.

En quanto á la voz *arrendador*, como el contexto es el que determina la significación de todas aquellas voces que admiten sentidos equívocos, siempre que se usan á un mismo tiempo las dos palabras *arrendador* y *arrendatario*, la de arrendador pierde su indiferencia, y se contrae precisamente al dueño, ó al que da en arrendamiento. Así todo se cambia por el Señor Gutierrez, manchando todo el discurso sobre este pie de voces, y definiciones equivocadas, repitiéndose las mismas equivocaciones, quantas veces se repiten las voces, trocándose por consecuencia las obligaciones de los contrayentes; haciendo recibidores á los dadores, á los deudores acreedores, á los cobradores pagadores; en substancia es un Babel en que ni Defensores ni Escribanos, Jueces ni partes se entienden unos á otros, y que pondria en ridículo á los Abogados y Escribanos que abrazasen, y produxesen en sus escrituras, informes y alegatos semejantes nomenclaturas. No es esto solo, sino que después de establecerse alta é imperiosamente tan solemne equivocación sobre las ruinas de lo que edificó bien el Autor; se dice á renglon seguido: *conviene para mayor claridad no equivocar ni confundir la significación de estas voces*. Esto es lo mismo que consagrar los disparates.

Exáminemos ahora una doctrina de grandes consecuencias que

nos da el Señor Gutierrez, á saber, que como hay suplicios para los perversos, los hay también para los ignorantes. Estableciendo el Autor, apoyado en la razón y en la autoridad, la excepción de que quando el heredero acepta con error la herencia sin hacer inventario en la forma, tiempo, y con los requisitos que previene la ley, no está obligado á pagar las deudas y legados, sino en quanto alcanzen los bienes hereditarios; porque quien yerra, ó ignora no se juzga hacer acto del qual se induzca aceptación, y el error excluye el consentimiento, sin el qual ninguna disposición hay estable, y es lo mismo que si no se hiciese, exáltada la vilis del Señor Gutierrez con semejante doctrina, la impugna y castiga en esta Nota: *esta limitación por sí sola, casi ó sin casi destruye la regla general. Qué acto, qué instrumento, qué obligación tendria subsistencia, si el error, ó la ignorancia con que se escude el obligado, es suficiente para invalidarlos? No convendria mas castigarlos para que hubiese menos del uno, y de la otra? Así como á la sombra de una indiscreta, y criminal condescendencia, crecen, y se propagan los delitos, así también la necia indulgencia con el error, y la ignorancia, aumenta el número de los errados é ignorantes*.

Nada se exceptua en tan formidable fallo; ni lo culpable ni lo inculpable, ni lo substancial, ni lo accidental, ni lo civil, ni lo criminal, ni el error de hecho, ni el de derecho, ni quantas distinciones ha descubierto la ciencia de la equidad: todo se lleva á sangre y fuego, todo lo abraza un dogma perentorio de tanta latitud, que puede hacer sombra á todo un emisferio. Qué conocimiento no tendrá de sus propias fuerzas para resistir la entrada al error y á la ignorancia, quien se produce de esta manera? Quán desposado creará estar con la sabiduría, con la verdad y con la luz, quien declara guerra tan cruel á los ignorantes y á los errados? Con pocas máximas de estas en un dia se aprende la Jurisprudencia. Nada hay mas contrario á la voluntad que el error, dixo un gran Jurisconsulto, y la razón clama por esta gran verdad; sin la voluntad no hay delitos, sin ella todos son inocentes; sin la voluntad no hay contratos, ni convenciones, ni me debes, ni te debo, y calla la severidad de la ley: todos los que pecan, yerran, pero no todos los que yerran pecan. Principio estupendo el que se establece, y enemigo del linage humano, pues castiga al hombre en su propia y natural debilidad. Solo falta escoltar con suplicios, cadahalsos, torturas y verdugos tan bárbara máxima. Qué podemos esperar de las *Instituciones criminales* (esta obra fué reprobada por el Colegio de Abogados, como el Febrero Reformado) que senos anuncian por el Reformador en su prólogo, si los errores son crímenes? En qué libros de negra Jurisprudencia, en qué tizon se habrá leído este anatema? De dónde se habrá deducido? Dé los motivos mas

altos de templar el rigor, y de producir los sentimientos mas nobles y tiernos de la humanidad.

Pero qué bien dice con esta máxima tan desoladora, capaz ella sola de acabar de una vez con toda la especie humana, una exálation de humanidad en que se resuelve el corazon del *Reformador* con motivo de tratar el Autor de los partos de las esclavas (Tom. 3. pag. 228. Nota I.) *Al leer este número, dice, al leer los partos de las siervas, que se equiparan á los animales, no ha podido menos de conmoverse y afligirse mi corazon. He aquí una miserable porcion del género humano degradada, y humillada hasta el nivel de las bestias :::: Dios quiera que no prevenga mi muerte al cumplimiento de uno de mis mayores deseos, el de ver desterrados de los Códigos las viles y afrentosas voces de siervo y servidumbre, de esclavo y de esclavitud.* Esto es ridículo, y sobre serlo pudiera el *Reformador*, entre tanto que se le cumplen sus loables deseos, no haber omitido en su reforma las nueve partes de las diez, de las doctrinas del Autor sobre la esclavitud, algunas muy consoladoras; pues tanto en los dominios del antiguo como del nuevo mundo, tiene, ó puede tener uso el *Código negro*.

Ordena la ley 54. de Toro ley 3. tit. 3. lib. 10. N. R. cuya disposicion trae el Autor, que "qualquiera esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la hubiere besado, la mitad de todo lo que el esposo la hubiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea precioso, ó no: y sino la hubiere besado no gane nada de lo que la hubiere dado, y tornase á los herederos del esposo. Pero si qualquiera de ellos muriese despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que siendo desposados le hubo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio, pero si arras hubiere, que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos, ella muerta, tomar las arras, ó dejarlas; y tomar todo lo que el marido la hubo dado siendo con ella desposado." Tengo por inútil tocante al ósculo, se dice en una Nota, la disposicion de la ley 52. de Toro, y de la 3. tit. 11. Part. 4. tomada sin duda de la 16. Cod. de donat. ante nupt. Si se habla de un ósculo ilícito, y motivado por un impuro afecto, no podrá probarse, puesto que los esposos lexos de buscar quienes puedan ser testigos de semejante hecho, huyen cuidadosamente de ellos; y si se habla de un ósculo permitido como una de las ceremonias introducidas en la celebracion de los espousales ó del matrimonio, creo con fundamento que en ninguna de las Provincias de España se halla recibido: (Tom. 2. pag. 180. Nota I.) Otro ósculo se dexó del que habla expresamente la ley, y es el mas honesto, fiel y legal, qual es el de la es-

posa de presente al esposo de presente; pero si se hablaba de él, iba por tierra toda la filosofia de la Nota, con que se queria hacer lucir un rasgo censorio de esta ley. Como quiera nuestros Legisladores segun esta doctrina malgastaron el tiempo, unos en concebir, otros en sancionar, otros en promulgar, otros en renovar esta ley. Solo por pasatiempo hicieron una ley inútil para un caso imposible de probar. De la misma manera, y solo por placer, hicieron tambien leyes inútiles, é impusieron penas contra el adulterio; pues los adúlteros, aun con mayor razon, lexos de buscar testigos de su crimen, huyen cuidadosamente de ellos. Asimismo fué tambien un juguete de nuestros Legisladores hacer igualmente leyes contra la bestialidad, y otros delitos tan afrentosos á la naturaleza, pues todos estos delinquentes, lexos de buscar testigos de sus abominaciones, huyen cuidadosamente de ellos. El cohecho, la usura; para qué me canso, qué delinquentes buscan testigos de sus delitos? Así todos los crímenes tienen hecha su apología en la doctrina de esta Nota. A tal término conduce un ratiocinio mal hecho, y tales son los abismos donde se precipita una razon sin guía.

A la ley toca tener siempre franco y abierto el Augusto solio de la justicia. La probanza del agravio es de cargo de los querellosos, que acuden á su proteccion. La misma ley y la buena razon socorren en los casos de difícil prueba: los indicios, las congeturas, las presunciones, los actos aproximados á los delitos, adquieren mas vehemencia en tales circunstancias, y ó producen el convencimiento, ó se acercan tanto á él quanto es menester, al menos para indemnizar al agraviado, aun quando no sea bastante para llenar todos los designios de la justicia criminal.

Si esto es así, en aquellos actos cometidos en tinieblas, dignos de todo el odio de la ley, y de toda la exécracion de los hombres, mucho mejor en el ósculo entre esposos de futuro, que aunque reprehensible en el juicio de Dios, no lo es tanto en la opinion de los hombres; y que llevando consigo un cierto afecto conyugal anticipado, faltan los motivos para tanto recato y reserva. Esto es quando para la contienda entre la esposa y el esposo, ó sus herederos hubiesen de ser precisamente necesarias las deposiciones de testigos, que no lo son. Pues cómo se ha de probar? quién lo ha de declarar? quién lo ha de decir? Quién? Ella misma; no es necesario mas testigo, y aun debe serlo solo ella. A una muger que dice, la besaron, lo mismo que si dice que no es doncella, es menester creerla. Si la esposa se niega á devolver al esposo, ó á sus herederos las joyas ó dádivas que la demandan, sujetese á esta prueba. Páreceme un juicio como el de Salomon, el del primero que en este caso pasó con mucha discrecion á una muger en la dura necesidad de juzgarse ella misma. Este es un juicio muy antiguo en las leyes de Castilla: *Esta es fazaña de*