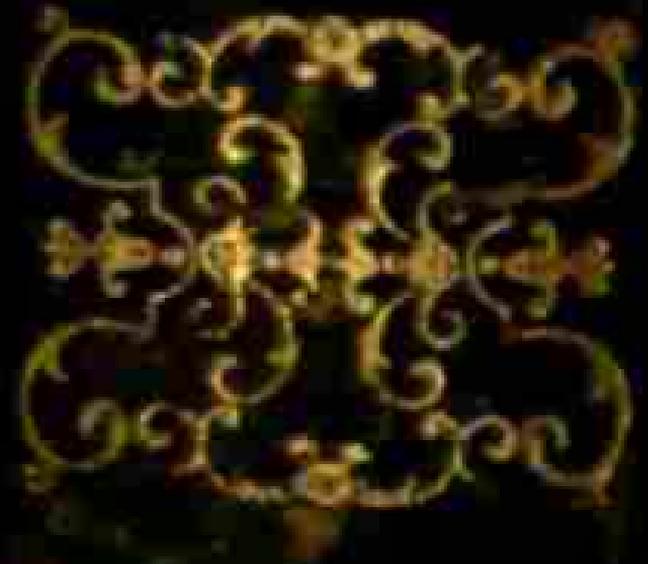


IDAD  
CCIÓN



ILUSTRACION  
DEL  
DERECHO  
REAL DE ESPAÑA



K47

.E8

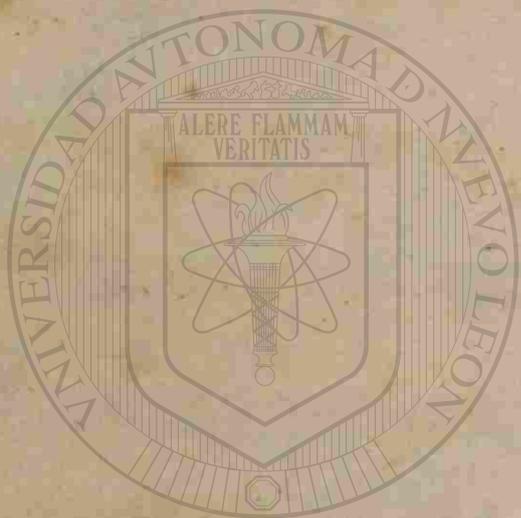
S2

4852

C.1



1080074666



ILUSTRACION DEL DERECHO.

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



*Esta obra es propiedad de José María Andrade, y nadie puede reimprimirla sin su consentimiento.*

# ILUSTRACION



## DERECHO REAL DE ESPAÑA.

ORDENADA

POR DON JUAN SALA,

REFORMADA Y AÑADIDA CON VARIAS DOCTRINAS  
Y DISPOSICIONES DEL DERECHO NOVÍSIMO, Y DEL PATRIO, Y  
ARREGLADA SEGUN LAS LEYES ÚLTIMAMENTE  
PUBLICADAS HASTA 1850.

TOMO PRIMERO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS  
MEXICO

PARIS. — IMPRENTA DE GERDÉS HERMANOS,  
CALLE SAN-GERMAN, 14.

SE VENDE EN LA ANTIGUA LIBRERÍA  
DEL PORTAL DE AGUSTINOS, N.º 3.

1852



FONDO

A. D. PUBLICA DEL ESTADO



## ADVERTENCIA.

Agotada la edicion que en los años de 1831, 1832, y 1833 se hizo en esta capital de la obra titulada: » *Ilustracion del derecho real de España ordenada por D. Juan Sala,* » era ya necesario hacer una nueva, por ser esta obra elemental la que justamente sirve de texto en nuestras escuelas para la enseñanza del derecho pátrio. Mas para que esta publicacion fuese util, se hacia indispensable reformar la antigua, porque muchas disposiciones que entonces estaban vigentes estan hoy derogadas, ó variados muchos puntos de nuestra legislacion, así es que aunque abundasen ejemplares de la edicion al principio citada, seria preciso hacer otra arreglada á las disposiciones vigentes. Este trabajo es el que hemos emprendido, procurando que la obra que ofrecemos al público, corresponda debidamente á su objeto. No estamos seguros de haberlo conseguido, porque con una legislacion complicada desde sus origenes españoles y que aun no ha podido simplificar la República, es muy difícil, sino imposible que publicaciones del género de la presente estén absolutamente exentas de faltas; pero si podemos asegurar que no se ha omitido estudio para evitarlas.

Nos ha parecido conveniente reducir á dos volúmenes los cinco de que constaba antiguamente esta obra, para mayor comodidad de los jóvenes estudiantes ; pero esta reduccion nada ha quitado de doctrina, pues solo se ha suprimido lo derogado, sustituyendo en su lugar el derecho vigente.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

## HISTORIA

### DEL DERECHO PATRIO.

No puede interesar ya á nuestros lectores saber por qué leyes se gobernó la España, antigua metrópoli de México, en el tiempo que la ocuparon los Cartagineses, ni cuando la subyugaron los Romanos; pero sí es muy importante á los jóvenes que se dedican al estudio del Derecho, á los profesores de él que dirigen los negocios de sus conciudadanos, y á los jueces que los deciden, la noticia y conocimiento de los códigos, cuerpos de derecho ó colecciones de leyes que forman la legislación de la República.

Así es, que independiente México de España desde el año de 1821 se rige aun por los códigos de aquella, porque circunstancias que no es del caso referir, han impedido sustituir otros enteramente nacionales á aquellos, que pugnan en muchas partes con el carácter de nacion independiente y libre que en el dia goza, y mucho mas con el sistema de gobierno que ha adoptado. Mas subsisten sin embargo en todo lo demas, y ellos son la regla de las acciones de los mexicanos que encuentran en ellos mismos la suma de sus derechos, cuando no están fijados en las leyes nacionales. ®

Por esta razon, es indispensable el estudio y conocimiento de los códigos españoles, de donde están tomadas estas instituciones.

**FUERO JUZGO.** — El mas antiguo de todos es el *Fuero Juzgo* publicado en latin en el siglo VII con el nombre de *Liber Judicum*, y llamado tambien *Fuero*

de los *Jueces*. Está dividido en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos reyes godos; de decretos de varios concilios toledanos á que asistieron el rey, los grandes y los obispos, y de otras leyes, cuyo origen no se expresa.

« Aunque este código se ha atribuido por unos á Sisenando, por otros á Chindasvinto y á Reeesvinto, de todos los cuales se ven en él algunas leyes, parece cierto que antes del referido Fuero, se dieron á luz otras colecciones de leyes godas y que esta, tal como hoy la tenemos, fué formada en la época que reinaban juntos Egica y su hijo Witiza en el Concilio XVI<sup>o</sup> de Toledo hácia la era de 671 años.

El santo rey Fernando III<sup>o</sup> dió este Código por fuero particular á Córdoba en 4 de abril de 1241, con cuya ocasion lo mandó traducir del original latino; y en efecto se hicieron de él varias traducciones. Lo hizo imprimir en Madrid Alfonso de Villadiego que es su anotador en 1600. Despues en 1792, Don Juan Antonio Llorente, Canónigo de Calahorra, hizo otra edicion de él. Otra hay de la Real Academia española; y últimamente se ha dado otra en Madrid en 1847, juntamente con los demás códigos españoles, enriquecida con una erudita introduccion histórica escrita por Don Joaquín Francisco Pacheco que no pudo concluir, y la terminó Don Fermín de la Puente y Apezchea, y con copiosas é importantes notas que designan las concordancias del Fuero Juzgo con los otros Códigos. Está dividido en doce libros, estos en títulos y los títulos en leyes.

**FUERO VIEJO DE CASTILLA.** — Con la invasion de los moros y ocupacion y evacuacion sucesiva de las provincias de España, se introdujo un trastorno en su legislacion gobernándose unos pueblos por unos fueros y otros por otros.

« En el año de 1356 se publicó el *Fuero Viejo de Castilla* por el Rey don Pedro llamado el Cruel ó el

Justiciero. Como se dirigia principalmente á arreglar las relaciones de los nobles tanto para con el monarca como entre ellos mismos y para con las demás clases, este Código escepcional que se llamó asimismo Fuero de los Hijos-dalgo, no fué general para la nacion ni su observancia prevenida para uniformar en toda ella la legislacion. Debe sin embargo darse alguna noticia aunque sucinta de él. Está dividido en cinco libros y estos en títulos y leyes. Este fuero no es el mismo que se menciona en la historia, por el contrario puede afirmarse que á medida que iban reconquistándose de poder de los moros las ciudades de España, casi todas las de alguna importancia obtenian un fuero especial á que sugetarse distinto de las demás y diverso tambien del antiguo Fuero Juzgo, cuya observancia apenas continuó en los pocos pueblos exentos de la dominacion de los moros. »

**FUERO REAL.** — Deseoso el rey D. Alonso X de evitar la confusion y complicacion que ocasionaba tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien con los nombres de *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero de las leyes* y *Fuero de la Corte*, porque por él se decidian los pleitos en los tribunales de la corte, mandando que las leyes que contenia fuesen generales y únicas en todos sus dominios, aunque la nobleza y los pueblos reclamaron sus respectivos fueros que quedaban derogados por este, que no llegó á establecerse, sino por una especie de capitulacion con las ciudades y villas que las habian reclamado.

**LEYES DEL ESTILO.** — Para corregir los defectos del Fuero Real, se publicaron despues algunas advertencias sobre él, que se llamaron *Leyes del Estilo*, en número de 252, y aunque Sala citando á Sempere dice: que no consta si se publicaron por autoridad legitima ó por algun particular instruido en el derecho: Alvarez

da por cierto que fueron publicadas con autoridad del mismo rey D. Alonso, de su hijo D. Sancho y de D. Fernando el emplazado, remitiéndose al prólogo. Su publicación fue á fines del siglo XIII ó principios del XIV, y en el año de 1608 las imprimió con comentarios Cristobal de Paz. Algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilación.

**LAS SIETE PARTIDAS.** — Después del Fuero Real y su aclaración ó corrección, que son las Leyes del Estilo, se sigue el célebre código de *Las Siete Partidas*, en cuyo prólogo se refiere que emprendió esta obra el rey D. Alonso el sabio por mandado de su padre S. Fernando el año de 1255, y la acabó siete años después. Las leyes de Partida no comenzaron á observarse hasta el año de 1348 en el reinado de D. Alonso XI que las publicó y dió valor por la ley 1.<sup>a</sup> del título 28 de su ordenamiento de Alcalá. Este código está dividido en siete partes, á las que se ha dado el nombre de Partidas, comenzando cada una de ellas con una letra de las que componen el nombre de Alfonso, formando así un acróstico, composición que era muy del gusto de aquellos tiempos, dividiéndose cada partida en títulos y estos en leyes. Su glosador es el célebre Gregorio Lopez.

**ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.** — Hemos hecho mención ya del *Ordenamiento de Alcalá* que contiene treinta y dos títulos divididos en leyes; se publicó en las cortes de Alcalá el año de 1348 por el rey D. Alonso XI, teniendo presentes las leyes expedidas en las cortes de Ciudad Real y Segóvia, y se renovó en 1369 por el rey D. Enrique II en las cortes de la ciudad de Toro, con cuyo nombre se conocen las leyes de que hablaremos después. Este código se imprimió y anotó por Asso y de Manuel en 1774, y casi todas las disposiciones que contiene se insertaron después en la Nueva Recopilación.

**ORDENAMIENTO REAL.** — A este se siguió el *Ordenamiento Real* publicado en tiempo de los reyes D. Fernando y Doña Isabel. Es una compilación alfabética de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros y publicada por Alonso Montalvo, que le puso glosas y repertorio.

« Largo tiempo se dudó de la fuerza legal de este Código, pero hoy no cabe duda de que por Real Cédula de 20 de marzo de 1845, impresa al fin de la edición que se hizo de este Código en Huete, le dieron los reyes católicos autoridad y extensión, si bien tiene defectos é inexactitudes notables. »

**LEYES DE TORO.** — *Las leyes de Toro* se formaron y ordenaron en las cortes de Toledo del año de 1502 en el reinado de D. Fernando y Doña Isabel; mas no habiéndose publicado en aquellas se verificó el año de 1505 en las de la ciudad de Toro de donde han tomado el nombre, estando para jurarse á la reina Doña Juana y nombrar gobernador á su padre D. Fernando, que es la razón porque se apropian á estos reyes. Estas ochenta y tres leyes fueron comentadas por Antonio Gomez, y están insertas en el código de que vamos á hablar.

**NEVA RECOPIACION.** — Este es *La Nueva Recopilación*, mandada formar por el rey Felipe II y dispuesta por cuatro profesores que sucesivamente se ocuparon de ella hasta su conclusión. Está compuesto de nueve libros divididos en títulos, y estos en leyes. Se mandó imprimir y observar por el mismo rey, por su pragmática de 14 de marzo de 1567. En las ediciones posteriores hechas en los años de 1581, 92, 98, 1640, 1723 y 1745 se le fueron aumentando muchas leyes expedidas en el tiempo intermedio de una edición á otra, de suerte, que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el que bajo el nombre de *Autos acordados del*

*Consejo* se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, declaraciones y resoluciones reales expedidas hasta ese año, distribuyéndolas por el mismo orden de títulos y libros en que estaban divididos los dos tomos primeros de la Recopilacion. En los años de 1772, 75 y 77 se hicieron tres ediciones nuevas y aumentadas con veinte y seis leyes y doce autos, ofreciendo dar en un tomo separado un suplemento que contuviese el gran número de cédulas, decretos reales y autos acordados que habian salido desde el año de 1743. El comentador mas estimado es Alfonso Acevedo.

**NOVISIMA RECOMPILACION.** — En lugar de ese suplemento, se formó y publicó en 1805 una compilacion de las leyes con el nombre de *Novisima Recopilacion*, en la que se varió enteramente el método y orden de la anterior, se segregaron muchas leyes que se creyeron inútiles, se dividieron otras en muchas partes, y se insertaron mas de dos mil providencias respectivas al tiempo corrido desde el año de 1743 hasta 1803, dividiéndola en doce libros, que se dividen en títulos y estos en leyes. Fue aprobada y mandada observar por el rey Carlos IV por cédula de 15 de julio de 1805 en la que se previene la publicacion anual de un suplemento, que arreglado al mismo orden que se dió á la obra comprenda las resoluciones dictadas posteriormente. Martínez Marina publicó en 1820 un juicio crítico de esta compilacion en el que manifiesta los muchos defectos de que abunda.

**RECOMPILACION DE INDIAS.** — Ademas de los códigos mencionados hasta aquí, que en su uso y observancia fueron comunes á España y sus colonias, existen dos, dirigido el uno á todas estas y el otro á solo la Nueva España, que es hoy la República mexicana. El primero es la *Recopilacion de leyes de Indias* mandada formar el año de 1570 por el rey Felipe II, y concluida en el

reinado de Carlos II que le dió toda la fuerza y autoridad necesarias el año de 1680. En ella están recogidas todas las disposiciones dictadas por los reyes de España desde la conquista de las Américas hasta esa fecha, dividiéndose la obra en nueve libros que comprende cada uno diversos títulos en los que se colocan primero las leyes y despues los autos acordados relativos á ellas.

**ORDENANZAS DE INTENDENTES.** — El otro código que hemos indicado, es la *Real Ordenanza de intendentes*, destinada particularmente para la Nueva España, cuando se establecieron en ella estos funcionarios. Este código, obra del reinado de Carlos III que lo sancionó el año de 1786, está dirigido especialmente al establecimiento del sistema de hacienda de estas provincias, comprendiendo sin embargo muchas disposiciones de otro orden. Está dividido en artículos y comprende trescientos seis, en los cuales se hace referencia ó se citan muchas disposiciones, ya insertas en la Recopilacion de Indias, ó ya vagantes, reclamadas con números desde el I hasta el 42, que forman una especie de apéndice en el que se copian literalmente todas las que no están insertas en la Recopilacion.

**AUTOS ACORDADOS Y PROVIDENCIAS DE NUEVA ESPAÑA.** — Fuera de estos dos códigos, se expidieron por los reyes de España durante su dominacion en México, muchas pragmáticas, cédulas, autos acordados por el consejo, y provisiones; y ademas se dictaron por los vireyes muchas providencias, llamadas del superior gobierno, y por la audiencia muchos autos acordados, que tenían en cierta manera fuerza de ley. De todas estas disposiciones no se ha formado una compilacion que tenga el caracter y autoridad de un código; pero si existe una Recopilacion en dos tomos formada por los oidores Montemayor y Beleña, comprendiéndose en el primero en cuatro secciones, de las que las dos primeras fueron obra de Montemayor, y las dos segundas de

Bleña, mil doscientas setenta y siete disposiciones, y providencias, y copiándose en el segundo setenta y nueve piezas entre pragmáticas, cédulas y bandos citados en el primero. Esta compilación no tiene mas fuerza que la que le da la autenticidad de las resoluciones que comprende.

**ORDENANZA DE MINERIA.** — Entre estas son dignas de mencionarse las *Ordenanzas de Minería*, que distribuidas en diez y nueve títulos divididos en artículos comprenden todo lo relativo al fomento y gobierno de este importante ramo de la industria y comercio nacional. Fueron formadas por los diputados del cuerpo de mineros, y aprobadas por cédula de 22 de mayo de 1783; y aunque en parte derogadas por las leyes de 7 de octubre de 1823 y 20 de mayo de 1826, rigen en todo lo demas concerniente á este objeto.

**DECRETOS DE LAS CORTES DE ESPAÑA.** — La revolución de España de 1808 dió ocasion á la instalación de las cortes extraordinarias de Cádiz en 1811, que disueltas en 1814 fueron restablecidas en 1820, y las leyes que expidieron desde la fecha de su instalación hasta el 27 de setiembre de 1821, en que quedó consumada la independencia de México, forman tambien parte de la legislación que hoy lo rige. Mas extendida la coleccion de estos decretos en seis tomos, y siendo la mayor parte de ellos puramente locales para la España, y otros enteramente inadaptables al estado de independiente que hoy tiene, y á la forma de gobierno que ha adoptado, se proyectó y se hizo el año de 1829 una segregación de los decretos que pueden regir aún en la República, quedando la coleccion reducida á un solo tomo, en cuyo prólogo se protesta que la inserción en él de algunas leyes no envuelve en manera alguna la declaración auténtica de su valor, que solo pueden dar los cuerpos legislativos.

**CUERPOS LEGISLATIVOS DE MEXICO.** — En el memo-

rable año de 1821 se emancipó México para siempre de su antigua Metrópoli, y se constituyó en nacion libre, soberana é independiente. No quedaron por esto derogadas las leyes que hasta entonces habian arreglado los derechos y acciones de sus individuos, porque no siendo dado subrogarlas nuevas en el acto, habria sido un absurdo funesto destruir las que existian; pero si se formó un cuerpo soberano en quien residiese el poder de dictar las leyes necesarias para el nuevo orden de cosas que la independencia establecia, y para el gobierno y prosperidad de esta nueva nacion.

Asi es que en 28 de setiembre de 1821 se instaló en México el primer cuerpo legislativo nacional con el nombre de *soberana junta provisional gubernativa*, encargada por los artículos 24 del plan de Iguala y 14 de los tratados de Córdoba, de dictar las leyes mas urgentes y necesarias, como lo verificó hasta el 24 de febrero del año siguiente de 1822 en que se instaló el primer congreso nacional, compuesto de diputados nombrados para dar la constitucion y las leyes convenientes. Disuelto este cuerpo en 31 de octubre del mismo año en virtud de un decreto del señor Iturbide, que fungia de emperador, fue subrogado por una junta creada en virtud del mismo con el nombre de instituyente, y compuesta de dos individuos por cada una de las provincias que componian el imperio, y tomados de entre los diputados que representaban por ellas en el congreso disuelto. La junta comenzó sus sesiones el dia 2 de noviembre de 1822, y tuvo la última el 6 de marzo del año siguiente. Habia estallado la revolucion llamada de Casa Mata, por la que se pretendia el restablecimiento del congreso que fue llamado de nuevo por el emperador, y aunque comenzó el nuevo periodo de sus sesiones el dia 7 del mismo marzo, no se declaró con número de vocales competente para legislar hasta 29 del mismo, á cuya fecha habia evacuado la

capital el señor Iturbide y la ocupaban las tropas del ejército llamado libertador.

Verificada la reinstalacion del congreso, se hizo en la nacion general la opinion de que no fuese él el que diese la constitucion, sino que se convocase otro para ese objeto, como en efecto se verificó, instalándose el congreso constituyente el día 5 de noviembre de 1823, que en 31 de enero de 1824 sancionó la Acta constitutiva, y en 4 de octubre del mismo año la constitucion en que se adoptó la forma de un gobierno federativo, por el que las provincias fueron declaradas estados soberanos, en los que se fueron instalando sucesivamente las respectivas legislaturas que debian darles sus constituciones y leyes particulares.

El congreso general constituyente cerró sus sesiones en 24 de diciembre del mismo año, y en 1.º de enero del siguiente se instalaron las camaras de senadores y diputados, que debian formar el primer congreso constitucional de la Union en el bienio de 25 y 26.

« Bajo dicha forma de gobierno diéronse diversas leyes, tanto por el congreso general como por las legislaturas de los estados. Tambien el gobierno general, autorizado con facultades extraordinarias en 1829, con motivo de la invasion española, dictó varias disposiciones legislativas. En 1835, se cambió la forma de gobierno, y al año siguiente de 1836, se expidió por el congreso una nueva constitucion formada de siete leyes que fueron dándose á intervalos y á virtud de las cuales se centralizó el poder, se suprimieron las legislaturas de los estados, se restringieron las facultades de los antiguos gobernadores y solamente en cuanto á la administracion de justicia permanecieron los tribunales conforme se hallaban antes con corta diferencia; bien que rigiendo unas mismas leyes en toda la nacion sin las diferencias que el sistema federal habia introducido; mas apenas habia seis años que regia este orden de

cosas, cuando á fines de 1841 se creó una especie de dictadura que depositó en el gobierno general todos los poderes. Hiciéronse en esta época reformas é innovaciones importantes sobre muchas materias en todos los ramos de la administracion pública; y por fin terminó en 13 de junio de 1843, publicándose las Bases orgánicas, especie de constitucion media entre la federal y la central que habia regido antes, cuyas bases estuvieron vigentes hasta diciembre de 1845, que se proyectó un cambio mas importante que no vino á realizarse, porque en agosto de 1846 se restableció la constitucion federal de 1824, la cual en 18 de mayo de 1847 fué un tanto modificada por la Acta de Reformas expedida por el Congreso Constituyente, convocado al efecto, y en estos términos rige en el día.

Ha sido necesario hacer este susceinto epitome de la historia de la República para poder hablar de las colecciones de leyes que forman el cuerpo de nuestra legislacion. Por desgracia no hay ninguna completa á pesar de que se han emprendido diversas ediciones. Una hay de don Mariano Galvan autorizada por decreto de 27 de abril de 1829, que solo comprende las disposiciones dadas hasta ese mismo año. Posteriormente la aumentó hasta 1832. Otra existe del Licenciado D. Basilio Arrillaga, y comprende desde el año de 1828 hasta el de 37, el año de 1849 y una parte del de 1850.

El laboriosísimo letrado Don Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel, emprendió en 1836 reunir en un solo cuerpo que tituló *Pandectus Hispano-Mexicanas* todas las leyes vigentes á su juicio, la legislacion antigua y moderna. Don José Mariano Lara acaba de hacer una edicion de los decretos dados por el gobierno en la época transeurrida desde fines de 1841 á 1843. »

Además de todos los cuerpos de leyes mencionados hasta aquí, existen en la República los de las dictadas

por los congresos particulares á los respectivos estados, cuya enumeracion no está ciertamente á nuestro alcance.

Este resumen, en el que no hemos hecho mas que referir los nombres de las compilaciones de leyes que forman nuestro derecho patrio, basta para hacer formar idea de cuan vasto, complicado y difieil es el estudio de nuestra legislacion actual, diseminada en esa multitud de códigos, obra de tiempos, lugares y gobiernos, no solo diversísimos entre sí y sumamente distantes unos de otros, sino aun contrarios en sus objetos y fines.

Estas circunstancias, que se notaban cuando aun México era gobernado desde Madrid, hacen que un mismo punto se encuentre decidido á veces por disposiciones contrarias; por lo que fue necesario señalar el orden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes, y es lo que hace la ley 1a del título I del libro 2 de la Recopilacion de Indias, y la 1a de Toro.

Con arreglo á lo que estas determinan, y al estado de independecia en que felizmente se halla la nacion, y de los gobiernos autorizados para legislar, los asuntos que coniearnan á la federacion ó á los individuos sujetos inmediatamente á los poderes supremos, como son los habitantes del distrito y territorios deberán decidirse

- 1º por las disposiciones de los congresos mexicanos:
- 2º por las de las Córtes de España:
- 3º por las últimas cédulas y órdenes posteriores á la edicion de la Novísima Recopilacion:
- 4º por la ordenanza de Intendentes:
- 5º por la Recopilacion de Indias:
- 6º por la Novísima Recopilacion en lo que sea anterior á los dos últimos, pues siendo posterior, deberá seguirse con preferencia:
- 7º por las del Fuero Real, y 8º por las de las Siete Partidas, sin que á falta de leyes patrias se pueda apelar al derecho romano ó á las opiniones de los intérpretes.

En los estados deberá estarse primeramente á lo dis-

puesto por sus respectivas legislaturas; en defecto de resolucion de estas en el asunto que se trata, se ocurrirá á la de los congresos mexicanos primero y segundo, sin que se pueda echar mano de las de los constitucionales, pues sus disposiciones no pueden tener ninguna fuerza con respecto á los estados, sino en aquellos objetos, en que pueden legislar para toda la República, despues se ocurrirá á las de las córtes de España, y se seguirá el mismo orden que hemos indicado ya.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE

## ILUSTRACION

### DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

#### LIBRO PRIMERO.

##### DE LAS PERSONAS.

#### TITULO I.

##### DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Tit. 1 y 2 P. 1 y Tit. 1, P. 3.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué cosa sea justicia.                              | 5. Qué es Derecho civil.                         |
| 2. Varias significaciones de la palabra Derecho.       | 6. 7. 8. 9. De la ley.                           |
| 3. Qué es Derecho natural.                             | 10. 11. Del privilegio.                          |
| 4. Qué es Derecho de gentes, público y constitucional. | 12. Diversos nombres que antes tenían las leyes. |
|  | 13. 14. 15. 16. De la costumbre.                 |

1 La justicia según la ley (1) es : *raygada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada uno su derecho igualmente.* Esta definición que es la que puso el emperador Justiniano en sus Instituciones, nos hace ver que el objeto de la justicia es el derecho de cada hombre, y su fin que á cada uno se dé el suyo ; pero explica la naturaleza de la justicia moral, que es un hábito ó virtud del alma, mas no la civil, que es de la que aqui hablamos, y consiste en dar á cada uno lo que es suyo, tengan ó no los que la ejeren la inclinacion y el deleite que produce el hábito virtuoso. Asi será acto de justicia la sentencia por la que se devuelva á alguno lo

(1) L. 1, tit. 1, P. 3.

que es suyo, aunque se dé por un juez inclinado á todo lo contrario. La division mas comun de la justicia es en distributiva y conmutativa. Esta es en la que guardándose una perfecta igualdad que suelen llamar aritmética, se da tanto por tanto, y es la que se observa en los contratos y obligaciones. Distributiva es la que distribuye los premios, honores y cargas con proporcion á los méritos, de modo que en ella se guarda una igualdad proporcional, ó como llaman comunmente, geométrica.

2. Esta palabra *derecho* de que usa la ley en la definicion de la justicia, y que hemos dicho que es su objeto, tiene varias acepciones. Algunas veces significa la ley ó precepto por el que se previene alguna cosa, y asi decimos que tal cosa es de derecho natural, ó divino, ó civil, y en este sentido usa de ella la ley de Partida (1) confundiéndola con la justicia, cuando dice: *Los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en sí. El segundo que non haga mal, nin daño á otro. El tercero que dé su derecho a cada uno.* Otras veces se toma como en la definicion de la justicia, y en la última parte que acabamos de citar, por la cosa mandada por las leyes, esto es, por los bienes, goces ó facultades que las leyes nos aseguran.

3. El derecho en su primera acepcion se divide en natural, de gentes y civil. La ley de Partida (2) define al derecho natural diciendo que es *el que han en sí los omes naturalmente, e aun las otras animalias*, y pone por ejemplo la union del macho y la hembra, y la educacion de los hijos, conforme en todo con la doctrina de Justiniano. Mas los mismos intérpretes del derecho romano advierten que esta definicion no está propia, pues os brutos, como destituidos de razon, son incapaces de

(1) L. 3, tit. 1, P. 3. — (2) L. 2, tit. 1, P. 1.

regirse por derecho. Asi lo reconoce Gregorio Lopez (1) que dá esta otra definicion del derecho natural: *Una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura para hacer lo bueno y evitar lo malo*, la cual conviene sustancialmente con la que hoy se le da por los autores que tratan de esto, que dicen que es *el que Dios ha promulgado á la especie humana por medio de la recta razon* (2).

4. La misma ley define al derecho de gentes diciendo que es *un derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes é non a las otras animalias*. Asi Justiniano, como los intérpretes del derecho romano, dividen el de gentes en primario y secundario. Llamam primario al que dicta la razon sin necesidad de discurso ni reflexion, como dar culto á Dios y honrar á los padres, y á este se refiere Gregorio Lopez en la definicion que hemos citado arriba; y secundario al que se deriva de la misma razon natural por medio de argumentos y reflexiones, que han hecho conocer á los hombres su utilidad y necesidad, y á este deben su origen casi todos los contratos, la division del dominio, y otras cosas. Las leyes dan (3) muchas veces á este derecho secundario el nombre de natural por ser derivado de la razon natural, y este es el que en ellas se entiende nombrado cuando se dice simplemente derecho de gentes (4).

(1) Greg. Lop. glos. 1, de la ley 2, tit. 1, P. 1.

(2) Algunos escritores modernos como Volney y Bentham, reproduciendo lo que dijeron algunos antiguos, niegan la existencia del derecho natural. Ella supone necesariamente la de Dios, y sin venir al ateismo no es fácil sostener esa absurda opinion, que ha sido combatida victoriosamente por varios autores, entre los que merece una mención especial el de la elocuente obra del *Ensayo sobre la Jurisprudencia universal* traducida del francés al castellano por D. Jayme Alvarez de Abreu, marqués de la Regalia.

(3) L. 31, tit. 18, P. 3, y Greg. Lop. en su glos. 1.

(4) La explicacion que da Sala en este párrafo del derecho de gentes es la misma de Justiniano en el lib. 1, tit. 1, de su Instituta, y sobre ella observa Vattel en el prólogo de su obra del *Derecho de*

Fritot dice, que el derecho de gentes ó comun, es el que establece las relaciones de hombres de distintas naciones con respecto á los pueblos ó sociedades á que no pertenecen, y con respecto á los miembros de estas diversas sociedades. Al que establece las relaciones y la conducta de diferentes pueblos entre sí, le llama derecho político ó de las naciones. El derecho público ó social, es el que establece las relaciones, los derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo á que pertenece, y las obligaciones del pueblo para cada uno de sus miembros. El derecho constitucional, constitutivo ú orgánico, es el que determina y reúne los principios y las reglas de la organizacion interior ó social. Tiene por objeto hacer observar los verdaderos principios del derecho filosófico ó moral, que comprende al público, al político y al de gentes, y conseguir de esta manera los fines estables que deben proponerse las sociedades humanas (1).

5. El derecho civil es el que han establecido por sí ó por sus gefes las naciones para conseguir los fines de la sociedad. Debe conformarse con la justicia y con los preceptos de Dios que es el Supremo Legislador de

*gentes*, que la explicacion de Justiniano es rigurosamente del derecho natural, no tomado en la latitud que le da el mismo en su definicion, haciéndolo extensivo á todos los animales, idea que impugnan sus mismos intérpretes, sino en su verdadero significado de ser una ley dictada por Dios á los hombres, que comprende preceptos que se conocen sin necesidad de raciocinio, ó que se deducen mediante este de los primeros principios, y esto constituye la diferencia de primario y secundario hablando del derecho natural. Mas el de gentes no es otra cosa que la aplicacion del natural á las naciones, y se divide en *necesario* que todas tienen obligacion de guardar, y *positivo* que procede de la voluntad de las mismas, distinguiéndose en *voluntario*, que procede de su consentimiento presunto, *convencional* de un consentimiento expreso, y *consuetudinario* de un consentimiento tácito. *Vattel. Preliminares del Derecho de gentes, § VII y XXVII.*

(1) Fritot. Espiritu del Derecho, tom. 1, pag. 3.

todos los hombres, y por eso se dice en las leyes (1) que los mandamientos de estas deben ser leales é cumplidos segun Dios é segun justicia. Aunque conforme á las leyes antiguas solo el rey daba las leyes, esta facultad es propia y esencial del pueblo, que es la reunion de los asociados y la ejereita por sí, como en la democracia pura, que en opinion de autores célebres jamás ha existido, ó por sus comisionados, que pueden ser muchos como en los sistemas representativos, ó tal vez uno solo, como en las naciones donde solo el gefe de ellas da las leyes por consentimiento de ellas mismas.

6. El derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito (2). Escrito, es el que se establece expresamente por el legislador, y comunmente se llama *ley*. A esta palabra se da muy diverso origen, pues segun Varron y otros se deriva de la voz *leer*, por cuanto la ley se leia al pueblo para que la supiese, y segun Ciceron (3) viene á *legendo* que significa escoger, porque ella escoge mandando lo que es honesto y prohibiendo lo contrario, aunque él mismo dice que se llama así, porque por escrito manda lo que quiere. Con esta última etimología se conforman las Partidas (4), en las que la ley se define: *leyenda en que yace enseñamiento é castigo, é escrito que liga y apremia la vida del hombre que no haga mal, é muestra é enseña el bien que el hombre debe hacer é usar*, y en esta definicion se funda Gregorio Lopez para asentar que es esencial á la ley estar escrita, contra lo que opinan los intérpretes del derecho romano. En la república es indispensable en las leyes la circunstancia de estar escritas, pues no se pueden pasar de otro modo del cuerpo legislativo al ejecutivo, sea de la union en las leyes federales, sea de

(1) L. 4, tit. 1, P. 1, y L. 1, tit. 1, lib. 2, de la R. ó 1, tit. 2, lib. 3, de la N. — (2) LL. 4, tit. 1 y 4, tit. 2, P. 1, P. — (3) Cicer. lib. 1, de legib., cap. 6. — (4) L. 4, tit. 1, P. 1.

los estados en las que son de su resorte, y sin la publicación no tienen el carácter de leyes.

7. Solo son objeto de la ley las cosas futuras (1), y de ninguna manera las pasadas. Este axioma legal, que encontramos consignado en las Partidas, ha recibido nueva fuerza por el artículo 148 de la constitución federal que prohíbe absolutamente toda ley retroactiva, esto es, que obre ó decida en casos sucedidos antes de que ella hubiese sido dada. Deben dirigirse á las cosas que suceden con frecuencia, pues las que acontecen raras veces, se arreglan por las establecidas para casos semejantes (2). Para que obligue debe ser manifiesta (3), esto es, debe estar promulgada competentemente, de modo que pueda llegar á noticia de todos. Los efectos de las leyes son: mandar, prohibir, permitir y castigar (4).

8 La ley obliga á todos los que viven en el país, aunque sean extranjeros (5), y por su naturaleza es común á todas las edades, sexos, condiciones y lugares, y la fuerza para obligar la tiene desde que se publica, á menos que en ella misma se señale el tiempo en que deba cumplirse. Todo ciudadano tiene obligación de saber la ley (6), y su ignorancia daña por lo general al que la padece, y no sirve de excusa al que la quebranta (7); mas la ciencia ó conocimiento de las leyes no es referirlas de memoria, sino penetrar su sentido (8).

9: Solo el soberano tiene facultad de dictar leyes, ir-

(1) L. 13, tit. 14, P. 3. — (2) Regla 36, P. 7. — (3) L. 1, tit. 1, lib. 2, de la R. 64, tit. 2, lib. 3, de la N.

(4) La ley, tit. 1, lib. 2, de la R. 64, tit. 2, J. 3 de la N. en la cual se lee: mandar, vedar, *punir* y castigar; pero es bien claro que en lugar de *punir* se debe leer *permitir*, que es efecto de la ley omitido en el texto, al paso que se encuentra repetido el castigar, que es lo mismo que *punir*.

(5) L. 13, tit. 1, P. 1. — (6) L. 31, tit. 14, P. 5. — (7) L. 20, tit. 1, P. 1. — (8) L. 13, tit. 1, P. 1.

interpretarlas auténticamente (1) y derogarlas por medio de otras. En la república este poder está cometido al Congreso general por lo que mira á toda la federación, y á las legislaturas de los estados, por lo que hace á su organización y régimen interior. En la sección 5 del título 1 de la constitución y en los artículos 11, 12, 13 y 22 del Acta de reformas, se detallan las facultades exclusivas del congreso general en el ejercicio de la potestad legislativa, agregándose á ellas la que se menciona en el artículo 145, por la que debe uniformar las leyes segun las cuales deben probarse los autos, registros y procedimientos de los jueces y demas autoridades de los estados para que hagan fe en toda la república.

10. Aunque la ley regularmente se dirige á todos los súbditos del legislador, hay sin embargo algunas leyes especiales que solo tienen por objeto algunas personas ó cuerpos particulares, y estas se llaman privilegios, *privata lex*, y tienen la misma fuerza que las

(1) La interpretación de la ley puede ser de tres maneras. Auténtica: cuando el legislador explica el sentido que quiso darle; usual: cuando dudándose por el juez al hacer la aplicación de una ley, se consultan las decisiones antiguas para sacar de ellas la interpretación, que se llama usual, porque se funda en el uso; y doctrinal que es la que dan los profesores cuando explican las leyes. Esta puede ser de tres maneras, á saber: extensiva, restrictiva ó declarativa. Es extensiva, cuando la razón de la ley se extiende á mas que sus palabras, de modo que por la interpretación se lleva á un caso que no está expreso en ella, como v. g., si prohibiéndose que se extraiga trigo para evitar la escasez bajo pena de confiscación, incurra en ella el que extrae harinas; en cuyo caso debe resolverse afirmativamente por la razón de la ley que es impedir la escasez. La restrictiva es, al contrario, cuando las palabras se extienden mas que la razón de la ley; como por ejemplo: se dice que en Bolognia estaba prohibida con pena de muerte toda efusion de sangre en la plaza pública, y si en ella un barbero sangrase á un hombre acometido de apoplejia, claro es que no faltaria á la ley, que deberia interpretarse restringiendo sus palabras. La declarativa es cuando la ley se extiende tanto como sus palabras, y solo es necesario explicarlas. Alvarez, 2 part., tit. 1, lib. 1.

leyes generales. (1) Se dividen en reales y personales; estos, que son los concedidos á personas, se extinguen con la persona á quien se concedieron sin pasar á sus herederos, si no se dice otra cosa en su concesion (2). Los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á clases ó corporaciones, como el clero y el ejército, ó á las poblaciones y lugares (3), como por ejemplo en las ferias, no siendo por tiempo expresamente limitado.

11. Los privilegios contrarios al derecho natural, á la utilidad comun, ó en perjuicio del derecho de tercero, conforme á las leyes (4) no deben ser cumplidos; porque se suponen concedidos, ó por haber alegado falsedad, y entonces se llaman *obrepeticios*, ó por haber ocultado la verdad, y se dicen *subrepticios*, y en ambos casos no es voluntad del concedente que valgan (5); sino que se suspenda la concesion y se represente (6). En las leyes (7) se exceptua sin embargo el privilegio de moratoria ó despacho de esperas graciosas, concedido al deudor en perjuicio, ó sin el consentimiento de sus acreedores; mas esto no tiene lugar entre nosotros sancionado y reconocido como sagrado el derecho de propiedad, por el que solo el acreedor puede conceder esperas á su deudor.

12. Aunque las leyes españolas que nos gobiernan, se distinguan con diversos nombres, como pragmática sancion, real cédula, real declaracion, real decreto, carta circular, real orden y auto acordado; como esta distincion no disminuía su fuerza, y solo era con respecto al fin y modo de expedirlas, creemos excusado

(1) L. 28, tit. 18, P. 1. — (2) Regla 27, P. 7.

(3) Gregor. Lop., glos. 4, de la reg. 27 y 3, de la 1, 9, tit. 7, P. 3. — (4) L. 30 y siguientes tit. 18, P. 3. Auto acor. 70, tit. 4, lib. 2 de la R. ó l. 4, tit. 9, lib. 4, de la N. — (5) L. 36, tit. 18, P. 3. — (6) D. Aut. 70, ó ley. 4. — (7) L. 33, tit. 18, P. 3, y Auto acor. 70, tit. 4, lib. 2, de la R. ó l. 4, tit. 33, lib. 11 de la N.

notar sus diferencias. Entre nosotros toda disposicion del legislador no tiene otros nombres que los de ley ó decreto, sin que entre ambos se note diferencia sustancial, al menos en cuanto á su fuerza, si no es la de que la ley tiene mas extension en cuanto á su objeto, que el decreto.

13. El derecho no escrito es el que se ha introducido por costumbre; que segun la ley (1) es: *Derecho ó fuero que non es escripto, el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas en las sobre que lo usaron*. Para que la costumbre se entienda legitimamente introducida, se requiere (2) el uso del pueblo ó su mayor parte por diez ó veinte años, *sabiéndolo el señor de la tierra ó non lo contradiciendo*. Gregorio Lopez (3) dice que bastan los diez años para la introduccion de una costumbre, por la razon de que el pueblo siempre está presente, y de consiguiente no necesita de los veinte años que se conceden para la prescripcion contra el ausente; de manera que en su juicio se habló inadvertidamente cuando se señaló el período de veinte años, siguiendo la doctrina comun de las prescripciones. Meza (4) sin embargo, opina por la necesidad de los veinte años para la introduccion de la costumbre contra ausentes ó estándolo el señor de la tierra.

14. Requiere tambien la ley (5) para que la costumbre se tenga por legitimamente introducida, que en el tiempo necesario para su prescripcion se hayan dado judicialmente dos sentencias conforme á ella por hombres entendidos en juzgar no habiendo quien las contradiga; mas Gregorio Lopez (6) dice que las dos sentencias son necesarias, cuando se quiere probar la

(1) L. 4, tit. 2, P. 1. — (2) L. 3, tit. 2 y P. 1. — (3) Gregor. Lop. glos. 4 de esta 1. — (4) Meza: Arte de conocer la fuerza y uso de los derechos, lib. 2, cap. 3. — (5) L. 3, citada. — (6) Gregor. Lop. glos. 7 y 8 de la l. 3, tit. 2, P. 1.

existencia de la costumbre por actos judiciales, de manera que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. El mismo autor deja al arbitrio del juez el computar el número de actos necesarios para introducir costumbre, cuando no se prueba su existencia por el medio de que habla la ley. Asi estas dos glosas, como la que indicamos en el párrafo anterior, nos parecen muy sólidas.

15. La costumbre, siendo legitima, tiene fuerza de ley y produce los efectos de tal, no solo cuando no hay ley en contra, sino tambien para derogar la que existia si le es contraria, y para interpretar la dudosa, que debe observarse en el sentido que la fijó la costumbre (1). Por esto se dice que la costumbre es fuera de la ley ó contra la ley, ó segun la ley. Mas debe advertirse que para que se introduzca legitimamente no ha de ser contraria al derecho natural ni divino, ni á la suprema potestad del soberano, ni á la utilidad pública (2), pues en cualquiera de estos casos no será costumbre, sino *dañamiento de los que la usaren é de toda justicia*, y como suele decirse, corruptela.

16. Para que derogue la ley debe ser general la costumbre, pues siendo particular solo produce este efecto en el lugar donde se hubiere introducido (3). El autor de la Curia (4) enseña, que la costumbre para tener fuerza de ley ha de ser afirmativa, esto es, que se ha usado tal cosa, porque siendo negativa, esto es, que no se ha usado, no la tiene aunque dure mil años, á no ser que envuelva en sí algunos actos afirmativos, por lo menos tácitos. De ahí viene que las leyes no se entienden derogadas por el no uso solo, y se tienen por vigentes todas las que no se hayan abrogado por leyes posteriores, bajo cuya denominacion se comprende la

(1) L. 6, tit. 2, P. 1. — (2) L. 3, tit. 2 y P. 1. — (3) L. 6, tit. y P. cit. — (4) Curia Filipica Part. 1, § 8, n. 18.

costumbre legitimamente introducida (1). La costumbre pierde su fuerza por otra contraria ó por ley que la destruya (2).

Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del Derecho que hizo Justiniano, en personas, cosas y acciones, que son la materia de los tres libros de esta Ilustracion, entrámos desde luego á tratar de las primeras en los títulos siguientes.

## TITULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DERECHO QUE EN SU RAZON CORRESPONDE.

Tit. 21, 22 y 23, Part. 4.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué cosa sea estado de los hombres y su division.                     | 8. Otras especies de servidumbre igualmente abolidas.          |
| 2. Segun el estado natural, son: 1º nacidos ó por nacer.                 | 9. 2º Nobles y plebeyos.                                       |
| 3. 2º Varones, ó hembras.  | 10. 11. 12. 3º Seculares y eclesiásticos; exenciones de estos. |
| 4. 3º Mayores ó menores de edad.   | 13. 4º Vecinos y transeuntes.                                  |
| 5. Segun el estado civil, 1º libres ó esclavos. Origen de la esclavitud. | 14. 5º Naturales y extrangeros.                                |
| 6. Definicion de la esclavitud y de la libertad.                         | 15. Naturalizados: requisitos para serlo.                      |
| 7. Leyes que han abolido la esclavitud.                                  | 16. Derechos que gozan.  |
|  | 17. 6º Ciudadanos, y no ciudadanos.                            |

1. El estado de los hombres, dice la ley 1. del título 23 de la Partida 4, es la *condicion ó manera en que los omes viven ó están*. Esta condicion es diversa ó por la naturaleza ó por la voluntad de los hombres, y por eso el estado de ellos se divide en natural y civil.

2. Atendiendo al estado natural, unos son nacidos, y

(1) Auto 2, tit. 1, lib. 2, de la R. ó l. 11, tit. 2, lib. 3, de la N. — (2) L. 6, tit. 2, P. 1.

existencia de la costumbre por actos judiciales, de manera que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. El mismo autor deja al arbitrio del juez el computar el número de actos necesarios para introducir costumbre, cuando no se prueba su existencia por el medio de que habla la ley. Asi estas dos glosas, como la que indicamos en el párrafo anterior, nos parecen muy sólidas.

15. La costumbre, siendo legitima, tiene fuerza de ley y produce los efectos de tal, no solo cuando no hay ley en contra, sino tambien para derogar la que existia si le es contraria, y para interpretar la dudosa, que debe observarse en el sentido que la fijó la costumbre (1). Por esto se dice que la costumbre es fuera de la ley ó contra la ley, ó segun la ley. Mas debe advertirse que para que se introduzca legitimamente no ha de ser contraria al derecho natural ni divino, ni á la suprema potestad del soberano, ni á la utilidad pública (2), pues en cualquiera de estos casos no será costumbre, sino *dañamiento de los que la usaren é de toda justicia*, y como suele decirse, corruptela.

16. Para que derogue la ley debe ser general la costumbre, pues siendo particular solo produce este efecto en el lugar donde se hubiere introducido (3). El autor de la Curia (4) enseña, que la costumbre para tener fuerza de ley ha de ser afirmativa, esto es, que se ha usado tal cosa, porque siendo negativa, esto es, que no se ha usado, no la tiene aunque dure mil años, á no ser que envuelva en sí algunos actos afirmativos, por lo menos tácitos. De ahí viene que las leyes no se entienden derogadas por el no uso solo, y se tienen por vigentes todas las que no se hayan abrogado por leyes posteriores, bajo cuya denominacion se comprende la

(1) L. 6, tit. 2, P. 1. — (2) L. 3, tit. 2 y P. 1. — (3) L. 6, tit. y P. cit. — (4) Curia Filipica Part. 1, § 8, n. 18.

costumbre legitimamente introducida (1). La costumbre pierde su fuerza por otra contraria ó por ley que la destruya (2).

Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del Derecho que hizo Justiniano, en personas, cosas y acciones, que son la materia de los tres libros de esta Ilustracion, entrámos desde luego á tratar de las primeras en los títulos siguientes.

## TITULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DERECHO QUE EN SU RAZON CORRESPONDE.

Tit. 21, 22 y 23, Part. 4.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué cosa sea estado de los hombres y su division.                     | 8. Otras especies de servidumbre igualmente abolidas.          |
| 2. Segun el estado natural, son: 1º nacidos ó por nacer.                 | 9. 2º Nobles y plebeyos.                                       |
| 3. 2º Varones, ó hembras.  | 10. 11. 12. 3º Seculares y eclesiásticos; exenciones de estos. |
| 4. 3º Mayores ó menores de edad.   | 13. 4º Vecinos y transeuntes.                                  |
| 5. Segun el estado civil, 1º libres ó esclavos. Origen de la esclavitud. | 14. 5º Naturales y extrangeros.                                |
| 6. Definicion de la esclavitud y de la libertad.                         | 15. Naturalizados: requisitos para serlo.                      |
| 7. Leyes que han abolido la esclavitud.                                  | 16. Derechos que gozan.  |
|  | 17. 6º Ciudadanos, y no ciudadanos.                            |

1. El estado de los hombres, dice la ley 1. del título 23 de la Partida 4, es la *condicion ó manera en que los omes viven ó están*. Esta condicion es diversa ó por la naturaleza ó por la voluntad de los hombres, y por eso el estado de ellos se divide en natural y civil.

2. Atendiendo al estado natural, unos son nacidos, y

(1) Auto 2, tit. 1, lib. 2, de la R. ó l. 11, tit. 2, lib. 3, de la N. — (2) L. 6, tit. 2, P. 1.

otros por nacer. Estos cuando se trata de su bien y comodidad se reputan nacidos (1) con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos se tienen por no nacidos (2), y la ley 2. del título 8 del libro 3 de la Recopilacion, que es la 2 del título 5 del libro 10 de la Novisima requiere en estos para los efectos del derecho que vivan veinte y cuatro horas, reciban el bautismo, y nazcan en tiempo legitimo, que segun la ley 4 del título 23 de la Partida 4 son el séptimo ó noveno mes de la preñez. Los que nacen con miembros de mas ó de menos, como con una ó tres manos ó pies, se reputan por hombres (3); mas no los que nacen sin figura de tales, como con cabeza, ú otros miembros de bestias (4).

3. La segunda diferencia que resulta del estado natural es de varones y hembras; porque aunque bajo la palabra hombres se entienden tambien las mugeres, si no es en aquellos casos en que expresamente se les excluye (5), por lo que regularmente ó en caso de duda tienen el mismo derecho que los varones; sin embargo como las leyes se acomodan á lo que ordinariamente sucede, y por lo comun los varones exceden en prudencia y firmeza á las mugeres, y estas tienen una condicion mas flaca, hay un axioma en derecho que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las mugeres en quanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De aqui es que solo los hombres pueden obtener los empleos y cargos públicos (6), y de aqui es tambien que á las mugeres no les perjudica algunas veces la ignorancia de las leyes (7), y de allí finalmente resultan otras diferencias entre varones y hembras que notaremos en

(1) L. 3, tit. 23, P. 4. — (2) L. 8, tit. 33, P. 7. — (3) L. 5, tit. 23, P. 4. — (4) LL. 5 y 8, tit. 23, P. 4. — (5) L. 6, tit. 33, P. 7. — (6) L. 4, tit. 4, P. 3. — (7) L. 34, tit. 14, P. 3.

sus lugares respectivos. Los hermafroditas, si los hay, gozan los derechos del sexo que domina (1).

4. Por último, se dividen los hombres por el estado natural en mayores y menores de edad. Los primeros son los que tienen veinte y cinco años cumplidos, y los segundos los que no han llegado á esa edad. La principal diferencia que hay entre unos y otros es, que los menores gozan del beneficio de la restitucion por entero, de que hablaremos en su lugar, cuando han recibido algun perjuicio. Los que no han cumplido siete años se llaman infantes (2), y los que no han llegado á catorce siendo varones, ó á doce siendo mugeres, impúberes, ó pupilos; distinguiéndose ademas segun que distan mas de la infancia ó de la pubertad, en próximos á la infancia y próximos á la pubertad. Estos que son los que tienen diez años y medio, ya se reputan capaces de dolo, y debe imponérseles alguna pena; mas no á aquellos (3). Los que han salido de la edad pupilar quedan libres de la tutela (4), pueden contraer matrimonio (5) y hacer testamento (6).

5. La primera division que el autor establece entre los hombres segun el estado civil, es en libres, siervos ó esclavos, y aforrados ó libertos, tomando esta palabra del derecho romano, que designaba con ella á los que habiendo sido esclavos habian recobrado el estado de libertad, á los que en las Partidas se llama *aforrados* del verbo *aforrar*, que equivale al *manumittere* de los romanos, quienes daban á los libres para distinguirlos de los libertos el nombre de ingenuos. Felizmente ha desaparecido entre nosotros esta humillante distincion que traia su origen del pretendido dominio del vencedor sobre el vencido á quien podia condenar á la muerte,

(1) Arg. de las ll. 47, tit. 16, P. 3 y 10, tit. 1, P. 6. — (2) L. 1, tit. 7, P. 2 y l. 4, tit. 16, P. 4. — (3) L. 3, tit. 1, y l. 17, tit. 14, P. 7. — (4) L. 24, tit. 16, P. 6. — (5) L. 6, tit. 1, P. 4. — (6) L. 13, tit. 1, P. 6.

ó conservar para su servicio, de donde les vino la denominacion de siervos tomada del verbo latino *servo*; y tambien del bárbaro concepto de reputar á los hombres de color negro entre las cosas, y como tales materia apta para el cambio, la compra y la venta. Por esto se asignaban tres principios á la esclavitud, que eran la aprension en guerra, el nacimiento de madre esclava, y la venta que hacia de si mismo el mayor de veinte años, y de aqui se deducian los crueles derechos de los señores á quienes era permitido todo sobre sus esclavos, menos darles muerte ó lastimarlos gravemente, y á quienes se concedia el dominio de cuanto el esclavo adquiria por su trabajo ó por cualquier otro titulo.

6. Esta es en breve la idea del estado de esclavitud, cuya oposicion al derecho natural se confiesa en los mismos códigos que la establecen. Así es que la ley I. del titulo 21 de la Partida 4 define á la servidumbre: *Postura e establecimiento que hicieron antiguamente las gentes por la cual los omnes que eran naturalmente libres se hacen siervos, e se meten a señorio de otro contra razon de natura*, y la I. del titulo 22 de la misma Partida dice que la libertad es: *Poderio que ha todo ome naturalmente de hacer lo que quiere, solo que fuerza o derecho de ley o de fuero non geto embarque*. Las leyes antiguas fijan las personas á quienes se prohibia la adquisicion de esclavos, y el modo y términos en que estos adquirian la libertad ya por ministerio de la misma ley, y ya por la manumision de sus señores; mas no siendo estas doctrinas de uso alguno entre nosotros por la abolicion de la esclavitud, creemos inútil referirlas por menor, y nos limitamos á extractar las leyes nacionales dadas sobre la materia.

7. La primera es la ley de 13 de julio de 1824 por la que se prohibió para siempre el comercio y tráfico de esclavos en todo el territorio de la república, decla-

rando libres con solo el hecho de pisarlo á los que se introdujesen contra el tenor de esa prohibicion, confiscando el buque en que se transportasen con todo su cargamento, y condenando á la pena de diez años de presidio al dueño, comprador, capitan, maestre y piloto. Posteriormente se declaró expresamente en casi todas las constituciones de los estados la cesacion de la esclavitud para lo de adelante, expresándose en varias que nadie nacia esclavo aunque sus padres lo fuesen. Destruídos de este modo los dos grandes principios de la esclavitud que son la venta, y el nacimiento, restaba solo libertar á los que existian, sobre los cuales nada decian las disposiciones citadas que no podian atacar el derecho de propiedad adquirido por sus dueños en el tiempo en que las leyes autorizaban esas adquisiciones; mas en 15 de setiembre de 1829 se dió por el gobierno, investido de facultades extraordinarias, el decreto de libertad para todos los esclavos existentes en la república, ofreciendo indemnizar á sus poseedores, y en las cámaras dejando subsistente el decreto se trata de hacer efectiva esta indemnizacion; con lo cual queda en un todo abolida la esclavitud.

8. En la edicion hecha en México en 1809 pone el editor en la adiccion de Indias la especie de servidumbre que se conocia con el nombre de *gañanería* á que eran condenados los indios en las haciendas ó fincas rústicas. Esta era muy semejante á la que sufrían entre los romanos los que se llamaban colonos ó siervos adscripticios. Se contraía por haber nacido en las mismas haciendas de laborio, y se les llamaba *gañanes* ó *navarros*, y en la otra América *janaconas*, y estos estaban obligados á servir constantemente en aquella hacienda pasando con el fundo cuando el dueño lo vendia, si no disponia de ellos de otro modo, á diferencia de los que se llamaban *taquehuales*, que eran propiamente siervos conducticios. Esta servidumbre está abolida por

leyes antiguas (1) como igualmente la prohibicion que tenian los adscripticios para ausentarse del fundo sin licencia del dueño (2), y la de ser admitidos á recibir órden sagrado (3), hallándose en el dia los que se llamaban indios en aptitud y libertad para obtener todos los empleos y cargos públicos; no solo por los privilegios que les estaban concedidos, y que refieren latamente Beleña (4) y Solórzano (5), sino por el derecho pátrio que ha querido desterrar hasta la palabra que indicaba su origen (6), no reconociéndose en la constitucion mas que por el titulo de mexicanos que comprende á todos los hijos de esta gran familia.

9. La segunda division de los hombres para el estado civil, que refiere el autor es en nobles y plebeyos. Esta odiosa distincion es tambien desconocida en la república. Por ella gozaban los primeros, que obtenian ese renombre por posesion inmemorial, ó de veinte años, ó por declaracion y privilegio del rey, las exenciones siguientes: franquicia de los pechos ó tributos plebeyos: no poder ser presos por deudas: no poder ser puestos á tormento, ni poder ser obligados á desdecirse cuando hubiesen injuriado á otro. En la república todos los hombres están sujetos á las mismas cargas, deben ser juzgados por unas mismas leyes, y gozan de los mismos derechos, sin que haya distincion alguna por razon del nacimiento, ni otras exenciones que las establecidas por las leyes no en favor de las familias, sino en consideracion á los cargos que sirven algunas personas. Es pues inutil detenernos mas en la explicacion de las causas y especies de nobleza de que tratan Garcia, Itabora y otros, re-

(1) Lib. 11, tit. 2, lib. 6 de la Recop. de Indias, y cédula de 26 de mayo de 1609. — (2) Cédula de 10 de octubre de 1618. — (3) Cédula de 11 de octubre de 1766. — (4) Beleña, Autos acordados de N. E., pag. 53 á 56 del 1. fol. y autos 16 y 17 del 3 fol. — (5) Solórzano Polít. Ind., lib. 4, cap. 12, y lib. 2, cap. 1 al 18. — (6) Orden de 17 de setiembre de 1822.

cordando solo como para prueba del aprecio que aun en las monarquias absolutas han merecido las letras, que á los graduados de grado mayor en la universidad se concedian los fueros de nobles, y á los de grado menor los de caballeros.

10. La tercera division es en seculares y eclesiásticos, distinguiéndose estos en regulares que son *aquellos que dejan todas las cosas des siglo é toman alguna regla de religion para servir á Dios prometiéndola de guardar* (1), y seculares á quienes se llama comunmente clérigos, que no profesan regla alguna. No es de nuestro instituto hablar de la gerarquía eclesiástica, ni de las funciones y prerogativas espirituales de los individuos del clero, de que tratan los canonistas, sino solamente de las exenciones que se encuentran en el derecho civil. Segun las disposiciones de este los eclesiásticos están sujetos á las autoridades á que lo estaban segun las leyes vigentes cuando se sancionó la constitucion federal (2), están libres, como tambien las iglesias y monasterios, de pagar el derecho de alcabala en las ventas ó trueques que hicieren de sus bienes por lo que á ellos toca (3); mas no por lo que vendieren por via de mercadería, trato y negociacion (4). Esta exencion no se extiende á los clérigos de menores órdenes, sino es que tengan beneficio eclesiástico (5); pues no teniéndolo son habidos por legos, menos en cuanto al privilegio del fuero que gozan, si tienen las circunstancias que exigió el Concilio de Trento, y están prevenidas por las leyes (6).

11. Están exentos ademas los eclesiásticos de las cargas personales (7), como son dar alojamiento, construir

(1) L. 1, tit. 7, P. 1. — (2) Artículo 151 de la constitucion. — (3) L. 6 tit. 18, lib. 9 de la R. ó 8, tit. 9, lib. 1 de la N. y L. 17, tit. 13, lib. 8 de la R. de Ind. — (4) L. 7, tit. 18, lib. 9 de la R. ó 8 dicha de la N. — (5) L. 2, tit. 4, lib. 1 de la R. ó 7, tit. 10, lib. 1 de la N. — (6) L. 1, tit. 4, lib. 1 de la R. ó L. 6, tit. 10, lib. 1 de la N. — (7) L. 51, tit. 6, P. 1.



que no ha nacido en un estado para que este lo pueda elegir senador ó diputado al congreso de la Union, la vecindad de dos años. Por lo que hace á la vecindad necesaria para obtener las cargas de los estados, sus leyes respectivas han fijado el tiempo necesario para ganarla, bastando en alguno tener bienes raíces de cierto valor en su territorio, aunque no se tenga residencia. Transeuntes son los que viven ó se hallan de paso en algun lugar sin ser vecinos de él.

14. Por último, se dividen los hombres en naturales y extranjeros. La ley (1) llama natural á *aquel que fuere nacido en estos reinos, ó hijo de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre sea asimismo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y demas haya vivido por tiempo de diez años*; y añade que lo es tambien aquel cuyo padre nació en estos reinos, y le tuvo fuera de ellos estando ausente en servicio del rey, ó por su mandato, ó de paso y sin contraer domicilio, debiendo entenderse esto de los hijos legítimos ó naturales, pues respecto de los espurios deben concurrir estas circunstancias en la madre. Extranjero es aquel á quien falta alguna de estas circunstancias, ó mas breve: el que es de otra nacion. Por las leyes antiguas los extranjeros no pueden obtener beneficios eclesiásticos, ni pensiones sobre ellos (2), como tampoco los oficios de alcaldias y regimientos en las ciudades, villas ó lugares, ni ninguno de los cargos que toquen al gobierno de ellos (3); y por las nacionales (4) les está permitida la adquisición de propiedades territoriales rústicas, concediéndoseles en todo lo demas los mismos derechos civiles que á los naturales (5).

(1) L. 19, tit. 3, lib. 1 de la R. 67, tit. 14, lib. 1 de la N. — (2) LL. 18 y 19, tit. 3, lib. 1 de la R. ó 7, tit. 14 y 1, tit. 23, lib. 1 de la N. — (3) LL. 2 y 27, tit. 3, lib. 1 de la R. ó 2, tit. 3, lib. 7 de la N. — (4) LL. de 11 de marzo y 31 de agosto de 1842. — (5) Art. 6 de la ley de 12 de marzo de 1828.

15. El autor no habla de los naturalizados, que son los extranjeros que han obtenido carta de naturaleza, mediante la cual se igualan á los naturales, sino es en aquellos casos en que expresamente se requiere ser mexicanos por nacimiento. En la República están naturalizados todos los extranjeros, sea cual fuere su origen, que se hallaban en ella el día 24 de febrero de 1822 (1), y pueden serlo todos los que quieran, cumpliendo con los requisitos que previene la ley (2). Conforme á esta, el extranjero que desee naturalizarse deberá presentarse un año antes al ayuntamiento del lugar de su residencia manifestándole su designio de establecerse en el pais. Despues acreditará por informacion ante el juez del distrito ó circuito mas cercano á su residencia, y con citacion del sindico si es ante el primero, ó del promotor fiscal siendo ante el segundo, que es católico, apostólico romano, lo que tambien se prueba con la partida de bautismo: que tiene giro, industria útil ó renta, expresando cual sea, y que tiene buena conducta. Con estos documentos y testimonio de la manifestacion hecha al ayuntamiento se ocurrirá al gobernador del estado ó distrito, ó gefe político del territorio, pidiendo la carta de naturaleza. En el ocurso se hará renuncia expresa de toda sumision y obediencia á toda nacion ó gobierno extraño, y especialmente al que pertenezca el interesado, como igualmente de todo titulo, condecoracion ó gracia que se haya obtenido de otro gobierno, y una protesta formal de sostener la constitucion, acta constitutiva y leyes generales de la República, y con estos requisitos se expedirá la carta de naturaleza, en la que se entienden comprendidos la muger y los hijos no emancipados, perdiéndose la naturalizacion por contraerla en otro pais, ó por admitir empleo, comision, renta ó condecoracion de

(1) Decreto de 24 de febrero de 1822. — (2) Ley de 14 de abril de 1828.

otro gobierno, no entendiéndose lo primero es decir la residencia, por la ausencia de la República siendo con pasaporte del gobierno, y no excediendo de ocho meses. Los hijos de los mexicanos nacidos fuera del territorio de la República serán considerados como nacidos en él; mas los de los extranjeros no naturalizados que nazcan en él no se reputan naturales, pero podrán obtener carta de naturaleza, dentro del año siguiente á su emancipación. El empresario de una colonización tendrá derecho á pedir la naturalización, y se le concederá luego prestando el juramento de obediencia á la constitucion, y los colonos se tendrán por naturalizados pasado un año de su establecimiento; y los extranjeros que sirvan en la marina lo serán igualmente con solo declarar su voluntad de serlo ante la autoridad política mas inmediata, y prestando el juramento que se ha dicho; no pudiendo concederse carta de naturaleza á los súbditos de la nacion que tenga guerra declarada con la república.

16. Los extranjeros naturalizados tienen los mismos derechos que los mexicanos, y pueden obtener todos los empleos y cargos públicos hasta ser individuos del Congreso general (1); mas no pueden, sin embargo de estar naturalizados, ser presidente de la República (2), secretarios del despacho (3), individuos de la suprema corte de justicia, si no son nacidos en la América antes Española con cinco años de vecindad (4), ni obispo, pues para esta dignidad se necesita ser mexicano por nacimiento (5).

17. Además de las divisiones explicadas se conoce otra en la República, de que creemos necesario hacer alguna mencion. Esta es la de ciudadanos, y se llaman así los que disfrutan los derechos políticos, y no ciudadanos que son los que no los disfrutan, ó porque

(1) Acta de Reformas, art. 7.—(2) Const. fed., art. 76.—(3) La misma, art. 121.—(4) La misma, art. 123.—(5) Ley de 16 de abril de 1830.

nunca los han tenido, ó porque los llegaron á perder. Estos derechos se reducen principalmente, á la facultad de votar en las juntas populares, y á la capacidad de ser elegido por ellas para los cargos públicos. Como la constitucion federal no fijó (como parece debería haberlo hecho) las condiciones necesarias para ser ciudadanos de la República, sin cuya circunstancia nadie podria serlo de los estados, ha quedado al arbitrio de estos señalar y fijar el goce de estos derechos, que indudablemente no se adquieren sino en determinada edad, y se pierden por sentencia y condenacion á ciertas penas, sobre lo cual deberán consultarse las constituciones y leyes particulares de los estados, haciendo solamente la observacion de que la ciudadanía que estos suelen conceder á personas que no residen en su territorio, solo puede tener su efecto para las cargas del mismo estado; mas no para aquellas que son de la federacion, y así hemos visto reprobarse por una de las cámaras de la Union el nombramiento hecho para ella en persona que tenia el título de ciudadano por un estado sin tener la vecindad de dos años que exige la constitucion federal.

### TITULO III.

#### DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Titulos 17 y 18, P. 4.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Que es patria potestad y sus dos especies.                      | 6. 2º El destierro.  |
| 2. De la patria potestad útil y modos de adquirirla.               | 7. 3º Las dignidades.  |
| 3. De los efectos que produce respecto de los bienes de los hijos. | 8. 4º La emancipacion.   |
| 4. El padre no es puramente administrador.                         | 9. Casos en que el padre puede ser obligado á emancipar á sus hijos.                             |
| 5. Modos de extinguirse la patria potestad: 1º la muerte.          | 10. Se extingue tambien la patria potestad por el matrimonio del hijo, y por exponerlo su padre. |

1. La patria potestad es *el poder que han los padres sobre los hijos* (1), no solo para conseguir su cómoda educacion, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia (2), de modo que tiene una parte gravosa á los padres y otra que les es útil, por lo que se puede dividir en onerosa y útil. La primera es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó no los hijos, y no es otra cosa que el complejo de las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos los que han dado el ser á otros (3). Estas obligaciones se reducen á criar y alimentar á los hijos, siendo esto del cargo de la madre hasta los tres años, y despues del padre (4) : á instruirlos, gobernarlos y cuando fuere necesario castigarlos moderadamente, para hacerse obedecer (5), y para encaminarlos y proporcionarlos para algun oficio ó profesion útil con que puedan vivir honesta y cómodamente (6) ; y siendo negligentes ó estando imposibilitados los padres para cumplir con esta obligacion, tienen los magistrados el deber de desempeñarla (7).

2. La patria potestad útil es el derecho que los padres tienen en los bienes de sus hijos; es propia de solo el padre (8), y sobre los hijos legítimos no emancipados (9); por cuya razon no se extiende ya á los nietos y demas descendientes, como prevenia el derecho de las Partidas (10), estando resuelto posteriormente (11), que quede emancipado el hijo que fuere casado y velado; de que se infiere contra Antonio Torres y Martin Gálindo la necesidad de las velaciones

(1) L. 1, tit. 17, P. 4. — (2) LL. 5, tit. 20, P. 2 y 4, 3 y 5, tit. 17, P. 4. — (3) L. tit. 19, P. 4 y ced., de 11 de diciembre de 1796, art. 25. — (4) LL. 1, 2, 3, 4 y 5, tit. 19, P. 4. — (5) LL. 3, tit. 20, P. 2 y 18, tit. 18, P. 4. — (6) Art. 1 de la Ced. de 12 de julio de 1781. — (7) Art. 2 de la misma. — (8) LL. 2 y 3, tit. 17, P. 4. — (9) L. 2, tit. 17, P. 4. — (10) L. 1 del mismo tit. y P. — (11) L. 8, tit. 1, lib. 3 de la R. 63, tit. 5, lib. 10 de la N.

en las nupcias para que estas tanga fuerza de emancipacion. La ley (1) señala cuatro modos de adquirir esta potestad : I. El matrimonio segun el rito de la Iglesia : II. El juicio de linage por el que se decida que uno es hijo ó padre de otro : III. El yerro del hijo emancipado contra su padre que lo hace volver á su potestad, y IV. La adopcion ó porfijamiento. Sobre esta division debe notarse : que no se menciona en ella la legitimacion, porque sin duda se entiende comprendida en el primer modo : que el segundo no es modo de constituir sino de probar la patria potestad, y que el yerro de que habla el tercero ha de ser deshonorando al padre de palabra ó hecho (2).

3. Constituida la patria potestad por cualquiera de estos modos, el padre tiene el dominio de los bienes del hijo, no de todos como prevenia el antiguo derecho de los romanos, sino de algunos en los términos que vamos á explicar. A los bienes de un hijo que está aun en poder de su padre se da el nombre de *peculio* que no es otra cosa que *pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo separado de los bienes que gobierna el padre*, y es de cuatro maneras que son : profecticio, adventicio, castrense y cuasi castrense (3). El profecticio es *el que ganan los hijos con los bienes de los padres ó por razon de sus padres que los tienen en su poder*, y de este es absolutamente dueño el padre. Adventicio se llama *el que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre ó de cualquier otro, ó si hallase tesoro ó alguna otra cosa*. En este la propiedad es del hijo, y el usufructo del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida (4); y en caso de emancipar al hijo le corresponde la mitad del usufructo, quedando

(1) L. 2, tit. 17, P. 4. — (2) L. 19, tit. 18, P. 4. — (3) L. 5, tit. 17, P. 4. — (4) L. 5, tit. 17, P. 4.

la otra para el padre si no la remite (1). El castrense es *el que gana el hijo por razon de la guerra*, ó como suele decirse, de la milicia armada, y el cuasi castrense: *el que gana por razon de la milicia togada*, esto es, por servir á la república de juez, abogado, catedrático y otros oficios semejantes. Estos dos son en todo del hijo, que puede disponer de ellos á su arbitrio, sin que en ellos tenga derecho alguno su padre (2).

4. El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes ajenos. Asi es que no necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion, ni para enagenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para ello (3). Tampoco está obligado á hacer inventario de ellos, sino solo una descripción ante un escribano, presentes el padre y el hijo y dos testigos, como prueba Castillo (4), explicando la diferencia entre el inventario y la descripción.

5. Las leyes de las Partidas (5) señalan cinco causas por las cuales se acaba la patria potestad, que son: I. Muerte natural. II. Destierro perpetuo, al que llamaban antes muerte civil. III. Dignidad á que sea ascendido el hijo. IV. Emancipacion de este hecha por el padre. V. Incesto cometido por el padre (6). En cuanto al primero la ley de Partida distingue, como las romanas, la muerte del padre de la del abuelo, por cuanto aquel no se reputaba fuera de la potestad aunque ya fuese casado y con hijos; pero como por la ley de la Recopilacion (7) el hijo casado y velado sale de la patria potestad, no tiene lugar esa distincion, y el primer modo debe entenderse únicamente de la muerte

(1) L. 13, tit. 18, P. 4. — (2) LL. 6 y 7, tit. 17, P. 4. — (3) L. 24, tit. 13, P. 3. — (4) Castillo De usufruct. cap. 3, nn. 40, 69, 87 y sig. — (5) Princip. y l. 6, tit. 18, P. 4. — (6) L. 6 cit. — (7) L. 8, tit. 1, lib. 3 de la R. 63, tit. 3, lib. 10 de la N.

del padre respecto del hijo á no ser que las nupcias no hubiesen sido veladas.

6. Del segundo modo, que es el destierro perpetuo, se explican dos especies en la ley (1), comparando la primera á la servidumbre de pena de los romanos, y la otra á la que estos llamaban deportacion, pues en una y otra perdía los bienes el desterrado; mas por el destierro ya perpetuo ya temporal por el que no se quitaban los bienes al desterrado, que los romanos llamaban relegacion, no se perdía la patria potestad (2). En la República no puede tener lugar este modo de perderse la patria potestad, sea porque no se conoce ya la servidumbre de pena, que consistía en la perpetuidad segun el derecho de las Partidas (3), y á nadie se puede condenar á pena perpetua, ó por tiempo que pase de diez años, ó sea principalmente, porque está prohibida la confiscacion de bienes (4) que era el motivo por que el desterrado perdía la patria potestad.

7. Por lo que hace al tercer modo, que es la dignidad del hijo, se señalan en las leyes (5) doce dignidades, cuya posesion ponía á los hijos fuera de la potestad de sus padres. De ellas no existe entre nosotros mas que la de obispo; pero atendido el espíritu de las leyes podrá decirse que libertan de la patria potestad aquellas dignidades ó empleos que hacen al hombre gefe privativo de algun distrito ó cuerpo.

8. La emancipacion, que es la cuarta causa porque se extingue la patria potestad, es el acto por el cual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente (6). Se hace la emancipacion presentándose padre ó hijo ante el juez ordinario, y diciendo aquel que aparta á su hijo de su poder y le da facultad para que se maneje por sí, contratando y compare-

(1) L. 8, tit. 18, P. 4. — (2) L. 3, tit. 18, P. 4. — (3) LL. 2, tit. 17, P. 4 y 18, tit. 1, P. 6. — (4) Constitucion federal art. 147. — (5) LL. 8 y siguientes tit. 18, P. 4. — (6) L. 13, tit. 18, P. 4.

ciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar expresamente esta dimision; mas el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al superior con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá (1). Al menor de siete años se puede emancipar con decreto del soberano (2), y tambien al ausente; pero si este es mayor de siete años deberá prestar su otorgamiento ante el juez.

9. Aunque regularmente hablando ni el padre puede ser obligado á emancipar á su hijo, ni este á ser emancipado, pues que ambos deben convenir en ello (3); sin embargo hay cuatro casos en los que puede obligarse al padre á que haga la emancipacion (4). I. Cuando el padre castiga con crueldad al hijo. II. Cuando prostituye á sus hijas. III. Cuando admite una herencia ó legado en testamento con la condicion de que ha de emancipar á su hijo. IV. Cuando habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de catorce años, salido este de esa edad ocurre al juez para que se le emancipe.

10. Además de las cinco causas enumeradas por el autor, hay otras dos que extinguen la patria potestad, y son de parte del hijo el matrimonio contraido con todas las solemnidades y bendiciones nupciales, de que ya se ha hecho mención, y de parte del padre el hecho de exponer á sus hijos, por el que pierden todos los derechos que tenían en ellos sin que se les conceda acción para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza, si no es que prueben que el motivo de la exposicion del hijo fue una necesidad extrema (5).

(1) Aut. acord. 20, tit. 9, lib. 3 de la R. ó l. 4, tit. 3, lib. 40 de la N. — (2) L. 16, tit. 18, P. 4. — (3) L. 17, tit. 18, P. 4. — (4) L. 18 del mismo tit. y P. — (5) Art. 23 y 26 de la Cédula de 11 de diciembre de 1796.

## TITULO IV.

## DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4 títulos 1 y 2 y título 1 lib. 5 de la Recop. 6 2 del libro 10 de la Novísima y título 3º libro 7º de la Recop. de Indias. •

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué cosa son los esponsales.  | que provienen de la santidad de la religion.                               |
| 2. 3. 4. Necesidad del consentimiento paterno para el valor de los esponsales y varias disposiciones sobre esto. | 14. De otro impedimento, que es la condicion.                              |
| 5. Qué es matrimonio, y de los impedimentos impedientes.   | 15. De la disolucion del matrimonio, y del divorcio.                       |
| 6. De los dirimentes, y 1º de los que proceden de falta de consentimiento.                                       | 16. De los efectos civiles del matrimonio: de la compañía legal.           |
| 7. 2º De los que provienen por defecto de la naturaleza.   | 17. Cuándo se disuelve esta.   |
| 8. 3º De los que provienen del derecho de la sangre. Del parentesco de consanguinidad. Qué sea linea.            | 18. Si puede durar despues de la muerte de uno de los cónyuges.            |
| 9. Qué es grado, y cómo se computan civil y canónicamente.   | 19. Qué bienes entran en la compañía.                                      |
| 10. De la afinidad.  | 20. Cómo es comun el dominio de los gananciales.                           |
| 11. Del parentesco civil, espiritual y de pública honestidad.  | 21. La facultad de enagenarlos el marido, es solo entre vivos.             |
| 12. Hasta qué grado está prohibido el matrimonio en estos parentescos.   | 22. La mujer puede renunciar á la compañía y cuándo.                       |
| 13. 4º De los impedimentos   | 23. Deduciones que se han de hacer de los gananciales.                     |
|  | 24. Otros cinco efectos del matrimonio.                                    |
|  | 25. Si el casado de diez y ocho años pierde los privilegios de menor.      |
|  | 26. Privilegios de los reñicu casados, y del que tiene seis hijos varones. |

1. El matrimonio es la primera causa de la patria potestad, y á él preceden los desposorios, ó esponsales, como los llama el derecho canónico, que son *prometidos*.

ciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar expresamente esta dimision; mas el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al superior con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá (1). Al menor de siete años se puede emancipar con decreto del soberano (2), y tambien al ausente; pero si este es mayor de siete años deberá prestar su otorgamiento ante el juez.

9. Aunque regularmente hablando ni el padre puede ser obligado á emancipar á su hijo, ni este á ser emancipado, pues que ambos deben convenir en ello (3); sin embargo hay cuatro casos en los que puede obligarse al padre á que haga la emancipacion (4). I. Cuando el padre castiga con crueldad al hijo. II. Cuando prostituye á sus hijas. III. Cuando admite una herencia ó legado en testamento con la condicion de que ha de emancipar á su hijo. IV. Cuando habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de catorce años, salido este de esa edad ocurre al juez para que se le emancipe.

10. Además de las cinco causas enumeradas por el autor, hay otras dos que extinguen la patria potestad, y son de parte del hijo el matrimonio contraido con todas las solemnidades y bendiciones nupciales, de que ya se ha hecho mención, y de parte del padre el hecho de exponer á sus hijos, por el que pierden todos los derechos que tenían en ellos sin que se les conceda acción para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza, si no es que prueben que el motivo de la exposicion del hijo fue una necesidad extrema (5).

(1) Aut. acord. 20, tit. 9, lib. 3 de la R. ó l. 4, tit. 3, lib. 40 de la N. — (2) L. 16, tit. 18, P. 4. — (3) L. 17, tit. 18, P. 4. — (4) L. 18 del mismo tit. y P. — (5) Art. 23 y 26 de la Cédula de 11 de diciembre de 1796.

## TITULO IV.

## DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4 títulos 1 y 2 y título 1 lib. 5 de la Recop. 6 2 del libro 10 de la Novísima y título 3º libro 7º de la Recop. de Indias. •

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué cosa son los esponsales.  | que provienen de la santidad de la religion.                               |
| 2. 3. 4. Necesidad del consentimiento paterno para el valor de los esponsales y varias disposiciones sobre esto. | 14. De otro impedimento, que es la condicion.                              |
| 5. Qué es matrimonio, y de los impedimentos impedientes.   | 15. De la disolucion del matrimonio, y del divorcio.                       |
| 6. De los dirimentes, y 1º de los que proceden de falta de consentimiento.                                       | 16. De los efectos civiles del matrimonio: de la compañía legal.           |
| 7. 2º De los que provienen por defecto de la naturaleza.   | 17. Cuándo se disuelve esta.   |
| 8. 3º De los que provienen del derecho de la sangre. Del parentesco de consanguinidad. Qué sea linea.            | 18. Si puede durar despues de la muerte de uno de los cónyuges.            |
| 9. Qué es grado, y cómo se computan civil y canónicamente.   | 19. Qué bienes entran en la compañía.                                      |
| 10. De la afinidad.  | 20. Cómo es comun el dominio de los gananciales.                           |
| 11. Del parentesco civil, espiritual y de pública honestidad.  | 21. La facultad de enagenarlos el marido, es solo entre vivos.             |
| 12. Hasta qué grado está prohibido el matrimonio en estos parentescos.   | 22. La mujer puede renunciar á la compañía y cuándo.                       |
| 13. 4º De los impedimentos   | 23. Deduciones que se han de hacer de los gananciales.                     |
|  | 24. Otros cinco efectos del matrimonio.                                    |
|  | 25. Si el casado de diez y ocho años pierde los privilegios de menor.      |
|  | 26. Privilegios de los reñicu casados, y del que tiene seis hijos varones. |

1. El matrimonio es la primera causa de la patria potestad, y á él preceden los desposorios, ó esponsales, como los llama el derecho canónico, que son *prometidos*.

timientos que hacen los hombres por palabras cuando quieren casarse (1). Esta manifestacion por palabras no es tan esencial á los esponsales, que no pueda hacerse por otras señales claras, que quitan toda duda, como debe suceder en los mudos (2). Como la obligacion que producen es mutua entre el varon y la muger, debe serlo igualmente la promesa en que consisten, y reciproca la aceptacion, de modo que puede ser obligado el que resista cumplirla á pedimento del otro, y siempre que conste del modo que previenen las leyes por el tribunal eclesiástico (3); á no ser que tenga alguna de las nueve causas para no querer, que refieren las mismas leyes (4); debiendo advertirse que la séptima no tiene ya lugar, pues los esponsales de presente no constituyen ahora el matrimonio, como lo constituian en el tiempo en que se formaron las Partidas. La edad bastante para contraer esponsales es la de siete años (5).

2. Así para el matrimonio como para el valor legal de los esponsales, es requisito necesario el consentimiento de los padres, y sobre esto se han expedido diversas pragmáticas y cédulas que expondremos brevemente. La pragmática de 23 de marzo de 1776 (6) previene, que todos los menores de 25 años que se casaren sin pedir y obtener el consentimiento de su padre, en su defecto de la madre, y á falta de ambos de los abuelos, parientes mas cercanos, tutores ó curadores, queden excluidos y privados de todos los efectos civiles, y desheredados, asi de los bienes libres, como de los vinculados que puedan tocarles, y que en la misma pena incurran los mayores de 25 años que no pidan el consejo paterno para contraer matrimonio; y por la de 31 de mayo de 1783 se previno que aun los

(1) L. 1, tit. 1, P. 4. — (2) L. 3, tit. 4, P. 4. — (3) L. 7, tit. 1, P. 4. — (4) L. 3 del mismo tit. y P. — (5) L. 6 del mismo. — (6) L. 9, tit. 2, lib. 10 de la N.

mayores de 25 años tuviesen la obligacion de obtener el consentimiento paterno, que solo son parte legitima para pedir los mismos hijos conforme á la cédula de 18 de mayo de 1788 (1).

3. La pragmática de 23 de marzo se comunicó á las Américas por cédula de 7 de abril de 1778 con algunas adiciones reducidas, á que los españoles europeos establecidos en ellas pidan el consentimiento á la justicia ó juez del lugar de su residencia: que la pragmática no se entienda con las castas: que los indios tributarios pidan la licencia para sus matrimonios á los respectivos curas en el caso de que no puedan obtenerla pronta y fácilmente de sus padres: que los caciques se consideren como españoles, y que las audiencias formasen una instruccion sobre esto que observarian desde luego remitiéndola para su aprobacion, como lo hizo la de México en 24 de julio de 1779 y le fue aprobada por cédula de 13 de noviembre de 1781, en la que se inserta la instruccion compuesta de nueve artículos, resultando comprendidos en lo dispuesto por la pragmática, los mestizos hijos de español é india, y expresándose el modo de solicitar el consentimiento cuando los padres ó tutores están ausentes dentro del distrito de la audiencia: que deberá hacerse cuando no contesten, y el modo con que las justicias han de suplir en estos casos el consentimiento; y á consulta del gobernador de Yucatán sobre la cédula de 7 de abril en que se insertó para América la pragmática de 23 de marzo, se declaró en 10 de julio de 1783 que los juicios de disenso se pongan ante la justicia ordinaria aun cuando los contrayentes sean militares, y que las apelaciones fuesen á las audiencias. Despues se expidió la cédula de 1.º de febrero de 1785 (2) mandando que se hiciese general la práctica del Arciprestazgo de Ager en Cataluña de expresar en las moniciones, que el ma-

(1) L. 17, tit. 2, lib. 10 de la N. — (2) L. 14, tit. 2, lib. 10 de la N.

trimonio que se intentaba, estaba tratado y convenido con consentimiento de los padres, lo que se anotaba igualmente en la partida, siendo cargo de la visita de los libros la omision de esta circunstancia, y que cuando el padre disintiese, se remitiera el conocimiento del disenso al juez secular, y mientras estaba pendiente se suspendia todo procedimiento ulterior, y encargando en su consecuencia no se consintiesen las extracciones y depósitos voluntarios que solian ejecutar los jueces eclesiásticos de las hijas de familia sin noticia y contra la voluntad de los padres y tutores, ni tampoco ningun otro procedimiento hasta que en sus curias se presenten las licencias ó asensos paternos, ó la declaracion del disenso irracional (1). En orden á depósitos se expidió en 23 de octubre de 1785 una cédula (2) en que se manda, que los depósitos por opresion y para explorar la libertad se expidan por el juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, se conocerá por la justicia secular; pero si se trata de verificar los esponsales, concluido el juicio de racionalidad del disenso, conocerá el eclesiástico impartiendo para la ejecucion el auxilio del brazo secular.

4. Ultimamente se expidió la pragmática de 10 de abril de 1803 (3) por la que derogándose en parte la de 23 de marzo de 1776 y en todo la de 31 de mayo de 1783, se previene que los hijos varones antes de cumplir 25 años, y las mugeres 23, necesitan para contraer matrimonio, licencia de su padre: á falta de este necesitan la de la madre, pero solo hasta los 24 los varones, y 22 las mugeres: en defecto de la madre la del abuelo paterno, y á falta de este del materno, pero solo hasta los 23 los hombres y 21 las mugeres: á falta de todos estos entrará el tutor, y no habiéndolo el

(1) L. 13, tit. 2, lib. 10 de la N. — (2) L. 16, tit. 2, lib. 10 de la N. — (3) L. 18, tit. 2, lib. 10 de la N.

juez, y solo se necesita hasta los 22 en los hombres y 20 en las mugeres, sin que ninguno de los mencionados tenga que dar á su menor razon de su disenso en caso de que niegue la licencia, aunque los interesados podrán ocurrir á las autoridades para que tomando los informes convenientes, se conceda ó niegue por ellas el permiso necesario que supla el consentimiento denegado para efectuar el matrimonio (1). Que el eclesiástico que autorice los matrimonios sin estos requisitos sea expatriado y pierda las temporalidades, incurriendo en la misma pena los contrayentes, y por último, que en los tribunales eclesiásticos no se admitan demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública (2), debiendo arreglarse en lo sucesivo á esta pragmática y no á otra la celebracion de los matrimonios. Por las leyes que actualmente nos rigen, la facultad de suplir el consentimiento de las padres en caso de disenso pertenece, no á los jueces, sino á las autoridades politicas, y se ejerce en el distrito y territorios, por el gobernador y gefes politicos conforme al art. 48 cap. 3 de la ley de 23 de junio de 1813, y en los estados por las autoridades que designan sus respectivas leyes.

5. Explicadas ya las disposiciones legales necesarias para el valor de los esponsales que preceden al matrimonio, es tiempo de hablar de él. La ley (3) lo define:

(1) Antiguamente los militares y algunos empleados necesitaban licencia del Gobierno para casarse, hoy no la necesitan por el decreto de 19 de febrero de 1849.

(2) De las demandas sobre valor de esponsales conoce el juez eclesiástico, aunque sea militar el demandado, y hallándolos obligados pasará su sentencia al comandante general para que verificado el despojo del empleo, proceda el eclesiástico segun la orden de 13 de agosto de 1775.

(3) L. 1, tit. 2, P. 4.

*Ayuntamiento de marido é de muger fecho con tal intencion de vivir siempre en uno é de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é no se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro varon viviendo ambos á dos.* El matrimonio que entre nosotros tiene el doble carácter de contrato y de sacramento, se contrae lícita y válidamente siempre que no interviene ninguno de los impedimentos que llaman impedientes, que se oponen á lo lícito del acto, ó dirimientes, que son los que destruyen su valor y subsistencia. Los impedimentos que impiden contraer lícitamente el matrimonio, pero que contraído no lo anulan, son cuatro comprendidos en el siguiente:

*Sacratum tempus, vetitam, sponsalia, votum  
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.*

Es decir, el tiempo feriado en que no se hacen las velaciones, la prohibición de la Iglesia como el casamiento entre católico y herege, aunque este no parecen sostenerlo las leyes civiles (1): los esponsales celebrados con otra persona distinta de aquella con quien se va á contraer el matrimonio, y el voto simple de castidad.

6. Los dirimientes proceden de cuatro causas que son: I. La falta de consentimiento. II. El defecto de la naturaleza. III. El derecho de la sangre. IV. La santidad de la religión, y de ellas se deducen los catorce que se conocen y se comprenden en los siguientes versos:

*I. Personæ ac status error, mens simulata, furensque.  
Vis, raptusque. II. Impubertas et debile corpus.  
III. Stirps cognata vel affinis, sponsalis honestas.  
IV. Dispar cultus, et ordo sacer, professio claustris.  
Stans fœdus, vel clandestinum, et crimina bina,  
Impediunt semper, dirimunt que jugalia vincla.*

(1) L. 13, tit. 2, P. 4. Aunque Gregorio Lopez en su glosa sostiene lo contrario.

Como el matrimonio es un contrato, el consentimiento mútuo de los contrayentes es lo que lo constituye esencialmente; de modo que siempre que falte ó no sea enteramente libre y espontáneo, el matrimonio es nulo (1); á diferencia de los demas contratos que se rescinden por la falta de consentimiento (2), pero no se anulan, como explica Gregorio Lopez (3). El consentimiento debe ser manifiesto, pero no solo por palabras, sino tambien por señales inequívocas como sucede en los mudos (4). Por la falta de él dirimen el matrimonio el error, ya sea sobre la persona, ya sobre su estado, pues no puede consentir el que no conoce la cosa, ó la conoce con error sobre su sustancia, y por eso no basta á dirimirlo si el error es solo sobre la calidad ó fortuna del otro (5): la demencia ó locura, porque los que adolecen de esta enfermedad no pueden prestar un verdadero consentimiento, si no es que tengan algunos intervalos de buena razon, y lo presten en alguno de ellos (6): la fuerza ó miedo que cae en varon constante (7); y el rapto violento de la muger (8), mientras no sea restituida á parte segura donde pueda explicar su voluntad libremente.

7. Del defecto de la naturaleza resultan dos impedimentos: Uno la falta de edad, pues no se puede contraer matrimonio antes de los 14 años en el varon, y de los 12 en la muger, si no es en uno que otro caso en que la naturaleza se anticipa (9): El otro impedimento es la impotencia de concurrir carnalmente (10).

8. Del derecho de la sangre, ó sea respeto debido al parentesco, resultan los impedimentos del parentesco ó consanguinidad, de afinidad, y de pública honestidad,

(1) L. 13, tit. 2, P. 4. — (2) L. 36, tit. 3, P. 3. — (3) Gregor. Lop. glos. 1 de la l. 8, tit. 3, P. 5. — (4) L. 3, tit. 2, P. 4. — (5) L. 10 del mismo tit. y P. — (6) L. 6 del mismo. — (7) L. 13 del mismo. — (8) L. 14 del mismo. — (9) L. 6, tit. 1, P. 4. — (10) L. 16, tit. 2, P. 4.

que merecen una explicacion mas detenida. El parentesco ó consanguinidad es: *Atenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz* (1). Es de cuatro maneras, á saber: meramente natural, que es el que resulta de un comercio ilícito, y este es el que tienen todos los nacidos fuera de matrimonio. Meramente civil, que es el que resulta de la adopción. Mixto de natural y civil, que es el que proviene de legitimo matrimonio, pues á él concurren la naturaleza y la ley, y espiritual, que es el que se contrae por el bautismo y la confirmación. En el parentesco hay líneas y grados. La línea es: *el ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz*. Esta ó es recta ú oblicua, á que llaman tambien lateral ó transversal. La recta es entre personas que una viene de la otra, y si se cuenta subiendo, como en hijo, padre, abuelo, bisabuelo, se dice *de ascendientes*, y si bajando como en bisabuelo, abuelo, padre, hijo, se llama *de descendientes*. La transversal es en la que entran personas que no descienden unas de otras y empieza en los hermanos, siguiendo entre los descendientes de uno de estos respecto de los del otro; por lo cual se llama transversal, aunque todas las personas comprendidas en ella descienden de un mismo tronco (2). Esta es igual cuando por ambos lados se cuenta igual número de personas, y desigual cuando por un lado hay mayor número que por el otro.

9. Grado es la distancia que hay de un pariente á otro proveniente del número de generaciones que median. En la línea recta de ascendientes, ó descendientes, se cuentan los grados del mismo modo por el derecho civil que por el canónico, y se dice que hay tantos grados cuantas son las generaciones, ó cuantas son las personas que intervienen, menos una, y así el

(1) L. 1, tit. 6, P. 4. — (2) L. 2, tit. 6, P. 4.

hijo dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, ó tres personas. En la línea transversal se cuentan de diverso modo en ambos derechos; porque segun el civil se computan subiendo desde una de las personas al tronco, y bajando despues hasta la otra, de modo, que resultan tantos grados cuantas personas, menos una; y segun el canónico solo se sube de la una al tronco, resultando que están entre sí las dos personas, como la mas distante del tronco lo está con él. De esta diversidad se sigue que en la computacion civil es una misma la regla, sea igual ó desigual la línea, y no así en la canónica, en la cual, siendo igual, distan las dos personas entre sí, lo que cada una del tronco, y siendo desigual lo que la mas remota dista del tronco, y de la misma diversidad resulta que en el derecho civil no hay primer grado en la línea transversal, pues por ejemplo entre dos hermanos, que son las personas mas cercanas, subiendo del uno al padre y bajando de este al otro hermano, resultan tres personas, que son dos grados. Debe tenerse presente que la computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los matrimonios (1).

10. La afinidad es: *Alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger* (2). Nace pues de la union carnal del varon y la muger, sea ó no lícita, y por ella los parientes del varon se hacen cuñados ó afines de la muger, y los de esta del marido en el mismo grado en que son parientes (3).

11. Hemos dicho ya que el parentesco civil es el que resulta de la adopción en los términos que explica la ley (4), y el espiritual el que nace del bautismo y la confirmación, y tambien puede llamarse así el vinculo que llaman *de pública honestidad* que resulta por el

(1) LL. 3 y 4, tit. 6, P. 4. — (2) L. 3 del mismo tit. y P. — (3) La misma l. 3. — (4) L. 7, tit. 7, P. 4.

matrimonio rato, ó los esponsales válidos entre el marido ó esposo y los parientes de su muger ó esposa, y entre los de esta y los de aquel.

12. Explicadas las especies de parentesco, y los modos de computar sus grados, resta solo fijar los términos á que se extiende la prohibicion de contraer matrimonio. En la linea recta del parentesco natural ó consanguinidad la prohibicion se extiende á todos los grados sin limitacion (1); y por eso se dice que si Adán viviera viudo no podria volverse á casar. En la transversal desigual si hay atingencia al primero, tampoco tiene limites la prohibicion, y así un tío no puede casarse con sus sobrinas de ningun grado (2); pero en la igual solo se extiende al cuarto grado inclusive (3). En la afinidad, si nace de cópula licita sigue las mismas reglas que la consanguinidad, y así es que con la muger que fue de un descendiente ó ascendiente no podrá casar ninguno de la linea recta, y en la colateral hasta el cuarto, y si es de cópula ilícita solo llega al segundo. El impedimento de pública honestidad, si proviene de matrimonio rato, se extiende al cuarto grado, y si es de esponsales válidos no pasa del primero. El del parentesco espiritual es entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por la otra, y lo mismo en la confirmacion (4). El que

(1) L. 4, tit. 6, P. 4. — (2) La misma l. 4.

(3) Esta prohibicion no comprende á los que se llamaban indios que por privilegio del papa Paulo III pueden contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, estándoles solo prohibido hasta el segundo. En los impedimentos que resultan del segundo grado de consanguinidad y afinidad por cópula licita: en el primero y segundo con atingencia al primero en la linea transversal, y en el primero por cópula ilícita pueden dispensar los diocesanos de la república, ó cabildos sede-vacantes, segun las facultades que les han sido concedidas en los dos últimos pontificados, y á que ha dado pase el supremo gobierno.

(4) Conc. Trid. ses. 24 de reform. matrim., cap. 2.

resulta de la adopcion imita al de la consanguinidad, y así el padre por adopcion no puede casar con su hija adoptiva, aun cuando se acabe la adopcion; pero bien podrá casarse la hija por naturaleza con el hijo adoptivo de su padre emancipado (1).

13. De la santidad de la religion nacen los impedimentos de desigualdad de cultos, que se verifica entre el cristiano y el infiel, ó bautizado y no bautizado (2), el orden sagrado (3), la profesion religiosa (4), el matrimonio anterior, el crimen que se incurre por el adulterio con promesa de casarse, ó maquinando la muerte del cónyuge, ó por el homicidio de este perpetrado con el fin de casarse (5); y por último la clandestinidad, que consiste en celebrar el matrimonio sin la asistencia del párroco de uno de los contrayentes, y de dos testigos. Este impedimento fue establecido por el concilio de Trento (6), y en su apoyo está prevenido por las leyes (7) que á los contraventores se confiscan los bienes (8), y se les destierre, siendo ademas una de las causas para la desheredacion.

14. Estos son los impedimentos canónicos apoyados por nuestro derecho civil, en el que se encuentra aun otro que conviene explicar. Este es la condicion puesta al contrato, que no es ciertamente el indicado con la palabra *conditio* en los antiguos versos, por la que se daba á entender el error sobre la condicion de la persona explicado mas legalmente en los versos que hemos referido por las palabras: *status error*. La condicion pues que sea contraria á la naturaleza ó fin del matrimonio hace nulo el contrato (9), como por ejem-

(1) L. 7, tit. 7, P. 4. — (2) L. 15, tit. 2, P. 4. — (3) L. 46 del mismo t. y P. — (4) L. 41 del mismo. — (5) L. 19 del mismo. — (6) Concil. Trid. ses. 24 de reform. matrim., cap. 1. — (7) L. 1, tit. 1, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 2, lib. 10 de la N. — (8) Esta pena no tiene lugar por el art. 147 de la Constitucion federal. — (9) L. 6, tit. 4, P. 4.

plio si se pacta que no han de tener hijos, ó que el matrimonio solo haya de durar cierto tiempo; mas las otras que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho se tienen por no puestas, y no vician el contrato (1).

15. Hemos dicho hasta aqui lo necesario para la constitucion y valor de los matrimonios; es conveniente hablar ahora de su disolucion. A esta se da regularmente el nombre de divorcio, que *tanto quiere decir como departamiento, é cosa que departe la muger del marido, é el marido de la muger por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente* (2). En este sentido el divorcio es la disolucion del matrimonio aun en cuanto al vínculo, y esta solo se verifica en el consumado por la muerte de alguno de los conyuges (3), ó por la declaracion de su nulidad, si fue contraido con impedimento (4), y en el rato y no consumado por la profesion religiosa de cual-

(1) La misma.

No ocurriendo ninguno de estos impedimentos, pueden proceder á la celebracion del matrimonio sin necesidad de ocurrir al Ordinario en esta diócesis de México, los curas párrocos seculares ó regulares, sus vicarios ó otros sacerdotes con licencia de aquellos, siempre que los contrayentes no sean vagantes, esto es, que no tengan domicilio fijo, extrangeros, bajo cuya denominacion se comprenden los de otros obispados, ó de partes distantes (pues todos estos deberán ocurrir al ordinario), y previa la informacion de libertad y demas diligencias prevenidas por el concilio de Trento, conforme á la instruccion diocesana de 10 de junio de 1736 publicada con arreglo á la cédula de 26 de julio de 1774.

(2) L. 1, tit. 10, P. 4. — (3) LL. 2 y 3 del mismo tit. y P.

(4) El juez en causas de nulidad de matrimonio es el eclesiástico, quien debe proceder conforme á lo dispuesto en la bula de Benedicto XIV mandada observar por acuerdo del consejo de Indias de 3 de octubre de 1764, en la que se dispone haya siempre un defensor en favor del valor del matrimonio, quien tendrá la obligacion de apelar de la sentencia siempre que le sea contraria. Mas en cuanto á las apelaciones, debe tenerse presente lo dispuesto en el breve de 28 de febrero de 1578, expedido por el papa Gregorio XIII y mandado guardar por la ley 10 del título 9 del libro 1 de

quiera de los dos (1) ó tambien por dispensa del papa (2). Mas en su sentido rigoroso el divorcio es la separacion temporal ó perpetua de los casados en cuanto al lecho y cohabitacion, permaneciendo el vínculo del matrimonio. Las causas para esta segunda especie de divorcio son varias á saber: el adulterio, bajo cuyo nombre se comprende para este efecto la sodomia y bestialidad: la crueldad ó sevicia de un cónyuge para con el otro: la heregia ó apostasia de la fe: la enfermedad contagiosa é incurable: la vida criminal del marido, si incita ó compele al vicio á su muger, y algunas otras que refiere el señor Elizondo (3) explicando detenidamente la extension y latitud de cada una de ellas. El conocimiento en las causas de divorcio es privativo del juez eclesiástico, pero este debe abstenerse de mezclarse en los incidentes sobre temporalidades, como alimentos, litis, expensas, ó restitution de dotes de que debe conocer el juez secular (4); por lo que conviene saber que cuando la causa es el adulterio, si solo se intenta el divorcio, como que se propone civilmente, toca á la jurisdiccion eclesiástica; mas si se solicita el castigo de los adúlteros, la accion es criminal y deberá intentarse ante la justicia ordinaria, como explica el mismo autor, en el que podrá verse esta materia con toda la extension que los limites de esta obra no permiten.

16. El matrimonio produce algunos efectos civiles que vamos á explicar. El primero es el poder que tienen los padres sobre sus hijos, de que hemos hablado en el título anterior. El segundo de que se ocupa todo el título 9 del libro 5 de la Recopilacion, ó sea el 4 del

la Recopilacion de Indias, por el que deben concluirse las causas eclesiásticas en todas sus instancias dentro del territorio de estos dominios que hoy forman la república.

(1) L. 5, tit. 10, P. 4. — (2) Murillo, Cursus juris canonici, tom. 2, lib. 4, n. 178. — (3) Elizondo, Pract. univ. for., tom. 7, cap. 13. — (4) El mismo, tom. 7, cap. 13, num. 31.

libro 10 de la Novísima, y que no conoció el derecho romano, es la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que cada uno ganare durante el matrimonio; de modo que todos los bienes que tuvieren el marido y la muger, son de ambos por mitad, menos aquellos que alguno de los dos probare que le pertenecen separadamente (1). Asi es que se presumen comunes, si no se prueba lo contrario, y en esto se funda la necesidad ó conveniencia de otorgar una escritura pública al tiempo de contraer el matrimonio en la que consten los bienes que cada uno trae (2).

17. Esta es la sociedad ó compañía legal que nace del matrimonio, y dura mientras dura él por beneficio de la ley, que le da algunas diferencias respecto de las compañías comunes, como veremos. Las palabras *estando de consuno* que usa la ley (3) han servido de fundamento para asentar que no existe la compañía sino por la cohabitacion de los cónyuges, y en apoyo se cita la ley 205 del Estilo que hablando del marido dice: *estando en uno con su muger*; de modo que cesaria la compañía si los cónyuges se separasen uno del otro por largo tiempo. Mas Acevedo, Matienzo, Garcia y otros opinan lo contrario, fundados en la frase *durante el matrimonio* de que usa otra ley (4) explicando las del Fuero y Estilo, pues de ella infieren que las palabras *estando de consuno* no deben entenderse rigurosamente. Mas en el caso de que la separacion fuese por divoreio, juzgan los mismos autores, que el que dió el motivo liberta al otro de la compañía, quedando él sin embargo obligado, como sucede en la renuncia maliciosa de la compañía comun. A mas de este caso hay otros dos en que se disuelve la compañía legal sin que

(1) L. 1, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 4, lib. 10 de la N. — (2) Gomez en la ley 33 de Toro, n. 70. — (3) L. 2, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) L. 5, tit. y lib. cit. de la R. y de la N.

se disuelva el matrimonio, y son cuando la muger renuncia la compañía (1), y cuando se confiscan los bienes de alguno de los dos (2); pues entonces dura solo hasta la sentencia de confiscacion, quedando al inocente libre la mitad de los bienes ganados hasta aquel día. La ley (3) condena tambien á perder su mitad á beneficio de los herederos del marido á la viuda que viviere deshonestamente.

18. Los intérpretes del derecho opinan comunmente que si muerto uno de los cónyuges, el que le sobrevive continúa viviendo en comunion de bienes con los herederos del otro, se entiende continuada la compañía legal; pero Matienzo es de opinion contraria fundado en varias razones. 1ª. Que disuelto el matrimonio cesó la razon que introdujo la compañía. 2ª. Que siendo esta especial y distinta de las comunes, es de rigorosa interpretacion y no debe ampliarse. 3ª. Que no proviniendo de la convencion ó voluntad de las partes, sino de sola la ley es arriesgado extenderla, presumiéndola renovada á pretexto de un tácito consentimiento. Por lo que parece mas acertado decir que en el caso no se continúa la compañía legal, sino que se contrae otra de nuevo entre el cónyuge viudo, y los herederos del otro.

19. No se reputan bienes de la compañía, que comunmente se llaman gananciales, los que tenian los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (4), ni las herencias y donaciones que se hicieren á alguno de ellos (5), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de Gutierrez (6) pertenecen á la compañía; segun Garcia (7) en todo caso, y segun Ma-

(1) L. 9, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 9, tit. 4, lib. 10 de la N. — (2) L. 10, tit. y ll. cit. de la R. ó de la N. (3) L. 3, tt. y ll. cit. de la R. ó de la N. — (4) L. 4, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 3, tt. y libros cit. de la R. ó N. — (6) Gutierrez Pract. quæst. 119. — (7) Garcia De conjug. ac. quæst. n. 123.

tienzo (1) en ninguno. Tampoco pertenecen los bienes castrenses ó quasi castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (2); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiere por otro título con su trabajo ó industria son de la compañía y se reputan gananciales (3), lo mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo; de modo que si á este le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes (4); de donde infieren Gutierrez, Acevedo y otros, que lo que gana el marido como juez, abogado ó médico, es comun y se reputa por gananciales, como frutos civiles de estos oficios, que la ley no distinguió cuando establece que lo sean los de cualquier oficio. Lo son tambien los frutos pendientes al tiempo de disolverse; pero con la distincion de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas no en los sembrados, en los cuales entran los gastos hechos en su beneficio, conforme á una ley (5) del Fuero real, que está recibida en la práctica, segun Matienzo (6) y Gomez (7). Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañía; mas no si son obra del tiempo, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Esta doctrina de las mejoras en opinion de Febrero (8) se entiende solo en cuanto á lo gastado en hacerlas, y no en cuanto al mayor valor de la finca; y no tiene lugar en los bienes mayorazgados, pues todas ceden al mayorazgo como veremos (9). Si uno de los cónyuges ad-

(1) Matienzo sobre la ley 3, glos. 6. — (2) LL. 3 y 5, tit. 9, lib. 5 de la R. 62 y 3, tit. 4, lib. 10 de la N. — (3) L. 2, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) LL. 4 y 5, tit. 9, lib. 3 de la R. y 3 y 5, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 10, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real. — (6) Matienzo, sobre la ley 4, glos. 1. — (7) Gomez, sobre la ley 33 de Toro, n. 71. — (8) Febrero de Tapia, tom. 6, tit. 2, cap. 9, num. 2 y 3. — (9) Lib. 2, tit. 6, n. 13.

quiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (1). Lo mismo debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los guantes, vueltas ó ribete si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será comun, y el comprador podrá sacar su precio del cúmulo de gananciales (2).

20. El dominio de los gananciales es comun por mitad al marido y la muger (3), sin consideracion á si alguno llevó mas bienes que el otro al matrimonio (4). Matienzo opina que esta comunion de bienes es en cuanto al dominio y la posesion; mas Covarrubias y Acevedo dicen que respecto de la muger debe entenderse de un dominio y posesion habitual, y no actual, la cual no la adquiere sino por la disolucion del matrimonio, durante el cual es solo del marido; y por eso puede enagenar los bienes de la compañía sin necesidad del consentimiento de la muger, y es válida la enagenacion, á menos que sea hecha con ánimo de defraudarla ó perjudicarla (5). Esta circunstancia que exige la ley para que sea inválida la enagenacion, ha servido de fundamento á Gomez, Gutierrez, Garcia (6), y casi todos los intérpretes para asentar que son válidas las enagenaciones que el marido hiciere sin ese ánimo, aunque sea jugando, ó viviendo viciosamente, contra el sentir de Ayora, que opina lo contrario. Tambien se disputa entre los autores si en la facultad de enagenar se incluye la de dar ó donar, afirmándolo Gomez con

(1) Molina De just. et. jur. disp. 433, y Gomez, sobre la ley 70 de Toro, n. 28. — (2) L. 11, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real. Molin. en d. l. disp. 433; Gutier., lib. 2, quest. pract. 117; Martinez, en la ley 2, tit. 9, lib. 5 de la R. — (3) LL. 1 y 2, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 1 y 4, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) L. 4, tit. 9, lib. 3 de la R. 63, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 3, tit. y libros cit. de la R. ó de la N. — (6) Garcia De conjug. ac. quest., n. 66.

unos, y negándolo Matienzo con otros. Molina (1) y Gutierrez (2) llevan una sentencia media, que parece la mas acertada, y es que el marido puede hacer donaciones moderadas, no excesivas y sin causa.

21. Mas esta facultad de hacer enagenaciones debe entenderse limitada á las que se hagan entre vivos, como advierte Acevedo fundado en las mismas palabras de la ley que dice: *que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio*, y mas abajo, *y que el contrato de enagenamiento vala*. De modo que no puede el marido disponer en su testamento de los gananciales que pertenecen á su muger, la que antes bien entra por la murete del marido, en la libre administracion de la mitad que le corresponde, sin obligacion de reservar cosa alguna en la propiedad, ni en el usufructo para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido antes (3); y en consecuencia si el marido le hiciere algun legado, lo tendrá sin deducción de su mitad (4).

22. Hemos dicho que la muger puede renunciar el derecho que tiene en la compañía, y haciéndolo no queda obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraido durante el matrimonio (5). Esta renuncia puede verificarse antes de contraer el matrimonio ó despues de disuelto por la muerte; mas si durante él pueda hacerse, son varias las opiniones. La mas comun, que defienden Covarrubias (6), Gomez (7) Gutierrez (8), Matienzo y otros, es que tambien puede hacerse entonces, porque ademas de que la ley habla generalmente, usa de las palabras *marido*,

(1) Molin. de Hispan. primog., lib. 2, cap. 10. — (2) Gutier., lib. 2, pract. quest. 121. — (3) L. 6, tit. 9, lib. 5 de la R. ó 6, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) L. 7, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 9, tit. y lib. cit. de la R. y de la N. — (6) Covarrub. de Matrim., part. 2, cap. 7, n. 44. — (7) Gomez en la ley 60 de Toro. — (8) Gutierrez, lib. 2, pract. quest. 126.

y *muger*, que solo se dicen con propiedad durante el matrimonio, como advierte Acevedo (1). Gregorio Lopez (2) y Molina (3) opinan por lo contrario, fundados en que están prohibidas las donaciones entre marido y muger; mas los que defienden la afirmativa dicen, que esta prohibicion no se entiende de aquellas donaciones por las que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario se haga mas rico, como lo expresa la ley (4), y que esto sucede en el caso, porque no siendo inamisible el dominio que adquiere la muger, sino revocable, como que depende de la enagenacion que puede hacer el marido, renunciarlo es mas bien no adquirir que dar. No obstante esta respuesta, las razones en que se apoya la negativa son tan fuertes, que puede decirse que ambas opiniones son igualmente probables; por lo que ofrecido el caso, lo mas prudente será resolverlo por la negativa, si por el exámen del hecho resultare que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenaza ó algun otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa si no hubo nada de esto.

23. En toda compañía para liquidar las ganancias, se deducen primero las cargas, ó deudas, y se reputan tales en la compañía legal la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio, y así deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado ó prometido, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió (5). Esta doctrina la extienden Acevedo, Matienzo y Covarrubias al caso en que muerto uno de los cónyuges hiciere la promesa el otro,

(1) Acevedo en la l. 9, tit. 9, lib. 3 de la R. — (2) Gregorio Lopez glos. 3 de la l. 3, tit. 11, P. 4. — (3) Molina De just. et. jur. disp. 435. — (4) L. 3, tit. 11, P. 4. — (5) L. 8, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 3, lib. 10 de la N.

estando los bienes pro indiviso, fundados en que estas son cargas de la compañía; mas Gómez (1) es de opinion contraria.

24. Los otros efectos civiles del matrimonio son: I. Que ninguna muger puede, sin licencia de su marido, renunciar ninguna herencia, ya le venga por testamento, ya por intestado, ni aceptarla, sino con beneficio de inventario (2). II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los celebrados, ni dar á nadie por libre de ellos, ni hacer cuasi contratos y entrar en juicio demandando ó defendiéndose, y si entrare por sí ó por procurador, nada valga de lo que hiciere (3). III. Que el marido pueda dar licencia á su muger para contratar, y hacer todo lo que sin ella no podia, y dándosela vale todo lo que en virtud de ella hiciere (4). Y si el marido no la diere, podrá compelerlo á ello el juez con conocimiento de causa legítima y necesaria; y si aun compelido no la diere, la dará el juez (5), que podrá darla igualmente con conocimiento de causa, estando el marido ausente, no esperándose de pronto su venida, ó habiendo peligro en la demora, y valdrá todo lo hecho por la licencia del juez, como si la hubiera dado el marido (6). IV. Que el marido pueda ratificar todo lo que su muger hubiese hecho sin su licencia ya en general, ya en particular (7). V. Que el marido que tenga 18 años de edad pueda administrar sus bienes, y los de su muger, si fuere menor, sin necesidad de habilitacion ó venia (8).

25. Con motivo de esta última declaracion mueven

(1) Gómez en la ley 33 de Toro. — (2) L. 1, t. 3, l. 3 de la R. 610, l. 20, l. 10 de la N. — (3) L. 2, t. 3, lib. 3 de la R. 611, tit. 1, lib. 10 de la N. — (4) L. 3, tit. 3, lib. 3 de la R. 612, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 4, tit. y lib. cit. de la R. 613, tit. y lib. cit. de la N. — (6) L. 6 del mismo ó 15 en la N. — (7) L. 5, tit. 3, lib. 3 de la R. 614, tit. 1, lib. 10 de la N. — (8) L. 14, tit. 1, lib. 3 de la R. 617, tit. 2, lib. 10 de la N.

los autores las cuestiones siguientes: I. Si los casados de 18 años conservarán hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion por entero en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos sin que intervenga el curador para pleitos. III. Si podrán enagenar sus bienes raíces sin decreto del juez. Vela (1) resuelve afirmativamente la primera, y negativamente las otras dos, fundado en una razon que las comprende á todas, y es, que habiéndose hecho la declaracion de que tratamos en favor de los casados, debe interpretarse en el sentido que les fuere mas útil; y por la misma prueba que el casado que entró en los 18 años, queda libre del curador que tenia antes (2).

26. En la misma ley en que se concede esta habilitacion al casado de 18 años, se establecen otros privilegios en favor de los recién casados, con la mira de promover los matrimonios. Tales son la exencion por cuatro años contados desde el dia del casamiento del servicio de cargas conegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros, y por dos años la de todas las contribuciones generales y municipales. Y en la misma se exime de las cargas públicas por toda su vida al que llegare á tener seis hijos varones vivos, conservando su privilegio aunque muera alguno de ellos despues.

(1) Vela, disert. 3, n. 2 y disert. 6, num. 43.

(2) Hemos omitido una de las cuestiones, sobre si el casado de diez y ocho años goza del privilegio de caso de corte, de que gozaban los menores, porque en el dia ninguno lo goza. Vase el num. 37 del tit. 2 del lib. 3. (R)

## TITULO V.

## DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS Y OTRAS DONACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER.

Tit. 11, P. 4, tit. 2, lib. 5 de la R. ó 3, lib. 10 de la N.

1. Qué es dote, y su división en adventicia y profecticia.
2. En estimada ó inestimada.
3. Del dominio de las cosas dotales, y modo de restituirlas cuando es estimada.
4. Cómo se hace la restitución cuando hubo pacto.
5. Y cuando se hizo en ganados ó cosas que se cuentan, pesan ó miden.
6. División de la dote en necesaria y voluntaria.
7. El abuelo y bisabuelo pueden ser apremiados á dotar á la nieta ó biznieta.
8. En qué casos puede ser apremiada la madre á dotar á la hija, y el tutor ó curador á su menor.
9. Tasa de las dotes, y que no se puede dar ni prometer tercio ni quinto por vía de dote.
10. Del dominio de los frutos de la dote, y cómo se han de partir.
11. De la enagenación de la dote.
12. Tiempo en que debe restituirse la dote por muerte de la muger, y casos en que no tiene lugar.
13. En el de divorcio ó malaversación del marido, la acción de la muger es hipotecaria.
14. De los bienes parafernales, su dominio, administración y privilegios.
15. La donación *propter nuptias* de que hablan las leyes de Partida, no está en uso.
16. De las donas: cuándo deben restituirse, y su tasa.
17. De las arras y su tasa.
18. Del dominio de las arras.
19. De la donación *propter nuptias* de que hablan las leyes de la Recopilación.
20. De las donaciones mutuas entre los cónyuges, y casos en que valen.

1. La dote según la ley (1) es: *el algo que da la muger al marido por razón del casamiento, esto es, una*

(1) L. 1, tit. 11, P. 4.

donación, ó á manera de tal que la muger, ú otro por ella da al marido para ayudarlo á sostener las cargas del matrimonio. La dote se reputa patrimonio propio de la muger, y puede darse y aumentarse antes ó despues de contraido el matrimonio. Se divide lo primero en adventicia que es, *la que da la muger por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre ó algun otro su pariente, que no sea de la línea derecha ó algun extraño*; y profecticia que es: *la que sale de los bienes del padre ó del abuelo, ó de los otros que suben por la línea derecha* (1), debiéndose entenderse esta línea, como explica Gregorio Lopez, de la varonil ó paterna. El efecto de esta división es que si el padre dió la dote, la lleva á colación la hija en la división de los bienes paternos, y en la de los maternos si la dió la madre. Mas si la dió un tercero, se hace por la restitución despues de disuelto el matrimonio, propia de la muger sin restriccion ó consideración alguna; si no es que el que la dió, pusiese algun pacto de reversion, que deberá guardarse (2).

2. La dote, por lo que mira á la obligación de restituirla, puede ser apreciada ó estimada, y se llama así cuando á la cosa que se da se le fija el precio, ó inestimada, cuando se señala simplemente la cosa en que se constituye; aunque á veces suele expresarse el precio y la dote sin embargo no es estimada; de modo que solo se reputa tal, cuando la designación del precio se hace en términos, que indica una verdadera venta de los bienes dotales entre la muger y el marido, que queda deudor solamente del valor ó estimación de la cosa: así es que si el precio se fija solamente con el fin de que se sepa el valor de la cosa, para cuando llegue el caso de la restitución, por si esta no pudiere hacerse en especie, su expresión no hace venta, y como este,

(1) L. 2, tit. 11, P. 4. — (2) L. 30 del mismo tit. y P.

señala otros Covarrubias (1) explicando cuando la estimacion hace ó no venta.

3. El dominio de las cosas dotales pasa al marido (2), quien llegado el caso de la restitucion deberá hacerla del precio, si la dote fue estimada, ó de las mismas cosas, si no lo fue, perteneciendo á la muger en este segundo caso el aumento ó deterioro que hayan tenido, y debiendo abonarse al marido los gastos erogados en las mejoras que hicieron mas productivas las cosas dotales, pero no en las voluntarias (3).

4. Algunas veces suele pactarse, que estimándose la dote, se haya de restituir la cosa ó su estimacion. Si el derecho de escoger se deja á la muger, y elige las cosas, será suyo el aumento ó detrimento que hayan tenido. Lo mismo debe decirse si al marido se dejó la facultad de elegir, y resolviere restituir las cosas (4), y tambien cuando á ninguno de los dos se dejó expresamente la eleccion, pues en este caso le corresponde al marido en opinion de Gregorio Lopez (5). Mas si siendo la eleccion de la muger escogiere la estimacion, ó siendo del marido no quisiere dar las cosas, el aumento ó deterioro seria de este. En materia de estimacion de dotes debe tenerse presente, que siempre que alguno de los cónyuges se sintiere agraviado por haber sido mas alta ó mas baja de lo que correspondia, puede pedir que se le resarza el perjuicio y deshaga el engaño sea cual fuere, á diferencia de las otras ventas en que solo hay este recurso cuando el perjuicio es en mas de la mitad del justo precio (6).

5. Si la dote consistió en ganados no apreciados, el aumento ó detrimento acaecido en ellos, seria de la muger, segun lo que dejamos dicho; pero si murieren algunas reses, deberá restituir el marido otras tantas,

(1) Covarrubias quest. pract., cap. 28. — (2) L. 7, tit. 11, P. 4. — (3) L. 32, tit. 7 P. cit. — (4) LL. 18 y 19, tit. 10, P. 4. — (5) Gregor. Lop. glos. 7 de la ley 18, tit. 10, P. 4. — (6) L. 16, tit. 11, P. 4.

nacidas de las que le dieron (1). Si lo que se dió en dote fuese de aquellas cosas que se pesan, cuentan ó miden, el marido deberá restituir una cantidad igual y de la misma cualidad (2).

6. Por lo que hace á las personas que dan la dote, esta se llama necesaria ó voluntaria. La primera es la que da el padre, el abuelo, ó bisabuelo paternos en su caso y lugar (3), ó cualquier otro que por haberla prometido puede ser apremiado á darla (4). Voluntaria es la que da la madre, ó algun otro por su voluntad (5). Es necesaria la que da el padre, porque reusando darla puede ser apremiado á ello, aun cuando la hija no sea pobre (6); sin que obste la razon de que no está obligado á dar alimentos á la hija rica, porque estos solo se dan para que subsista el que los recibe; mas la dote es para facilitar á la hija el matrimonio, y para ayuda de sus cargas.

7. Conforme al derecho de las Partidas (7) tambien pueden ser apremiados el abuelo y bisabuelo paternos á dotar á la nieta ó biznieta pobre que tuvieren en su poder; mas como esta circunstancia no puede tener lugar, ya porque el hijo sale de la patria potestad por el matrimonio celebrado con todas las solemnidades, segun dijimos en el tit 3 n. 10, juzga Gregorio Lopez (8) no ser necesario el requisito de estar en la potestad del abuelo ó bisabuelo para la obligacion de dotar á la nieta ó biznieta. De la misma opinion es Covarrubias (9), pues defiende, que el padre está obligado á dotar á la hija natural y aun á la espuria, aunque sin exceder los limites de lo que le puede dejar, y sobre estas es bien cierto que no tiene patria potestad. Por lo que es de creer, que el haberse puesto esa condicion en la ley de las Partidas

(1) L. 21 del mismo l. y P. — (2) L. 21, tit. 11, P. 4. — (3) L. 8, tit. y P. cit. — (4) L. 10, tit. y P. cit. — (5) L. 8 cit. — (6) D. l. 8. — (7) La misma. — (8) Greg. Lop. glos. 4 de la l. 8, tit. 11, P. 4. — (9) Covarrubias part. 2 de matrim., cap. 8 § 6, n. 13.

fue, porque quando ellas se dictaron siempre concurría á la obligacion, cuya causa es mas natural que civil, como asienta el mismo Covarrubias con todos los autores.

8. Por la razon contraria se llama voluntaria la dote que da la madre, pues no puede ser apremiada á ello (1); si no es en el caso de que sea herege, judia ó mora, y la hija cristiana. A mas de este señalan otro los autores, y es quando la madre es rica y el padre pobre, ó se ignora quien lo sea. Esta opinion es conforme á la equidad y á la utilidad publica, mas no hemos hallado ley que la apoye. Por una (2) está expresamente provenido, que el hombre que tenga en su poder ó guarda alguna joven con sus bienes, llegando á la edad nubil pueda ser apremiado á casarla y constituírle dote con proporción á su riqueza y á la calidad del sugeto con quien haya de casar.

9. Los padres no pueden dar en dote á sus hijas sino una cantidad determinada con proporción á sus bienes y caudal, y así la señalan las leyes (3); prohibiéndoseles expresamente que puedan mejorar, dar ni prometer á sus hijas por via de dote ni casamiento el tercio ó quinto de sus bienes, ni se entiendan mejoradas tácita ni expresamente por ninguna clase de contrato entre vivos (4).

10. Hemos dicho que el dominio de la dote pasa al

(1) LL. 8 y 9, tit. 11, P. 4. — (2) L. 9, tit. 11, P. 4. — (3) LL. 1 y 3, tit. 2, lib. 3 de la R. ó 6 y 7, tit. 3, lib. 10 de la N. Los términos en que la ley 1 ó 6 citadas señalan la tasa de la dote son los siguientes: que el que tiene doscientos mil maravedis hasta quinientos mil de renta, puede dar á cada hija un cuento de maravedis: el que pasa de los quinientos mil y llega á un millon y cuatrocientos mil maravedis, cuento y medio: el que tiene cuento y medio de renta, la de un año, y si mas tiene, no debe exceder de doce cuentos, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso.

(4) L. 1, tit. 2, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 8, lib. 10 de la N.

marido, verificado el matrimonio y la entrega de aquella, y en consecuencia le pertenecen todos los frutos, sin distinción de estimada ó inestimada (1); mas si percibiére algunos antes del matrimonio se reputarán como aumento de la dote, y deberá restituirlos con ella, porque estos no pudo invertirlos en sostener las cargas del matrimonio, que aun no existia, y que es la causa de la dote (2); debiéndose reputar como frutos las crias de los ganados. Mas los del año en que se disuelve el matrimonio se partirán de modo que se aplique al marido una parte proporcional al tiempo que en aquel año duró el matrimonio, y á la muger ó sus herederos el resto, sin distinción de que estén ó no percibidos (3); y debiendo tenerse presente que estas doctrinas sobre pertenencia de frutos durante el matrimonio, no contradicen las que hemos asentado en el número 20 del título anterior sobre bienes gananciales.

11. El marido puede enagenar á su gusto la dote estimada, pues la hizo suya por título de compra, quedando en la obligacion de restituir su precio; mas no sucede lo mismo con la inestimada, que debe restituir en su misma especie (4). Por costumbre está establecido, que si la muger enagena ó obliga con licencia de su marido (pues de otro modo no puede hacerlo) los bienes de la dote inestimada, se rescindan las enagenaciones ó obligaciones en todo lo que excedan de la mitad de la dote, para que no quede indotada, y para computarla se atiende al tiempo en que se hizo la enagenacion, como prueban Larrea (5), Salgado (6) y Castro (7); aunque esta costumbre no se observa quando la muger jura que es su voluntad que valgan

(1) L. 23, tit. 11, P. 4. — (2) LL. 18 y 28, tit. 11, P. 4. — (3) L. 26, tit. 11, P. 4. — (4) L. 7 del mismo tit. y P. — (5) Larrea alegac. 28. — (6) Salgado, Laberinto part. 2, cap. 4. — (7) Castro. Discursos criticos sobre las leyes, lib. 4, discurs. 6, ejemp. 3.

las enagenaciones, como puede verse en Gutierrez (1) y en Larrea (2), siendo muy digna de remediarse esta fuerza que se da al juramento confirmatorio contra disposiciones muy benéficas del derecho, así escrito como no escrito.

12. Disuelto el matrimonio por la muerte de cualquiera de los cónyuges, debe restituirse la dote á la muger, ó sus herederos inmediatamente si consistia en bienes raíces, ó dentro de un año si eran muebles (3); mas hay tres casos (4) en los cuales cesa esta obligación. I. Si pactaron los cónyuges, que muerto uno de ellos sin hijos, quedase al otro la dote ó donacion hecha por el marido á la muger. II. Si la muger cometiese adulterio. III. Si fuere costumbre antigua en el lugar, que por muerte de la muger quede al viudo, no habiendo hijos; pues habiéndolos en todos los casos pertenece á ellos la propiedad, y el usufructo al padre ó madre, mientras viviere; debiendo advertirse que segun la ley el derecho de no restituir en los casos I y III es reciproco, esto es, ni el marido debe restituir la dote, ni la muger la donacion; pero no así en el II, en el que solo se habla del adulterio de la muger, aunque Gregorio Lopez (5) opina, que lo mismo seria si lo cometiese el marido. Fuera de estos casos, si la muger muere sin hijos, pero dejando padres, pasa á estos la dote, como herederos forzosos de ella.

13. Debe restituirse tambien la dote en el caso de divorcio (6), pues cesa igualmente en él la razon por que la disfruta el marido, que es sostener las cargas del matrimonio (7); y á mas de este hay otro expreso en la ley (8), y es cuando la muger ve que su marido empobrece culpablemente, y teme que la malgaste la

(1) Gutierrez de juram. confirm., cap. 1. — (2) Larrea alegac. 36, n. 26. — (3) L. 31, tit. 11, P. 4. — (4) L. 23 del mismo. — (5) Gregorio Lopez glos. 1 de la ley 23, tit. 11, P. 4. — (6) LL. 26 y 31, tit. 11, P. 4. — (7) L. 7 del mismo tit. y P. — (8) L. 29 del mismo.

dote, pues entonces puede pedir en juicio que se la restituya, ó que la ponga en depósito de persona segura, que la administre y recoja los frutos para mantener á los cónyuges, ó que dé fianza de que no la enagenará; aunque Gregorio Lopez advierte (1) que si el marido es evidentemente dilapidador ó pródigo, ni dando fianza se le debe dejar la administracion de la dote. Mas este recurso de la muger no tiene lugar segun la misma ley, cuando el marido siendo de buena conducta y cuidado en la administracion llega á empobrecer. La accion de la muger por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria, porque estos tienen hipoteca tácita y legal á favor de aquella (2).

14. Ademas de la dote tienen á veces las mugeres otros bienes que llaman parafernales, ó extradotales, y son los que la muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó que recaen en ella por algun titulo lucrativo despues de casada (3); y en estos tendrá tambien dominio el marido, y le pertenecerán sus frutos, si la muger se los diere con esta intencion y no de otra suerte, y para la administracion de ellos es para los que hemos dicho que habilita la ley al marido que ha entrado en los 18 años, sin necesidad de dispensa (4). Si consta la entrega de estos bienes al marido, aunque no gozan de la preferencia que los dotales en su pago, gozan del de tácita hipoteca, porque sin necesidad de constituirla expresamente, están sujetos todos los del marido á su responsabilidad y restitucion (5).

15. Hemos explicado hasta aquí lo que el marido recibe por cuenta de la muger: signese ahora explicar lo que esta recibe por cuenta de aquel. Las leyes de las Partidas establecen la *donacion propter nuptias* de

(1) Greg. Lop. glos. 4 de la ley 29, tit. 11, P. 4. — (2) LL. 17 y 23 del mismo tit. y P. — (3) L. 17 del mismo. — (4) Tit. 4, lib. 1, n. 24. — (5) L. 17, tit. 11, P. 4.

los romanos, á la que dan el nombre de *arras*, diciendo que es (1) *la donacion que hace el marido á la muger por razon de casamiento*, y estableciendo que debia ser igual á la dote que trajese la muger. Pero Antonio Gomez observa muy bien (2), que ni están en uso estas *donaciones propter nuptias*, cuyo nombre se aplica en muy distinto sentido en la Recopilacion, y que se distinguen mucho de lo que ahora se llama *arras*.

16. Establecido pues el no uso de la donacion *propter nuptias* en el sentido en que hablan de ella las leyes de las Partidas, quedan solo dos especies de donaciones que suelen hacer los maridos á sus mugeres al tiempo ó antes de contraer el matrimonio. La primera es igual á la que los romanos llamaban *sponsalitia largitas*, y es lo que el esposo da antes de celebrarse el casamiento á la esposa para su adorno, como alhajas y vestidos preciosos, á lo que llaman vulgarmente *donas*. Aunque se dan simple y francamente sin expresar condicion, la llevan tácita; de modo que si deja de celebrarse el matrimonio por culpa de quien recibió la donacion, debe restituirla, y lo mismo si fue por casualidad ó accidente, aunque en este caso, si intervino ósculo, solo deberá restituir la esposa la mitad, y si ella hizo alguna donacion, la recobra íntegra (3). Las leyes (4) han fijado la tasa de estos obsequios, que no pueden exceder del valor de la octava parte de la dote, aplicando al fisco el exceso, y para mejor contenerlos se repitió la prohibicion (5), y se mandó, que los mercaderes, plateros, longistas ó cualquiera clase de tratantes, no pudiera ni por sí ni por interposicion de otra persona demandar, ni repetir en juicio las mercaderías y géne-

(1) L. 1, tit. y P. cit. — (2) Gomez en la ley 30 de Toro, nn. 11 y 12. — (3) L. 3, tit. 11, P. 4, y l. 4, tit. 2, lib. 3 de la R. 63, tit. 3, lib. 10 de la N. — (4) LL. 1 y 3, tit. 2, lib. 3 de la R. 66 y 7, tit. 3, lib. 10 de la N. — (5) Auto acordado 4, tit. 12, lib. 7 de la R., cap. 23.

ros que dieren al fiado para bodas á cualesquiera personas de cualquier estado, calidad y condicion que sean (1), y á las justicias ordinarias se les declaró la jurisdiccion privativa para conocer de los casos que ocurrieren para el castigo y ejecucion de las penas, á los contraventores (2).

17. La segunda especie de donacion que por causa del matrimonio hace el marido á la muger, es la que se llama *arras*; y es *donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, segun la define Antonio Gomez (3), quien con Covarrubias (4) enseña, que puede hacerse aun despues de efectuado el matrimonio. El valor de las arras no puede exceder de la octava parte de los bienes del marido (5), á quien se prohíbe la facultad de renunciar esta taxativa que es en su favor, imponiéndose la pena de la privacion de oficio al escribano que autorice el contrato en que intervenga tal renuncia. Mas debe advertirse que el cómputo de los bienes del marido no ha de ser solo con respecto á los que tenga al tiempo de constituir las arras, sino tambien á los que adquiriere despues, conforme á la ley (6) del Fuero Real, de que trae origen esta tasacion.

18. El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á su heredero, aun sobreviviendo el marido (7). Pero si se le hizo la donacion que hemos llamado *sponsalitia largitas*, y explicamos en el número 16, y se le prometieron arras, entonces solamente tendrá ella ó sus herederos derecho á escoger lo que se le dió, ó las arras dentro de veinte

(1) El mismo, cap. 26. — (2) El mismo, cap. 27. — (3) Antonio Gomez en la ley 30 de Toro, n. 12. — (4) Covarrubias, part. 2 de matrim., cap. 3, § 7, n. 14. — (5) L. 2, tit. 2, lib. 3 de la R. 61, tit. 3, lib. 10 de la N. — (6) Fuero Real, lib. 3, tit. 2, l. 2. — (7) L. 3, tit. 2, lib. 3 de la R. 62, tit. 3, lib. 10 de la N.

dias contados desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, pasa el derecho de hacerla al marido ó sus herederos.

19. Estas son las donaciones que nuestro derecho autoriza de parte del esposo á la esposa. Hay otra que indicamos en el número 13 que es del padre al hijo varon, y es la que se llama en el dia por la ley (1) *propter nuptias*, enteramente distintas, como se ve, de la que se reconoce con este nombre en las Partidas que imitaban al derecho romano; pues se hace al hijo para que pueda con mas facilidad contraer matrimonio, y llevar sus cargas con honor y comodidad.

20. Despues de contraido el matrimonio suelen intervenir donaciones mutuas entre los cónyuges que se hacen, no por razon de casamiento, sino por el afecto que regularmente se profesan. Estas están generalmente prohibidas y son de ningun valor las que se hicieron (2); entendiéndose la prohibicion de aquellas, que hacen mas rico al donatario y mas pobre al donante; de manera, que faltando una de estas circunstancias valdria la donacion conforme al derecho romano (3), como si se dejara una herencia al marido, substituyéndole á su muger, y el marido renunciara su institucion sin haber entrado en la herencia; en cuyo caso tendria valor la substitucion, porque aunque la renuncia hacia mas rica á la muger, no hacia mas pobre al marido. Del mismo modo valdria la donacion de cosa agena, porque pudiendo servir al donatario para usucapirla ó adquirirla por el transcurso del tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Lo mismo debe decirse si la donacion hace mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para

(1) LL. 9, tit. 6 y 3, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 9, tit. 6 y 3, tit. 3, lib. 10 de la N. — (2) L. 4, tit. 11, P. 4. — (3) L. 5, § 26 de donat. int. vir. et. uxor.

que hiciese sepulcro, ó construyese una Iglesia ó cosa semejante, en cuyo caso concurre ademas para el valor, la razon de que cede en honor de Dios (1). Valdrá tambien, si el que hizo la donacion muere antes que el que la recibe, sin haberla revocado; mas no, si no muere antes ó la revoca de palabra, ó por hechos, vendiendo ó enagenando de otro modo las cosas que habia donado (2).

## TITULO VI.

## DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO Ó ADOPCION.

Titulos 7 y 13, P. 4.

- |  |  |
|--|--|
| 1. De la legitimacion y modos de hacerla.              | 6. Qué es adopcion y sus especies.                         |
| 2. Del primer modo, que es el subsiguiente matrimonio. | 7. De la arrogacion, cómo y en quiénes puede hacerse.      |
| 3. Del segundo modo por rescripto del príncipe.        | 8. De la adopcion en especie, y por quiénes puede hacerse. |
| 4. Del tercero que es el ofrecimiento á la curia.      | 9. De los efectos de la adopcion.                          |
| 5. De la legitimacion de los expósitos.                |  |

1. La causa natural de la patria potestad es el matrimonio, de que hablamos en el tit. 4; las civiles son dos, á saber: la legitimacion y la adopcion, de las que vamos á hablar. La legitimacion es: *un acto por el cual se hacen legitimos los hijos que antes no lo eran*. Las leyes de las Partidas (3) imitando al derecho romano señalan cuatro modos de legitimando á los hijos, y son: el subsiguiente matrimonio, el ofrecimiento, ú oblation del hijo á la curia, el rescripto del Príncipe, y la declaracion del padre hecha en testamento, ú otro

(1) LL. 5 y 6, tit. 11, P. 4. — (2) L. 4, del tit. y P. cit. — (3) LL. 4 y siguientes tit. 13, P. 4.

instrumento firmado por tres testigos; mas respecto de este, dice Gregorio Lopez (1) lo mismo que los intérpretes del derecho romano, que es mas bien un modo de probar la legitimidad, que legitimacion, y el segundo no está en uso.

2. Segun esto no quedan mas que dos modos de legitimar. El primero es el subsiguiente matrimonio, y tiene lugar cuando el padre que ha tenido hijos de alguna barragana ó muger soltera se casa con ella (2); sobre lo cual se disputa, si basta que la muger sea soltera, ó se necesita que el hombre la haya tenido consigo en su casa, lo que en opinion de Gregorio Lopez (3) no es necesario. Pero sí lo es que el padre fuese soltero cuando tuvo los hijos de la barragana; pues si era casado, aun cuando muerta su muger case con aquella, no se legitiman los hijos, segun la expresa disposicion de la ley (4) que da por razon: *que los tales hijos fueron hecho en adulterio*; lo que en cierto modo apoya la opinion que hemos dicho de Gregorio Lopez.

3. El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe, y de este se explica la ley (5) en estos términos: *piden merced los omes á los emperadores, y á los reyes, en cuyo señorío viven, que les haga á sus hijos que han de barraganas, legítimos. E si cabe su ruego se los legitiman, son dende en adelante legítimos*. Esta legitimacion se concede tambien á pedimento de los mismos hijos naturales, que funden su súplica en que su padre, que no tenia otros hijos legítimos, indicase esta solicitud en el testamento (6). Y de la palabra *naturales* de que usa la ley, infiere Gregorio Lopez (7) que esta legitimacion no se concede á los espurios, ni vale,

(1) Greg. Lop. glos. 7 de la ley 7, tit. 13, P. 4. — (2) L. 1, tit. 13, P. 4. — (3) Greg. Lop. glos. 8 de la ley 1, tit. 13, P. 4. — (4) L. 2, tit. 13, P. 4. — (5) L. 4, tit. 13, P. 4. — (6) L. 6, tit. 13, P. 4. — (7) Greg. Lop. glos. 1 y 2 de esta ley.

si hay hijos legítimos, si no es que se exprese así, debiendo entenderse estas declaraciones de legitimidad solo para los efectos civiles, pues para los canónicos es necesaria la del Papa, segun lo expresa la ley (1). Y hecha la legitimacion de cualquiera de los dos modos el hijo entra en la patria potestad, y esta surte todos sus efectos. En cuanto al derecho de suceder á sus padres hablaremos como en lugar mas oportuno, cuando tratemos de los testamentos y de las sucesiones por intestado. Entre nosotros la facultad de legitimar es peculiar de los congresos, que lo hacen por medio de decretos, y la restriccion que pone Gregorio Lopez en orden á los espurios, subsistirá en donde se quiera obsequiarla, pues esta determinacion, ó mas bien interpretacion, no puede limitar las facultades del legislador, y en efecto, en alguno de los estados de la federacion se han declarado á los hijos nacidos fuera de matrimonio los mismos derechos que á los que nacieron de él.

4. Aunque el modo de legitimar por ofrecimiento del hijo á la curia, hemos dicho que no está en uso, creemos sin embargo conveniente indicar brevemente lo que sobre él disponen las leyes. El ofrecimiento puede hacerse, ó por el padre llevando al hijo natural á la córte, ó al concejo ó ayuntamiento de la ciudad y entregándolo de su propia voluntad al servicio público, y diciendo ser su hijo habido en tal muger soltera que debe nombrar, y si el hijo se conviene y acepta la entrega de su padre, queda legitimado (2); ó por el mismo hijo presentándose espontáneamente, diciendo quien es su padre, y en este caso les concede la ley (3) el derecho de heredarlos por intestado, si no hay otros hijos, pues habiéndolos no se legitiman.

(1) L. 4, tit. y P. cit. — (2) L. 3, tit. 13, P. 4. — (3) L. 8 del mismo tit. y P.

5. Antes de concluir este punto debemos dar idea de otro modo de legitimarse los hijos por ministerio de la ley, introducido por derecho novísimo. Tal es el que envuelve la declaracion de 5 de enero inserta en la cédula de 23 del mismo de 1794 (1), por la que se manda que los expósitos sin padres conocidos se tengan por legítimos para todos los oficios civiles, sin que sirva de nota la cualidad de tales, y sin mas restriccion que la observancia de las constituciones de los colegios ó fundaciones piadosas, que exijan para la admision de sus individuos que sean hijos de legítimo y verdadero matrimonio.

6. La adopcion que las leyes de Partida llaman *porfijamiento*, es: *una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente* (2). Se distinguen dos especies, como en el derecho romano, una que llaman *arrogacion*, y la otra á la que se da desnudamente el nombre del género *adopcion*.

7. La *arrogacion* dice la ley (3) que es: *porfijamiento de ome que es por si, et non ha padre carnal; é si lo ha es salido de su poder, é cae nuevamente en poder de aquel que lo porfija; ó mas breve: Adopcion de hombres que no están en la patria potestad de otros.* Conforme á las leyes de Partida se hacia la *arrogacion* compareciendo el arrogante y el arrogado ante el rey, que examinaba la disposicion de ambos y prestaba su otorgamiento. En la república creemos que esto deberá verificarse por el presidente respecto de los vecinos del distrito y territorios, y respecto de los de los estados por sus gobernadores, que son los que ejercen el supremo poder ejecutivo, en ejercicio del cual prestaban los reyes ese otorgamiento, que no envuelve sin duda acto alguno legislativo ni judicial. Para la arro-

(1) L. 4, tit. 37, lib. 7 de la N. — (2) L. 1, tit. 16, P. 4. — (3) L. 7, tit. y P. cit.

gacion es necesario el consentimiento expreso del que va á ser arrogado, y por esto no pueden serlo los infantes ó menores de siete años (1); pero se permite que puedan serlo los que no han llegado á catorce, siempre que del examen de las circunstancias que fija la ley (2) para estas *arrogaciones*, resulte serle útil al menor. Las circunstancias que deben examinarse son las siguientes: la calidad del hombre que pretende arrogar, si es rico, si es pariente, si tiene hijos ó está en edad de tenerlos, su vida, su fama, y la riqueza que tenga el arrogado, para inferir cual pueda ser la intencion del arrogante. Debe ademas antes de prestarse el otorgamiento á estas *arrogaciones*, darse caucion autorizada por escribano público á favor de los bienes del menor, y de que si este muriere antes de los catorce años, se entregarán todos á aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados como si no hubiese sido arrogado; y si se omitiere la autorizacion en la caucion, quede el arrogante obligado en los mismos términos que si se hubiera puesto (3). Está tambien prevenido (4), que si el arrogador emancipa sin razon á su arrogado, ó le deshereda, esté obligado á devolverle todo lo que trajo á su poder con las ganancias habidas despues, deducido el usufructo de los bienes por el tiempo que duró la *arrogacion*, y ademas la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

8. La *adopcion* en especie es: *Porfijamiento de ome que ha padre carnal, é es en su poder.* Para esta basta el otorgamiento de cualquiera juez (5) y el consentimiento tácito del adoptando (6). Puede adoptar todo hombre libre que no esté en poder de su padre; con tal que exceda al que quiere adoptar en diez y ocho años

(1) L. 4, tit. 16, P. 4. — (2) L. 4 cit. — (3) L. 4, tit. 16, P. 4. — (4) L. 8, tit. y P. cit. — (5) L. 7, tit. 16, P. 4. — (6) L. 1 del mismo.

de edad y pueda tener hijos naturalmente (1), esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su naturaleza; de modo que si lo tiene por enfermedad, fuereza ó daño, puede adoptar (2). Las mugeres no pueden, si no es en el caso de haber perdido algun hijo en batalla en servicio de la causa pública, y con otorgamiento del sumo imperante, y no de otra manera (3). Con la misma restriccion puede adoptar el que fue tutor al que fue su pupilo, si ya tiene veinte y cinco años, y de ninguna manera antes (4). Tampoco puede adoptarse por ninguno al liberto ageno (5).

9. La adopcion produce la patria potestad (6); en la arrogacion, siempre, y en la adopcion en especie cuando el adoptante es ascendiente del adoptado (7), mas no si no lo es (8), explicándose por estas leyes que son posteriores, el concepto de una anterior (9) que niega este efecto á la adopcion en especie. Si en el caso de ser el padre adoptivo ascendiente emancipare á su adoptado, volverá este al poder de su padre natural (10). Los adoptados por muger no entran en patria potestad de que estas son incapaces. Es tambien efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el tit. 4, núm. 12, y lo es igualmente el derecho de sucederse mutuamente en los términos que explicaremos al tratar de las sucesiones intestadas.

(1) L. 2 del mismo. — (2) L. 3 del mismo. — (3) L. 2 del mismo. — (4) L. 6, tit. 16, P. 4. — (5) L. 3 del mismo. — (6) L. 7, tit. 7, P. 4. — (7) L. 10, tit. 16, P. 4. — (8) L. 9, del mismo tit. y P. — (9) L. 7, tit. 7, P. 4. — (10) L. 10, tit. 16, P. 4.

## TITULO VII.

## DE LA TUTELA Y CURADURIA.

1. En las Partidas se llama indistintamente *guarda* á la tutela y curaduria, y *guardador* al tutor y curador.
2. Qué es tutela.
3. De sus especies, y primero de la testamentaria.
4. Cuándo y con qué fuerza puede la madre dar tutor testamentario.
5. Cómo subsiste el que da el padre á su hijo natural.
6. Cómo pueden nombrarse.
7. De la tutela legítima, cuándo y á quiénes corresponde.
8. De la tutela *patronorum*.
9. De la tutela dativa.
10. Qué juez debe nombrar al tutor dativo.
11. Quiénes no pueden ser tutores.
12. Causas por que se acaba la tutela.
13. Obligaciones de los tutores.
14. De afianzar comprende á los testamentarios, y aun á la madre y abuela.
15. Oficios del tutor para con la persona del pupilo, y dónde debe vivir.
16. Con respecto á los bienes debe demandar ó defender los de su pupilo.
17. Procurar su conservacion y aumento.
18. No puede empeñar ni enagenar sin decreto del juez los raices y muebles preciosos.
19. Pero si los demas, aunque él no puede comprarlos.
20. Debe dar cuentas fenecida la tutela, y sus bienes están hipotecados á las resultas.
21. Tiene derecho á que se le abone lo legítimamente gastado, y la décima de los frutos de los bienes del pupilo.
22. Qué es curaduria, y á quiénes debe darse curador.
23. El curador es siempre dativo: sus obligaciones, oficios y modos con que se acaba su encargo.
24. Nadie puede excusarse sin causa, de ser tutor ó curador.
25. Las causas pueden ser voluntarias ó necesarias. Las voluntarias son 1.º por privilegio.
26. 2.º Por impetencia.
27. 3.º Por peligro de la fama.
28. De las causas ó excusas necesarias.
29. Equivocacion de Asso y De Manuel.
30. Tiempo en que debe alegarse y decidirse la excusa.

de edad y pueda tener hijos naturalmente (1), esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su naturaleza; de modo que si lo tiene por enfermedad, fuereza ó daño, puede adoptar (2). Las mugeres no pueden, si no es en el caso de haber perdido algun hijo en batalla en servicio de la causa pública, y con otorgamiento del sumo imperante, y no de otra manera (3). Con la misma restriccion puede adoptar el que fue tutor al que fue su pupilo, si ya tiene veinte y cinco años, y de ninguna manera antes (4). Tampoco puede adoptarse por ninguno al liberto ageno (5).

9. La adopcion produce la patria potestad (6); en la arrogacion, siempre, y en la adopcion en especie cuando el adoptante es ascendiente del adoptado (7), mas no si no lo es (8), explicándose por estas leyes que son posteriores, el concepto de una anterior (9) que niega este efecto á la adopcion en especie. Si en el caso de ser el padre adoptivo ascendiente emancipare á su adoptado, volverá este al poder de su padre natural (10). Los adoptados por muger no entran en patria potestad de que estas son incapaces. Es tambien efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el tit. 4, núm. 12, y lo es igualmente el derecho de sucederse mutuamente en los términos que explicaremos al tratar de las sucesiones intestadas.

(1) L. 2 del mismo. — (2) L. 3 del mismo. — (3) L. 2 del mismo. — (4) L. 6, tit. 16, P. 4. — (5) L. 3 del mismo. — (6) L. 7, tit. 7, P. 4. — (7) L. 10, tit. 16, P. 4. — (8) L. 9, del mismo tit. y P. — (9) L. 7, tit. 7, P. 4. — (10) L. 10, tit. 16, P. 4.

## TITULO VII.

## DE LA TUTELA Y CURADURIA.

1. En las Partidas se llama indistintamente *guarda* á la tutela y curaduria, y *guardador* al tutor y curador.
2. Qué es tutela.
3. De sus especies, y primero de la testamentaria.
4. Cuándo y con qué fuerza puede la madre dar tutor testamentario.
5. Cómo subsiste el que da el padre á su hijo natural.
6. Cómo pueden nombrarse.
7. De la tutela legítima, cuándo y á quiénes corresponde.
8. De la tutela *patronorum*.
9. De la tutela dativa.
10. Qué vez debe nombrar al tutor dativo.
11. Quiénes no pueden ser tutores.
12. Causas por que se acaba la tutela.
13. Obligaciones de los tutores.
14. De afianzar comprende á los testamentarios, y aun á la madre y abuela.
15. Oficios del tutor para con la persona del pupilo, y dónde debe vivir.
16. Con respecto á los bienes debe demandar ó defender los de su pupilo.
17. Procurar su conservacion y aumento.
18. No puede empeñar ni enagenar sin decreto del juez los raices y muebles preciosos.
19. Pero si los demas, aunque él no puede comprarlos.
20. Debe dar cuentas fenecida la tutela, y sus bienes están hipotecados á las resultas.
21. Tiene derecho á que se le abone lo legítimamente gastado, y la décima de los frutos de los bienes del pupilo.
22. Qué es curaduria, y á quiénes debe darse curador.
23. El curador es siempre dativo: sus obligaciones, oficios y modos con que se acaba su encargo.
24. Nadie puede excusarse sin causa, de ser tutor ó curador.
25. Las causas pueden ser voluntarias ó necesarias. Las voluntarias son 1.º por privilegio.
26. 2.º Por impetencia.
27. 3.º Por peligro de la fama.
28. De las causas ó excusas necesarias.
29. Equivocacion de Asso y De Manuel.
30. Tiempo en que debe alegarse y decidirse la excusa.

32. Del tutor ó curador sospechoso. 34. Qué debe hacerse puesta la acusacion, y cuándo cesa.
33. Quiénes y ante quién pueden acusarlo.

1. Algunas veces los hombres libres que no están en la patria potestad, tienen sin embargo dependencia de otros, por carecer ellos de la edad que han fijado las leyes para que el hombre pueda obrar por sí solo. Esta dependencia es la que se llama *tutela y curaduría*, de donde se derivan *tutor y curador*, que es lo que el derecho de las Partidas designa con las palabras de *guarda y guardador*, pues las otras no se encuentran en ellas, sino alguna vez con relacion al idioma latino; distinguiéndose por las frases que añaden cuando hablan de tutela y tutor, y cuando de curaduría y curador.

2. La tutela se define por la ley (1): *guarda que es dada al huérfano libre, menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce*. De la palabra *libre* infiere Gregorio Lopez (2) que no puede estar bajo tutela el esclavo, ni el que está bajo la patria potestad. El tutor debe darse al menor que no ha llegado á la edad que expresa la definición, aunque él no lo quiera, y se da para que cuide primeramente de su persona, y por consecuencia de sus bienes; por esto no se puede dar para una sola cosa ó pleito, si no es en el caso de que se moviese al menor pleito de servidumbre, para el cual se le nombraría tutor que defendiese su persona y bienes (3).

3. La tutela es de tres maneras, á saber: testamentaria, legitima y dativa. Testamentaria es: *la que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder* (4), y aunque la ley de Partida concede esta facultad de nombrar tutor al abuelo respecto del nieto,

(1) L. 1, tit. 16, P. 6. — (2) Greg. Lop. glos. 1 de d. 1. — (3) L. 1 cit. — (4) LL. 2 y 3, tit. 16, P. 6.

no tiene lugar por no estar en su potestad, supuesta la emancipacion que causa el matrimonio, segun la ley de la Recopilacion. El padre puede dar tutor no solo al hijo nacido, sino tambien al que está por nacer (1), que suelen llamarse *póstumos*, y se reputan nacidos para todo lo que puede serles provechoso, pero no para lo que les perjudique (2).

4. La madre si hace testamento dejando por herederos á sus hijos, que no tengan padre, puede darles tutor en él (3); pero este no puede desempeñar su encargo sin ser confirmado antes por el juez, que debe prestar su otorgamiento (que es lo que se llama discernir el cargo), si no es que tenga impedimento legal para ello el nombrado. En este caso requería el derecho romano la inquisicion y examen de las circunstancias del tutor; y no exigiéndose por nuestras leyes, opina Gregorio Lopez (4) que mueve la cuestion, que si el menor no tiene mas bienes que los que le dejó la madre, no será necesario el examen de las circunstancias del tutor; pero sí, si tiene otros. Si la madre no instituye heredero al hijo, aunque le deje sus bienes por otro título, podrá el juez confirmar ó no al tutor que ella nombre, y solo valdrá confirmándose. Este requisito de la confirmacion se exige respecto de todo tutor nombrado por la madre, por carecer ella de la patria potestad (5).

5. Es igualmente necesaria la confirmacion del juez para el tutor nombrado por el padre á su hijo natural á quien instituya por heredero, ó por cualquier hombre á un extraño, si lo hace su heredero, y solo subsiste el nombramiento si se confirma (6).

6. Los tutores testamentarios pueden ser nombrados pura ó simplemente, para dia cierto, ó bajo de condicion, segun fuere la voluntad del testador (7),

(1) L. 3 cit. — (2) L. 3, tit. 23, P. 4. — (3) L. 6, tit. 16, P. 6. — (4) Greg. Lop. glos. 2 de la ley 16, tit. 16, P. 6. — (5) L. 3, t. y P. cit. — (6) L. 8, del mismo tit. y P. — (7) L. 8, tit. 16, P. 6.

quien debe nombrarlo de manera que pueda saberse ciertamente quien es; de modo que si nombrase á uno, y hubiese dos del mismo nombre, no pudiendo saberse ciertamente cual de ellos habia sido su intencion que lo fuese, ninguno lo seria (1).

7. En defecto de la tutela testamentaria entra la legitima, que es la que compete por beneficio de la ley sin intervencion de persona alguna. Como es regla general que habiendo tutor testamentario no se admiten los legitimos, si un padre muere sin haber hecho testamento, ó habiéndolo hecho sin nombrar tutor en él, ó habiéndolo nombrado, muriese este antes que el testador, seria tutor legitimo de sus hijos: primeramente la madre, no queriendo esta la abuela, y en defecto de ambas el pariente mas cercano, y habiendo muchos, lo serian todos (2); aunque en este caso para evitar disturbios, deben elegir entre sí quien ejerza la tutela, y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idoneo, y de mayor seguridad, y este será el tutor en efecto, y los demas, honorarios (3). Este llamamiento de los parientes á la tutela aunque segun el derecho romano, solo correspondia á los parientes por agnacion ó agnados, nombre que se da á los que lo son por parte del padre sin mezcla de muger, por lo que conservan el apellido, y no á los cognados, como se llama á los que son parientes por parte de madre ó con interposicion de alguna muger, segun el nuestro corresponde á unos y á otros, asi porque la ley (4) los llama indistintamente bajo el nombre de parientes, que los comprende á todos, como porque se funda en el axioma tomado de otra (5) que dice: *adonde corresponde el provecho de la herencia, allí debe ir la carga de la tutela*, y tiene tam-

(1) L. 7, vers. *Otrosi*, tit. y P. cit. — (2) L. 9, tit. y P. cit. — (3) L. 11, del tit. 16, P. 6. — (4) L. 9 del mismo. — (5) L. 10 del mismo.

bien lugar, segun advierte Gregorio Lopez (1), cuando muere el tutor testamentario despues del padre, y el hijo no ha dejado de ser pupilo.

8. Es especie de tutela legitima la que los romanos llamaron *tutela patronorum*, y que se halla establecida por la ley (2) que previene que el señor ó patrono sea tutor del esclavo que libertó, siendo menor de catorce años, como igualmente la del padre respecto del hijo emancipado antes de la pubertad, y la fiduciaria que ejercia el hermano mayor de veinticinco, respecto de su hermano emancipado menor de catorce, y despues de muerto el padre; mas ninguna de las tres puede tener fácilmente caso por la abolicion de la esclavitud, y por la dificultad de emancipar á los hijos antes de la pubertad.

9. A falta de la tutela testamentaria y legitima sigue la dativa, llamada asi porque no se da en testamento ni por ley, sino por el juez. Ocurriendo esta falta, la madre y los parientes del pupilo, que deberian heredarlo si muriese sin testamento, deben pedir al juez le nombre tutor que sea abonado, y entienda que la tutela no es en su beneficio, sino en el del pupilo; y no pidiéndolo, pierden el derecho que tenian á heredarlo por intestado; pudiendo pedirlo entonces los amigos del pupilo ó cualquiera del pueblo; y si ninguno lo pidiere podrá darlo el juez de oficio (3).

10. Este nombramiento puede hacerse por el juez del domicilio del pupilo, ó por el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de los bienes, esté ó no presente el pupilo, y aun cuando lo contradiga (4). Si todos nombraren, en opinion de Gregorio Lopez (5), deberá subsistir el que fue nombrado primero, y si to-

(1) Greg. Lop. glos. 1 de la l. 9. — (2) L. 10, tit. 16, P. 6. — (3) L. 12, tit. 16, P. 6, y en ella Greg. Lop., n. 7. — (4) L. 2, tit. y P. cit. — (5) Greg. Lop. glos. 13 de la l. 12.

dos lo fueron á un tiempo, el del lugar del nacimiento. Aunque parece bien fundada su opinion en cuanto á la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le debe dar otro; no así en cuanto á la segunda, pues creemos deberá preferirse el nombrado por el juez del domicilio; así porque con este orden están escritos en la ley (1), como porque dándose el tutor para que cuide principalmente de la persona del pupilo, ninguno puede estar en mejor disposicion para nombrarle una persona acomodada á sus circunstancias que el juez de su domicilio, que se supone debe conocerlas mejor.

11. No pueden ser tutores, el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, malgastador de sus bienes ó pródigo, el de malas costumbres, el menor de veinticinco años, y la muger (2). La prohibicion del menor solo es respecto de las tutelas legítima y dativa, pero no de la testamentaria que podrá tenerla para administrarla cuando sea mayor (3), y la de la muger no comprende á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, prometiendo ante el juez no casarse mientras dure la tutela, y renunciando la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar las mugeres por otro, ó como suele decirse, el beneficio del Senado-consulto Veleyano, que prohibió esta obligacion (4). La primera de estas condiciones se funda en la presuncion de que el amor del marido haria descuidar la persona y bienes del pupilo; y la segunda en la dificultad que tendrian para celebrar contratos aun cuando los necesitaran para la mejor administracion de la tutela. Si no obstante su promesa, casare la madre, el juez del lugar donde suceda, deberá quitarle los pupilos, y ponerlos al cuidado del pariente mas cercano, que sea de buena opinion y

(1) L. 12, tit. y P. cit. — (2) L. 4, tit. 16, P. 6. — (3) L. 7 del mismo. — (4) L. 4 cit.

no esté prohibido de ser tutor, quedando obligados al pago de lo que la madre debiere dar por haber administrado los bienes de los pupilos, no solo sus bienes propios, sino tambien los del marido que ha tomado (1).

12. Tampoco pueden ser tutores los obispos ni los monges (2); mas los eclesiásticos seculares pueden serlo de sus parientes; pero para ello deben ocurrir al juez del lugar dentro de cuatro meses contados desde que supieren la muerte del padre, que dejó hijos sin tutor, y exponer que quieren serlo. Los deudores del pupilo no pueden serlo, sino nombrados por el padre en el testamento, y de ningun modo los que estén obligados, ó tengan responsabilidad á las rentas públicas (3). El esclavo propio puede serlo, si se le nombra por el testador, en cuyo caso se entiende que le da la libertad, y ejercerá la tutela desde luego, si tiene veinticinco años, y sino cuando los tenga, quedando libre desde el nombramiento; mas si se nombra al esclavo ageno, ni queda libre ni es tutor (4).

13. La tutela se acaba por varias causas que establece la ley (5), y son las siguientes: I. Por la pubertad de los pupilos, esto es, que los varones cumplan 14 años y 12 las mugeres. II. Por la muerte ó destierro del tutor ó del pupilo. III. Por la esclavitud de uno de los dos. IV. Si el tutor fue dado á cierto tiempo, ó su condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Por la adopcion del pupilo ó del tutor, siendo este legítimo. VI. Por excusa, y VII. Por remocion de la tutela por sospechoso. En cuanto al destierro de que habla el II modo, dice Gregorio Lopez (6) que debe entenderse del que los romanos llamaron *deportacion*. Mas esta como hemos dicho en el núm. 6

(1) L. 3, tit. 16, P. 6. — (2) L. 14, tit. y P. cit. — (3) L. 14, tit. 16, P. 6. — (4) L. 7, tit. y P. cit. — (5) L. 21 del mismo. — (6) Greg. Lop. glos. 21 de ellas.

del tit. 3, envolvía la perpetuidad, y la confiscacion de bienes, por lo que abolida la perpetuidad de las penas por la pragmática de 12 de marzo de 1771 (1) que fijó el *maximum* de un destierro en diez años, pudiéndosele agregar únicamente la calidad de retencion, y la confiscacion de bienes; por el artículo constitucional (2), creémos que no tiene lugar este modo de fenecerse la tutela, si no es por la infamia que irrogan las penas de presidio ó destierro (3), como tampoco el III abolida, como lo está, la esclavitud en la República. La expresion *so condicion* de que usa la ley en el IV parece significar *pendiente ó durante alguna condicion*, porque aunque esta interpretacion no esté muy conforma con aquellas dos palabras, es la mas racional, pues la de *hasta cierta condicion*, la resiste la otra palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V modo se entiende solamente respecto de la tutela legitima, á la que perdian el derecho los parientes, si eran adoptados por otro (4). Los modos VI y VII que son la excusa y la remocion, como que demandan mayor explicacion, y son comunes á tutores y curadores, reservamos hablar de ellos para cuando hayamos explicado lo relativo á curadurias.

14. Para encargarse de la administracion de la tutela debe el tutor dar fiadores abonados que se obliguen á satisfacer en falta suya, así el alcance que re-

(1) L. 6, tit. 40, lib. 12 de la N. — (2) Art. 147. — (3) Arg. de la l. 7, tit. 6, P. 7.

(4) Alvarez despues de haber explicado las tres pérdidas de cabeza, á saber: la máxima que se opone al estado de libertad, la media al de ciudad, y la mínima al de familia, en la que se incurre por la arrogacion, asienta que ninguna de ellas hace perder á los parientes el derecho á la tutela, y con respecto á la última dice: que no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo por ser cargo público respecto de los cuales se reputa por padre de familia segun la ley 4, tit. 16, P. 6. Alvarez páginas 273 y 297 del tom. 1º de la edicion de Guatemala de 1818.

sulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños, que por su culpa ó negligencia se irroguen al pupilo. Debe ademas jurar que cumplirá fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huérfano, guardando lealmente su persona y cosas, y evitando todo lo que pueda ser en su perjuicio (1). Debe por último hacer un formal y específico inventario de todos los bienes muebles ó raices, correspondientes al pupilo; de modo que no haciéndolo, se le puede remover por sospechoso, á menos que alegue causa bastante para no haberlo hecho; en cuyo caso no se le removerá, pero si se le mandará que lo haga luego (2). De esta palabra *luego* que usa la ley, intiére Gutierrez (3) citando á otros, que debe hacerlo luego que pueda, sin gozar del tiempo que se concede á los herederos. Y es de tanta fuerza este inventario, que no se permite al tutor dar prueba en contra (4). Mas si no tuviere bienes el pupilo, deberá manifestarlo así el tutor ante el juez, y esta manifestacion le servirá de inventario (5).

15. La obligacion de afianzar conforme al derecho romano no comprendia á los tutores testamentarios, por la razon de que estaban calificados y aprobados por el testador, que se presumia habria nombrado sus mayores y mas fieles amigos; y esta exencion juzgan que debe regir Gregorio Lopez (6) y Gutierrez (7), que se apoyan ademas en que las leyes (8) que hablan de la obligacion de afianzar, solo mencionan á los tutores legitimos, aunque el mismo Gregorio Lopez añade por lo que hace á los dativos, que en la práctica á todos se les exige. Con respecto á la madre y abuela Asso y De Manuel (9) creen que no tienen obligacion de afianzar;

(1) L. 9, tit. 16, P. 6. — (2) L. 15, tit. y P. cit. — (3) Gutier., lib. de tutel., part. 2, cap. 1, n. 10. — (4) L. 120, tit. 18, P. 3. — (5) G. Lop. glos. 3 de la l. 90, tit. 18, P. 3. — (6) Greg. Lop. glos. 5 de la l. 9, tit. 16, P. 6. — (7) Gutier., lib. de tutel., part. 1, cap. 3, n. 1. — (8) LL. 9, tit. 16, P. 6 y 94, tit. 18, P. 3. — (9) Asso y De Manuel Instituc., lib. 1, cap. 3, vers. *Como*.

mas Gregorio Lopez (1) y Gutierrez (2) fundan lo contrario, satisfaciendo las razones en que se apoya la otra opinion.

16. Los oficios del tutor miran á la persona primeramente, y despues á los bienes del pupilo. Con respecto á la persona debe cuidar lo primero de su educacion, procurando formarle buenas costumbres: que aprenda á leer y escribir, y que se instruya en aquellas ciencias ó artes que mas le convengan, atendidas sus circunstancias y riqueza (3). Lo segundo debe alimentarlo en los términos que el padre haya dispuesto en el testamento, ó en los que el juez dispusiere, comprendiéndose bajo el nombre de alimentos no solo la comida, vestido y habitacion, sino todos los demas gastos necesarios para la conveniente ilustracion del pupilo (4), y cuidando de que todos estos se hagan con los réditos y frutos, dejando salvas las fincas, *si se pudiere hacer*, segun se explica la ley (5); sobre cuyas palabras dice Gregorio Lopez (6) que puede el tutor echar mano de las propiedades del huérfano, cuando no alcanzen los réditos para alimentarlo, con cuya opinion se conforma Gutierrez (7), y Molina añade (8) que pueden los tutores, atendida la ealidad de sus pupilos destinarlos á artes ú oficios, ó á servir á otros para proporcionarles los alimentos, si de otro modo no los tienen. En cuanto á la habitacion ó casa en que haya de vivir el pupilo, será la que se hubiere señalado en el testamento, y si no se señaló, se podrá criar en la de la madre, si fuere de buena fama, y en su falta ó casándose esta, en donde determinare el juez; pero de ninguna manera en casa de aquel que pueda heredar sus

(1) Greg. Lop. glos. 8 de la l. 9, cit. — (2) Gutier., lib. de tutel., part. 1, cap. 12, n. 16. — (3) L. 16, tit. 16, P. 6. — (4) La misma. — (5) L. 20, tit. y P. cit. — (6) Greg. Lop. glos., 3 de esta ley. — (7) Gutier., lib. de tutel., part. 2, cap. 3, n. 10. — (8) Molin. de just. et jur. disp. 224, vers. *Quando minores*.

bienes (1). Y si el tutor entendiése que podria perjudicar al pupilo descubrir su riqueza ó pobreza, y para impedirlo creyese conveniente alimentarlo de su propio peculio, deberá hacerlo así, y el pupilo cuando deje de serlo, deberá satisfacerle cuanto hubiere gastado, segun lo previene expresamente la ley (2), cuya doctrina opina Gutierrez (3) que tiene lugar no solo cuando el tutor tuvo justa causa para hacerlo así, sino tambien cuando lo hizo por la negligencia de no acudir al juez.

17. Con respecto á los bienes del pupilo es oficio y obligacion del tutor demandar en nombre del huérfano, ó defender su derecho en todo pleito que él promueva ó le promuevan; pudiendo hacerlo uno solo, si fueren varios los tutores, aun cuando los demas no estén presentes, y siendo el pupilo menor de siete años ó estando ausente; pues siendo mayor de esta edad podrá el huérfano mover por sí mismo el pleito, pero con otorgamiento de tutor, ó este en nombre de aquel estando ambos presentes. Asimismo debe prestar su otorgamiento á los contratos que hiciere su pupilo, siendo mayor de siete años, pues de otro modo no valdrán en lo que le fueren gravosos, pero sí en lo que le fueren útiles, debiendo prestar el otorgamiento el mismo tutor por sí, y no por apoderado ó carta (4). Si el pupilo es menor de siete años no puede contratar.

18. Debe tambien cuidar de la conservacion y aumento de los bienes del menor, reponiendo los edificios, cultivando los campos y promoviendo la cria de los ganados (5); y aunque en las leyes no se halla expresa la obligacion de emplear el dinero, los intérpretes (6) dicen, que debe hacerlo comprando fincas

(1) L. 19, tit. 16, P. 6. — (2) L. 20 del mismo. — (3) Gutier., lib. de tutel., part. 2, cap. 3, n. 10. — (4) L. 17, tit. 16, P. 6. — (5) L. 15, tit. y P. cit. — (6) Covar., l. 3 variar., cap. 2, n. 1; y Gutier., de tutel. part. 2, cap. 9.

ó entregándolo á algun comerciante con un interes moderado que puede percibir lícitamente (1), debiendo, segun ellos, ser condenado á satisfacer el perjuicio de no haber empleado el dinero; pero Ayora (2) dice que esto tiene lugar en la práctica quando el daño es leve. El empleo del dinero deberá hacerse dentro de seis meses de haber recibido la tutela ó de dos despues de recibir el dinero, si ya estaba en el encargo, á menos que haya algun impedimento para ello.

19. El tutor no puede enagenar los bienes raices de su pupilo (3) reputandose por enagenacion el empeño (4), y aunque las leyes hablan expresamente de los bienes raices, sin embargo, como en una de ellas (5) se habla en general de los bienes, algunos autores opinan que tampoco pueden enagenarse los muebles preciosos útiles al huérano, que puedan guardarse. Gregorio Lopez (6) y Gutierrez (7) fundados en que la ley (8) concede absolutamente la facultad de empeñar los bienes muebles, son de sentir que podrán empeñarse aun los preciosos, empleandó en beneficio del pupilo el dinero del empeño. La prohibicion de enagenar debe entenderse haciéndola por sí solo el tutor sin decreto del juez; porque con él pueden hacerlo por grande necesidad ó utilidad del pupilo, como casarlo, ó á alguna de sus hermanas, ó pagar las deudas, ó alguna otra causa semejante, que la enagenacion haga inevitable; y el juez deberá dar su decreto, si ocurriere alguna de esas causas, debiendo hacerse la enagenacion en almoneda pública de treinta dias, y nunca de la casa que fue del padre ó abuelo, si se puede evitar (9).

(1) Cap. Per vestras, 7 de las Decretales, de donat. int. vir. et uxor. — (2) Ayora de Partit., part. 1, cap. 4. — (3) L. 18, tit. 16 y 60, tit. 18, P. 3. — (4) L. 8, tit. 13, P. 3. — (5) L. 4, tit. 3, P. 3. — (6) Gregor. Lop. glos. 3, de la ley 4, tit. 3 y 3 de la l. 8, tit. 13, P. 3. — (7) Gutier. de tutel., part. 2, cap. 21. — (8) L. 8, tit. 13, P. 3. — (9) LL. 18, tit. 16 y 60, tit. 18, P. 3.

20. Mas para la enagenacion ó empeño de los bienes muebles, que no sean preciosos, ni útiles al menor, no es necesario decreto del juez, cuidando siempre de que ceda en beneficio y utilidad de aquel (1). Aunque una ley de Partida (2) permitia al tutor comprar los bienes de su pupilo con ciertas solemnidades, está corregida por una de la Recopilacion (3) que prohibe al albacea, tutor ó curador, ó á cualquiera que administre bienes de otro, poder comprar alguno de ellos pública ni secretamente, y si lo hiciere, pudiéndose probar la compra, no valga y quede deshecha, obligándosele á devolver el cuatro tanto de su valor, que se aplicaba á las penas de cámara.

21. Por último, es obligacion del tutor dar cuentas de su administracion, fenecida la tutela, y entregar al menor ó su curador los bienes existentes; y si lo resiste, tiene el menor la accion de tutela, que es muy distinta de la de tutor sospechoso, que tiene por objeto remover al que lo es, y de la de revision de cuentas, que se dirige á examinar estas despues de dadas, pero mal y con fraude (4). A las resultas de las cuentas de la administracion del tutor están obligados con hipoteca legal todos sus bienes desde el dia que comenzó á usar de su oficio (5), y además los fiadores que dió, y sus herederos (6), de que infiere Gregorio Lopez (7) que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérano.

22. El tutor por su parte tiene derecho á que se le abone en las cuentas lo que justa y legítimamente haya gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, y además en compensacion de su trabajo lo tiene para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de

(1) L. 8, tit. 13, P. 3. — (2) L. 4, tit. 5, P. 3. — (3) L. 23, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 12, lib. 10 de la N. — (4) LL. 21, tit. 16 y 4, tit. 17, P. 6. — (5) L. 23, tit. 13, P. 3. — (6) L. ult., tit. 16, P. 6. — (7) G. Lop. glos., 8 de esta ult.

estos (1). Como las leyes que conceden esta décima, dicen que ha de ser de los frutos, y por fruto en el sentido civil se entiende lo que sobra deducidas las expensas (2), funda Gutierrez (3) que primero deben sacarse las expensas, y del líquido la décima, entendiéndose por expensas las que se hubieren hecho por razon de los frutos, pero no las hechas por utilidad perpetua, ó mejora de la finca, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima. El mismo Gutierrez asienta (4) que por frutos se deben entender los naturales, industriales, y civiles. Si el tutor fuese labrador y trabajase con sus manos en tierras del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas, antes de percibir su décima; mas no si pretendiere que se le pague algo por haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto era propio de su oficio de tutor, como advierte el mismo Gutierrez.

23. Hemos explicado hasta aqui lo perteneciente á la tutela, vamos ahora á explicar lo que corresponde á la curaduría, que en el concepto de las leyes (5) es, *la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*. Por esta razon se dan curadores á los mayores de 14 años y menores de 25, y á los que habiendo cumplido esta edad, están impedidos para administrar sus bienes (6), como son los locos ó desmemoriados, los pródigos, mudos, sordos y demas que por enfermedad perpetua no pueden cuidar de sus cosas (7). Al menor de 25 años no se le da curador, si él no lo pide, pues no puede ser apremiado á recibirlo, si no es que haya sido nombrado en testa-

(1) LL. 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo, y 2 tit. 7, lib. 3, del Fuero Real. — (2) L. 4, tit. 14, P. 6 vers. *ca segun*. — (3) Gutier. de tutel., part. 3, cap. 27. — (4) Gutier., cap. 25. — (5) LL. 12 y 13, tit. 16, P. 6. — (6) L. 13, tit. 16, P. 6. — (7) Gregor. Lop. glos. 1 de esta ley 13.

mento y confirmado por el juez (1), y en el caso de tener que intervenir en juicio como actor, ó como reo, con la distincion de que si ha salido de la edad pupilar lo puede nombrar él, y lo confirmará el juez; pero si está en ella, no teniendo tutor, se lo nombra el juez; y de qui nace la distincion de *curador de bienes*, que es el que tiene la administracion de ellos, y *curador para pleitos*, que es el que se dá precisamente cuando se ofrece alguno al que es menor de edad; mas recibido una vez el curador, no se le puede dejar hasta cumplir 25 años (2). Hay algunos, que aunque no lo sean se reputan menores por las leyes, por la facilidad que tienen de ser engañados, y de esta clase son los indios, los cuales necesitan segun la ley (3) del decreto del juez para la enagenacion de sus bienes, no debiendo verificarse esta sino en almoneda pública, y ofreciéndoseles algun litigio, se previene que se les nombre curador (4). Estas disposiciones no rigen ya (5), en opinion de muchos por la calidad de ciudadanos y hombres libres declarada á los indigenas, lo mismo que á todos los mexicanos; mas á nuestro juicio no es muy fundada, pues aquellas no se dirigen á coartar la libertad en el ejercicio del derecho de propiedad, sino á precaverlos del engaño, de que son tan susceptibles, sin que la declaracion de la igualdad de derechos baste á libertarlos. Por el contrario hay otros, que sin haber salido de la menor edad no necesitan del curador; tales son el casado mayor de 18 años, de que hablamos en el tit. IV núm. 24, y el que tiene habilitacion ó dis-

(1) Gregor. Lop. glos. 5, de la misma, y Gutier. de tutel., part. 1, cap. 19, n. 30. — (2) Gregor. Lop. glos. 2, de la ley 13 y Gutier., part. 1, cap. 9, n. 18. — (3) L. 27, tit. 1, lib. 6 de la R. de Ind. — (4) L. 1, tit. 6, lib. 6 de la R. de Ind. — (5) Vease la circular del ministerio de gobernacion de ultramar de 11 de enero de 1821, inserta en el n. 38, del Noticiero general de Mexico del lunes 14 de mayo del mismo año.

pensa de edad. Para esta se requería la edad de 20 años en el varón y de 18 en la muger, y acreditar con informacion judicial la aptitud para administrar y manejar sus bienes sin necesidad de curador; aunque segun escribe Arrieta (1), podia obtenerse la dispensa por mayor de 13 años, haciendo varios ocurfos á las diversas autoridades de Madrid. En la República esta habilitacion se concede por los congresos general y particulares de los estados, segun la vecindad del pretendiente, y aunque no sabemos que haya alguna ley que fije las condiciones para poderse obtener, creemos muy conducente al objeto la informacion sobre aptitud.

24. La curaduria es puramente dativa; pero si fuere nombrado en testamento, y el juez lo creyere útil, lo debe confirmar (2). Las obligaciones del curador son las mismas que las del tutor en cuanto á afianzar, administrar y dar cuentas, y sus oficios se dirigen primeramente á los bienes, y secundariamente á la persona del menor; y los modos de acabarse la curaduria son los mismos que hemos dicho de la tutela, con la diferencia de que la edad para que acabe la curaduria es la de 25 años, y que el curador del mayor de edad cesa, si cesa la causa porque se le nombró, como si el loco recobra el juicio, ó el pródigo se hace de buenas costumbres.

25. Como las disposiciones de las leyes y doctrinas relativas á excusa ó remocion por sospechoso, comprenden de un mismo modo á los tutores que á los curadores, despues de haber hablado en particular de estos, vamos á explicar lo correspondiente á estos dos puntos. La tutela y la curaduria se reputan como cargos públicos personales, y bajo de este concepto se dispensa á los que las desempeñan la proteccion de las leyes (3);

(1) Escolano de Arrieta: Practica del consejo, tom. I, cap. 98.  
— (2) L. 13, tit. 16, P. 6. — (3) LL. 41, tit. 16 y 20, tit. 23, P. 3.

por esta razon nadie puede eximirse de ellas, si no es que tenga justa causa para excusarse; pues como dice la ley de Partida (1): *escusanza es como mostrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bienes*; mas esta causa para excusarse solo la necesitan los tutores testamentarios y dativos, y no los legitimos, en cuyo arbitrio está, segun el tenor de las leyes (2), admitir ó no la tutela.

26. En ellas se enumeran las causas que se reputan justas, y para proceder en su enumeracion con algun orden, nos parece conveniente el que adopta Alvarez en sus *Instituciones del Derecho Real*. Las excusas se dividen en voluntarias, que es necesario alegar para que eximan del cargo, y necesarias, que aunque no se opongan, impiden el ejercicio de él. Las voluntarias proceden de tres principios, que son el privilegio, la impotencia, y el peligro de la fama. Por razon de privilegio tienen excusa (3): 1º los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legitimos y no espurios, vivos ó muertos en la guerra: 2º los embajadores y ausentes por causa de la república, de quienes dice la ley *ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte que fuese muy luene; ó fuese allá por servicio, ó por pró comunal de la tierra en que vive*; cuyo tenor no deja duda que se dirige á los empleados que hemos dicho, y así lo reconocen Gregorio Lopez (4) y Gutierrez (5), que como veremos, les habian apropiado otro lugar de la misma ley. Estos despues de su regreso deben reasumir la tutela que tenian antes de su viage, mas no se les puede obligar á tomarla nueva hasta despues de un año (6): 3º los

(1) Lib. 1, tit. 17, P. 6. — (2) L. 2, vers. *La tercera*, y ley 12 en el principio, tit. 16, P. 6. — (3) L. 2, tit. 17, P. 6. — (4) Greg. Lop. glos. 9 de la ley 2. — (5) Gutier., de tutel., part. 1, cap. 21, n. 6. — (6) L. 2, tit. 17, P. 6.

jueces que estan en actual ejercicio; pero el que habia recibido la tutela antes de serlo, no se puede excusar despues por esta razon (1): 4º los maestros de gramática, retórica, dialéctica y medicina, que enseñan por nombramiento del gobierno, en su patria ó fuera de ella, y los doctores en leyes, que son jueces ó consejeros (2): 5º los recién casados desde el dia en que contrajeron matrimonio hasta cuatro años despues (3).

27. De la impotencia nacen las excusas siguientes: 1ª el tener tres tutelas actualmente (4), sobre lo cual advierte Gutierrez (5) adoptando las doctrinas del derecho romano, que las tutelas han de ser reales y no afectadas; que no se reputan tutelas las fianzas de ellas, y que una sola podria ser bastante excusa, si fuese tan complicada y llena de negocios, que equivalga á muchas: 2ª la pobreza (6): 3ª la enfermedad, siendo tal que impida cuidar del huérfano (7); 4ª no saber leer ni escribir (8). y 5ª tener setenta años cumplidos (9).

28. Por el peligro de la fama se excusa 1º el que hubiese movido pleito sobre servidumbre al padre del pupilo, ó al contrario (10): 2º el que tiene que demandar al huérfano sobre su herencia, ó parte de ella (11): 3º el que tuvo enemistad capital con el padre del pupilo y no se reconcilió (12).

29. Las excusas necesarias son las que tienen 1º el loco, fátuo, sordo, mudo, ó ciego total, los que si son nombrados en testamento, no son removidos, pero no entran en la administracion, si no se les quita el impedimento (13): 2º el administrador de rentas, que la ley llama del rey, y añade: *ó su mensagero*; de cuyas

(1) La misma. — (2) L. 3, del mismo tit. y P. — (3) L. 14, tit. 1, lib. 3 de la R., ó 7, tit. 2, lib. 10 de la N. — (4) L. 2, tit. 17, P. 6. — (5) Gutier., de tutel., part. 1, cap. 21, n. 8. — (6) Ley 2 citada. — (7) La misma. — (8) La misma. — (9) La misma. — (10) La misma. — (11) La misma. — (12) L. 2, tit. 17, P. 6. — (13) La misma.

palabras infirieron Gregorio Lopez (1) y Gutierrez (2) que aqui se hablaba de los embajadores, cuando esa palabra no significa en el Diccionario de la Academia, y en el Tesoro de la lengua castellana de Cobarruvias, sino al que lleva despacho ó recado á otro, y en este sentido la toman varias leyes (3); por lo que es visto que aqui se habla de los recaudadores ó cobradores de rentas subordinados al administrador, como lo indica el pronombre *su*, que se le añade: 3º el soldado mientras está empleado en el servicio; pues la ley (4) dice: el sercaballero que estuviere en corte del rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pró comunal de la tierra, que explican en este sentido Gregorio Lopez y Gutierrez (5): 4º el que ha sido tutor de un huérfano para ser su curador: 5º el eclesiástico secular ó regular, este para toda clase de tutelas, y aquel para la testamentaria y dativa, pues la legitima la pueden tener, menos los obispos (6). La ley de Partida (7) pone tambien por excusa necesaria la del marido para ser tutor ó curador de su muger, que fuese menor; mas por otra posterior (8) está derogada aquella, y prevenido que el marido que haya entrado en los diez y ocho años, tenga la administracion de sus bienes y de los de su muger, sin necesidad de venia. Estas excusas necesarias mas bien son prohibiciones.

30. Asso y De Manuel (9) fundados en una ley de la Recopilacion (10) asientan que las excusas de pobreza,

(1) Greg. Lop. glos. 3, de la ley 2. — (2) Gutier. de tutel., part. 1, cap. 21, num. 4 y 5. — (3) LL. 10, tit. 34, P. 2 y 13, tit. 29, P. 3. — (4) L. 3, tit. 17, P. 6. — (5) Por el art. 3, tit. 1, tratado 8, de la ordenanza general del ejército esta excusa es voluntaria, no necesaria. — (6) LL. 4 y 11, tit. 16 y 2, tit. 17, P. 6. — (7) L. 3, tit. 17, P. 6. — (8) L. 14, tit. 1, lib. 3 de la R., ó 7, tit. 2, lib. 10 de la N. — (9) Asso y De Manuel Instituciones de Castilla, lib. 1, cap. 4, vers. *Se excusan*. — (10) L. 21, tit. 14, lib. 6 de la R., ó 12, tit. 18, lib. 6 de la N.

enfermedad, no saber leer ni escribir, ó ser mayor de setenta años, no comprendian á los pecheros, ó gente que se llamaba del estado llano; mas ciertamente es equivocacion, pues por esa ley solo se derogaron los privilegios y exenciones personales, que les estaban concedidas; mas de ningun modo las disposiciones comunes, y así lo indica en su conclusion diciendo: *y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos que por los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de las tales cargas y oficios.*

31. La excusa debe alegarse dentro de cincuenta dias contados desde que se supo el nombramiento de tutor ó curador, si la persona en quien recayó, residia en el lugar en que se hizo el nombramiento, ó á una distancia que no pase de cien millas; mas si excediere de ellas tendrá un dia mas de término por cada veinte millas, y treinta dias mas despues (1). Estas son las disposiciones de la ley, idénticas con las del derecho romano, cuyos intérpretes dicen, que en este último caso debe hacerse la computacion de modo que el que está á una distancia que exceda de las cien millas, no tenga menos de los cincuenta dias, como podrá suceder; y entonces sería de peor condicion que el mas cercano; y aunque ni Gregorio Lopez ni Gutierrez traen esta doctrina, ella es tan conforme á la equidad, que podrá seguirse en la práctica. El artículo sobre si vale ó no la excusa, debe decidirse dentro de cuatro meses contados desde el dia en que empezaron los cincuenta para alegarla (2), aunque Alvarez quiere que se cuenten desde el dia en que comenzó el artículo (3); y sintiéndose agraviado en la sentencia el que se excusa, puede apelar de ella.

32. Segun la ley (4) se reputa sospechoso el tutor ó

(1) L. 4, tit. 17, P. 6. — (2) La misma. — (3) Alvarez Instituc. de Derecho Real, lib. 1, tit. 23 al fin. — (4) L. 1, tit. 18, P. 6.

curador, *que es de tales maneras que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres*, y explicando mas esta idea señala las causas que inducen la sospecha, y por las cuales debe ser removido el tutor, sea testamentario, legitimo ó dativo, y el curador, y son: I. Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñádole malas costumbres. II. Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo, ó de sus parientes. III. Negar delante del juez que tienen con que suministrarle los alimentos, siendo falso. IV. No haber hecho antes de comenzar la administracion de los bienes, el inventario que previenen las leyes. V. No defender al pupilo y sus bienes, así en juicio, como fuera de él. VI. Ocultarse y no querer comparecer, sabiendo que habian sido nombrados tutor ó curador. Habiendo alguna de estas causas se deberá remover como sospechoso al tutor ó curador, aun cuando sea rico, y ofrezca fiador de que cuidara de los bienes del menor; así como por solo ser pobre, si es de buenas costumbres, no se le puede remover.

33. Esta acusacion contra el sospechoso la puede hacer cualquiera del pueblo, que conociendo el daño que se hace al menor, se mueva á ello por piedad, sea hombre ó muger; pero están obligados á hacerlo la madre, la abuela, la ama que crió al pupilo, y sus parientes inmediatos (1). El huérfano siendo menor de catorce años, no puede acusar de sospechoso á su tutor; mas si es mayor puede hacerlo con consejo de sus parientes. La acusacion puede intentarse contra el que solo está nombrado, y así puede hacerse contra el tutor del que está por nacer. Debe hacerse ante el juez del lugar donde el huérfano tiene sus bienes, si allí está el tutor, y el mismo juez puede proceder de oficio,

(1) L. 2, tit. 18, P. 6.

aunque no haya quien acuse, si le constase el mal proceder del tutor.

34. Puesta la acusacion y contestada por el tutor, se le suspende en el ejercicio de su encargo, nombrando al pupilo un curador interino que cuide de él y de sus bienes (1) hasta la conclusion del pleito. Si de él resultare que no ha obrado mal, se alza la suspension y se absuelve al acusado; mas si resulta que no ha obrado bien, se le remueve con infamia, si se le ha probado dolo, ó culpa lata, pagando al huérfano el daño que le hizo al arbitrio del juez, y sin ella, si solo se le probó culpa leve (2). Esta acusacion cesa por la muerte del tutor ó curador, ó por acabarse la tutela, ó curaduría antes de la sentencia, quedando en ambos casos al menor la accion de tutela, que comprende tambien al curador (3), y por la cual el menor puede obligar á su tutor ó curador á dar cuentas, y estos á su vez al pupilo á que satisfaga lo que resulte deber por el tiempo de la administracion.

### TITULO VIII.

#### DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

- |  |   |
|--|---|
| 1. Qué sea restitucion <i>in integrum</i> .  | 6. Si subsiste la declaracion de no tener lugar, cuando no lo hay á la suplicacion. |
| 2. En qué cosas tiene lugar.                 | 7. 8. 9. 10. Quiénes gozan del beneficio de la restitucion á mas de los menores.    |
| 3. Cómo se ha de conceder.                   |   |
| 4. Casos en que se niega.                    |   |
| 5. Cómo tiene lugar sobre pruebas en juicio. |   |

1. La debilidad del juicio de los menores, por la que son engañados las mas veces, y la necesidad que

(1) L. 3, tit. y P. cit. — (2) L. 4, tit. 18, P. 6. — (3) L. 24 tit. 16, P. 6.

tienen de que sus cosas se administren por otros, que no ponen siempre el mayor cuidado en ellas, es la causa del beneficio que las leyes les conceden con el nombre de Restitucion *in integrum* ó por entero (1), que en las Partidas (2) se define : *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor*.

2. Ya hemos dicho que este es el que no tiene 25 años cumplidos, y para gozar del beneficio debe probar que es menor, y que ha recibido daño por su debilidad, ó por culpa de su tutor ó curador, ó por engaño de otro (3), sea en actos judiciales, ó sea en extrajudiciales de cualquiera naturaleza (4), y aun cuando haya intervenido decreto del juez (5). Tiene lugar tambien para desamparar el menor la herencia en que hubiese ya entrado; mas deberá hacerlo con noticia de los acreedores de ella, para que sepan las causas porque lo hace; y viendo el juez que en realidad le era dañosa, la otorga, poniendo antes en seguridad todas las cosas pertenecientes á ella (6). En orden á prescripciones dispone la ley (7) que las de 20 ó menos años no corran contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus mayores, y entonces tiene lugar la restitucion, solo en cuanto al tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; mas las de mayor tiempo corren sin distincion contra los mayores de 14 años, y tiene lugar en cuanto al todo la restitucion.

3. Esta se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe oír á la otra parte á quien se hace la demanda; y si de ello resultare que en el pleito, juicio, ó diligencia que se reclama

(1) L. 3, tit. 8, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 11 de la N. — (2) L. 1, tit. 19, P. 6, y 1, tit. 23, P. 3. — (3) L. 2, tit. 19, P. 6, — (4) LL. 2, tit. 23, P. 3 y 3, y 3, tit. 19, P. 6. — (5) L. 1, tit. 13, P. 3. — (6) L. 7, tit. 19, P. 6. — (7) L. 2, tit. 23, P. 3.

aunque no haya quien acuse, si le constase el mal proceder del tutor.

34. Puesta la acusacion y contestada por el tutor, se le suspende en el ejercicio de su encargo, nombrando al pupilo un curador interino que cuide de él y de sus bienes (1) hasta la conclusion del pleito. Si de él resultare que no ha obrado mal, se alza la suspension y se absuelve al acusado; mas si resulta que no ha obrado bien, se le remueve con infamia, si se le ha probado dolo, ó culpa lata, pagando al huérfano el daño que le hizo al arbitrio del juez, y sin ella, si solo se le probó culpa leve (2). Esta acusacion cesa por la muerte del tutor ó curador, ó por acabarse la tutela, ó curaduría antes de la sentencia, quedando en ambos casos al menor la accion de tutela, que comprende tambien al curador (3), y por la cual el menor puede obligar á su tutor ó curador á dar cuentas, y estos á su vez al pupilo á que satisfaga lo que resulte deber por el tiempo de la administracion.

### TITULO VIII.

#### DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

- |  |   |
|--|---|
| 1. Qué sea restitucion <i>in integrum</i> .  | 6. Si subsiste la declaracion de no tener lugar, cuando no lo hay á la suplicacion. |
| 2. En qué cosas tiene lugar.                 | 7. 8. 9. 10. Quiénes gozan del beneficio de la restitucion á mas de los menores.    |
| 3. Cómo se ha de conceder.                   |   |
| 4. Casos en que se niega.                    |   |
| 5. Cómo tiene lugar sobre pruebas en juicio. |   |

1. La debilidad del juicio de los menores, por la que son engañados las mas veces, y la necesidad que

(1) L. 3, tit. y P. cit. — (2) L. 4, tit. 18, P. 6. — (3) L. 24 tit. 16, P. 6.

tienen de que sus cosas se administren por otros, que no ponen siempre el mayor cuidado en ellas, es la causa del beneficio que las leyes les conceden con el nombre de Restitucion *in integrum* ó por entero (1), que en las Partidas (2) se define : *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor*.

2. Ya hemos dicho que este es el que no tiene 25 años cumplidos, y para gozar del beneficio debe probar que es menor, y que ha recibido daño por su debilidad, ó por culpa de su tutor ó curador, ó por engaño de otro (3), sea en actos judiciales, ó sea en extrajudiciales de cualquiera naturaleza (4), y aun cuando haya intervenido decreto del juez (5). Tiene lugar tambien para desamparar el menor la herencia en que hubiese ya entrado; mas deberá hacerlo con noticia de los acreedores de ella, para que sepan las causas porque lo hace; y viendo el juez que en realidad le era dañosa, la otorga, poniendo antes en seguridad todas las cosas pertenecientes á ella (6). En orden á prescripciones dispone la ley (7) que las de 20 ó menos años no corran contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus mayores, y entonces tiene lugar la restitucion, solo en cuanto al tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; mas las de mayor tiempo corren sin distincion contra los mayores de 14 años, y tiene lugar en cuanto al todo la restitucion.

3. Esta se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe oír á la otra parte á quien se hace la demanda; y si de ello resultare que en el pleito, juicio, ó diligencia que se reclama

(1) L. 3, tit. 8, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 11 de la N. — (2) L. 1, tit. 19, P. 6, y 1, tit. 23, P. 3. — (3) L. 2, tit. 19, P. 6, — (4) LL. 2, tit. 23, P. 3 y 3, y 3, tit. 19, P. 6. — (5) L. 1, tit. 13, P. 3. — (6) L. 7, tit. 19, P. 6. — (7) L. 2, tit. 23, P. 3.

se hizo daño al menor, debe restablecer las cosas al estado que tenían antes, de modo que cada una de las partes tenga su derecho á salvo, como lo tenían antes del hecho (1), teniendo presente que pendiente el juicio de restitucion no se puede hacer cosa nueva (2). La demanda la puede hacer el menor, no solo durante su menor edad, sino en los cuatro años siguientes á ella, pasando este derecho á sus herederos (3); mas los fiadores del menor no tienen derecho á la restitucion, sino en el caso de que el engaño ocurriese en el mismo negocio en que fueron fiadores, pues deberá deshacerse á beneficio de uno y otros en lo que montare el engaño (4).

4. Carleval (5) y Gutierrez (6) juzgan que la restitucion no debe negarse, sino en los casos en que expresamente esté prevenido, sin que sean bastante para ello las palabras generales, y esto es conforme á la equidad que ha dado lugar á este remedio. Los casos en que se niega son: I. Si el menor se fingiese mayor, y por su persona no se conociese lo contrario (7), pues la ley no favorece al que engaña sino al que es engañado. Mas si la menor edad se le conociese en la cara, es de opinion Gregorio Lopez (8) que habria lugar á la restitucion; pues no podria decirse engañado el que trató con el menor, sino que los dos obraron con dolo, compensándose el del uno con el del otro, como si de ninguna parte lo hubiera habido. II. Si el pleito se comenzó siendo menor el huérfano, pero se sentenció siendo mayor (9). III. En el caso de ser sentenciado por homicidio, hurto ú otro delito semejante el mayor de

(1) L. 7, tit. 19, P. 6. — (2) La misma ley 2. — (3) L. 8, tit. 19, P. 6. — (4) L. 4, tit. 12, P. 3. — (5) Carleval, *lib. De jud.*, tit. 3, quæst. 16, n. 36. — (6) Gutierrez practicar., quæst. 32, n. penul. — (7) L. 6, tit. 19, P. 6. — (8) Greg. Lop. glos. 1 de la ley 6. — (9) L. 2, tit. 25, P. 3.

diez años y medio, ó por adulterio el mayor de catorce (1). IV. Si seguido pleito por el menor, reclamando á otro por esclavo, se declarase que era libre (2). V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento, ó mandamiento del juez; mas si la paga se hiciere de otra manera, y el menor jugare el dinero, lo malgastare ó perdiere, tendrá lugar la restitucion (3). Cesa en el primer extremo de este caso, sin embargo de que como hemos dicho en el núm. 2, tiene lugar aun quando interviene decreto de juez; porque el deudor pagó por obedecer el mandamiento judicial, lo cual debe libertarlo y asegurarlo. VI. Si el daño que el menor ha resentido, le ha venido por caso fortuito; pues para que haya lugar á la restitucion se necesita que sea por su debilidad, culpa de su tutor ó curador, ó engaño de otro (4). VII. Si el menor tuviere el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba (5); porque siendo extraordinario y subsidiario el remedio de la restitucion no puede intentarse, quando cabe otro ordinario, y tambien porque lo que es nulo no puede rescindirse, que es la razon de la ley que concluye con estas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion*. VIII. Tampoco tiene lugar, si el mozo mayor de catorce años juró no hacer uso de su menor edad para rescindir sus contratos y pleitos (6), conformándose esta disposicion con la autentica de los romanos, *Sacramenta puberum*, contra la que tanto declama Castro (7), y cuya inobservancia vemos con gusto. IX. No tiene por último lugar respecto de algunos términos dilatorios, que se llaman fatales, como por ejemplo, el de nueve dias para inten-

(1) L. 4, tit. 19, P. 6. — (2) L. 6 del mismo tit. y P. — (3) L. 4, tit. 14, P. 3. — (4) L. 2, tit. 19, P. 6. — (5) L. 1, tit. 23, P. 3. — (6) L. 6, tit. 19, P. 6. — (7) Castro: Discursos criticos sobre las leyes, lib. 3, disc. 2 y 4.

tar el retracto de sangre, ó el de tres para suplicar de sentencia interlocutoria.

5. La restitucion en juicio sobre probanzas no se puede pedir mas de una vez en cada instancia (1) ni debe otorgarse sin que previamente se obligue la parte que la solicita á pagar cierta pena, si no prueba la nueva excepcion para cuyo alegato se pide la restitucion (2). Debe pedirse dentro de los quince dias despues de la publicacion, y no debe darse mas de la mitad del término concedido para la prueba principal, denegándose otra restitucion en la sentencia en que se otorgue, é imponiéndose la pena al que la solicite, que se depositará desde luego, no debiendo tener efecto, si no se verifica el depósito, y debiendo gozar ambas partes del término (3). En segunda instancia se pedirá la restitucion jurando que no se hace de malicia, y dentro de los quince dias de la publicacion, no pudiendo concederse sino la mitad del término concedido en la primera, y con la pena que determinare el tribunal (4).

6. La ley 11 del título 17 del libro 4 de la Recopilacion, ó sea la 5 del título 13 del libro 11 de la Novísima, refiriendo otra (5) que niega el recurso de nulidad, aun la de defecto de jurisdiccion, en los casos en que no haya lugar á la suplicacion, declara que en ellos tampoco lo tiene la restitucion, por contrariarse con ella igualmente el objeto de la ley, que era la conclusion de los pleitos. Mas como por derecho novísimo está mandado, que solo haya lugar al recurso de nulidad cuando la sentencia de vista ó revista cause ejecutoria (6); es decir, cuando no pueda haber lugar á la su-

(1) L. 5, tit. 5, lib. 4 de la R. ó ley 1, tit. 13, lib. 11 de la N.

(2) L. 6, tit. 5, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 13, lib. 11 de la N. —

(3) L. 3, tit. 8, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 11 de la N. —

(4) L. 5, tit. 9, lib. 4 de la R. ó 4, tit. 13, lib. 11 de la N. —

(5) L. 4, tit. 17, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 18, lib. 11 de la N. —

(6) Art. 46 de la ley de 9 de octubre de 1812.

plicacion, que es lo contrario de lo provenido por la ley de que hablamos, creemos sin lugar la declaracion que con referencia á ella hizo la otra respecto á la restitucion.

7. De este beneficio gozan las iglesias, el fisco, los pueblos y ciudades, y las universidades y comunidades, cuando reciben daño por negligencia ó engaño de otro; y para pedirla se les conceden cuatro años contados desde el dia en que recibieron el daño ó menoscabo, y si este fuere en mas de la mitad del justo precio, gozan de treinta años para reclamarlo (1).

8. Pueden pedir restitucion tambien: 1º Los que han recibido daño en algun contrato que se les hizo otorgar por miedo ó fuerza; porque aunque en rigor de derecho los contratos celebrados de este modo valgan por la razon de que la voluntad forzada es voluntad, se deshacen sin embargo por la ley fundada en la equidad que así lo dicta, y que es el motivo de todas las restituciones (2). Mas para que el miedo dé lugar á la restitucion ha de ser grave, y del que suele decirse que cae en varon constante, como es el de la muerte, pérdida de algun miembro, de la libertad ó la fama; porque el leve ó vano no basta (3).

9. 2º Aquellos cuyas cosas se prescriben, estando ellos ausentes por causa de guerra, órden del gobierno, ú otra de la República, ó por romeria, estudios, ú otra semejante, ó en cautiverio, debiéndoseles contar el cuatrienio para pedir las desde el dia en que se restituyeron á sus hogares; y á sus herederos desde el de su fallecimiento en el lugar de su ausencia (4), compitiendo este beneficio aun á los que hubiesen dejado procurador en el lugar durante su ausencia, como hemos asentado en otra parte (5).

(1) L. 10, tit. 19, P. 6. — (2) L. 36, tit. 5, P. 3. — (3) L. 7, tit. 33, P. 7. — (4) LL. 10, tit. 23 y 28, tit. 29, P. 3. — (5) Digesto romano hispano, lib. 4, tit. 6, n. 10.

10. 3º Aquellos que quieren demandar alguna cosa á otro, y este la enagena á un tercero mas poderoso para oponer al que intenta demandarle un contrario mas fuerte y embarazoso. En este caso podrá el que demanda usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó el resarcimiento de perjuicios al que la enagenó, segun elija (1). Mas como la ley exige que la enagenacion haya sido hecha engañosamente ó con dolo, advierte Gregorio Lopez (2) que no habrá lugar á la restitucion si la cosa se enagenó sin dolo. Y como este no se presume en las últimas voluntades, tampoco tendrá lugar conforme á una ley romana (3) cuando uno enagena la cosa, insituyendo heredero ó legandola, concurriendo ademas la circunstancia de que esta enagenacion es necesaria.

(1) LL. 30, tit. 2 y 15, tit. 7, P. 3. — (2) Gregor. Lop. glos. 2 de la ley 15. — (3) L. 8, § 3 de alien. jud. mut. caut.

FIN DEL LIBRO I.

## LIBRO II.

### DE LAS COSAS.

#### TITULO I.

##### DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28, Part. 3.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Qué se entiende por cosa, y sus especies.  | de ocupacion que es la bélica.                                   |
| 2. De las cosas divinas, que comprenden las sagradas, religiosas y santas, y tambien las eclesiásticas. | 18. De la última especie que es la invencion.                    |
| 3. De las comunes.  | 19, 20. De la invencion de un tesoro.                            |
| 4. De las públicas.   | 21. Del descubrimiento de las minas.                             |
| 5. De las propias del comun.  | 22. De la accesion y sus especies.                               |
| 6. De los propios y arbitrios.  | 23. De la accesion discreta.                                     |
| 7. De las cosas particulares.   | 24. De la continua, y primero del aluvion y de la fuerza de río. |
| 8. Del derecho á la cosa, ó en la cosa.   | 25. De la formacion de isla y mutacion de cauce de un río.       |
| 9. Del dominio y sus especies.  | 26. De la accesion industrial, y primero de la adyuncion.        |
| 10. De los modos de adquirirlo, que son originarios, ó derivativos.                                     | 27. La adyuncion requiere buena fe.                              |
| 11, 12, 13, 14, 15, 16. De la ocupacion, y de su primera especie que es la caza.                        | 28. Restricciones de la adyuncion.                               |
| 17. De la segunda especie   | 29. De la formacion de nueva especie.                            |
|   | 30. De la mezcla.  |

10. 3º Aquellos que quieren demandar alguna cosa á otro, y este la enagena á un tercero mas poderoso para oponer al que intenta demandarle un contrario mas fuerte y embarazoso. En este caso podrá el que demanda usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó el resarcimiento de perjuicios al que la enagenó, segun elija (1). Mas como la ley exige que la enagenacion haya sido hecha engañosamente ó con dolo, advierte Gregorio Lopez (2) que no habrá lugar á la restitucion si la cosa se enagenó sin dolo. Y como este no se presume en las últimas voluntades, tampoco tendrá lugar conforme á una ley romana (3) cuando uno enagena la cosa, insituyendo heredero ó legandola, concurriendo ademas la circunstancia de que esta enagenacion es necesaria.

(1) LL. 30, tit. 2 y 15, tit. 7, P. 3. — (2) Gregor. Lop. glos. 2 de la ley 15. — (3) L. 8, § 3 de alien. jud. mut. caut.

FIN DEL LIBRO I.

## LIBRO II.

### DE LAS COSAS.

#### TITULO I.

##### DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28, Part. 3.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Qué se entiende por cosa, y sus especies.  | de ocupacion que es la bélica.                                   |
| 2. De las cosas divinas, que comprenden las sagradas, religiosas y santas, y tambien las eclesiásticas. | 18. De la última especie que es la invencion.                    |
| 3. De las comunes.  | 19, 20. De la invencion de un tesoro.                            |
| 4. De las públicas.   | 21. Del descubrimiento de las minas.                             |
| 5. De las propias del común.  | 22. De la accesion y sus especies.                               |
| 6. De los propios y arbitrios.  | 23. De la accesion discreta.                                     |
| 7. De las cosas particulares.   | 24. De la continua, y primero del aluvion y de la fuerza de río. |
| 8. Del derecho á la cosa, ó en la cosa.   | 25. De la formacion de isla y mutacion de cauce de un río.       |
| 9. Del dominio y sus especies.  | 26. De la accesion industrial, y primero de la adyuncion.        |
| 10. De los modos de adquirirlo, que son originarios, ó derivativos.                                     | 27. La adyuncion requiere buena fe.                              |
| 11, 12, 13, 14, 15, 16. De la ocupacion, y de su primera especie que es la caza.                        | 28. Restricciones de la adyuncion.                               |
| 17. De la segunda especie   | 29. De la formacion de nueva especie.                            |
|   | 30. De la mezcla.  |

31. De la accesion mixta. 34. De las expensas hechas por el poseedor de casa agena.  
 32. 33. Cuando se hacen propios los frutos de cosa agena. 35. De la tradicion.

1. El segundo objeto del derecho son las cosas, por cuyo nombre se entiende: *Aquello que no siendo persona ni accion puede ser de algun útil, ó comodidad al hombre.* La ley (1) designa cinco especies de cosas.

I. Comunes á todos los vivientes, asi racionales como irracionales. II. Comunes á todos los hombres. III. Propias de alguna ciudad, villa, ó pueblo, que son comunes á todos los que la forman. IV. Propias de cada hombre, que puede ganar ó perder el dominio de ellas. V. Las que no pertenecen al dominio de ningun hombre ni se cuentan entre sus bienes.

2. Esta Vª especie de cosas es la que comprende las que se llaman divinas á diferencia de las comprendidas en las otras cuatro que son humanas. Las divinas se distinguen (2) en sagradas, religiosas y santas: las primeras son las que consagran los obispos para el servicio de la Iglesia, y asi lo son los templos y demas cosas destinadas inmediatamente al culto divino; y aun cuando el templo es destruido, queda sagrado el lugar en que estaba edificado (3). Religiosas se llaman por la ley (4) de Partida, imitando al derecho romano, los lugares en que se sepultan los cadáveres; estos lugares son respetados en todas las naciones, y entre nosotros no se distinguen hoy de las cosas sagradas, pues no se verifica la sepultura sino en lugares que hayan recibido la bendición de la Iglesia, ya sean los templos, ya los cementerios. Santas se llaman (5) los muros y puertas de la ciudad, y á los que las rompian ó forzaban se les imponia pena de muerte; mas Grego-

(1) L. 2, tit. 28, P. 3. — (2) L. 12, tit. 28, P. 3. — (3) L. 13 del mismo, tit. y P. — (4) L. 14 de id. — (5) L. 13 de id.

rio Lopez (1) dice, que esto no debe tener lugar sino en la violacion hecha con dolo, y no en la que se hiciese sin él, por la que deberá aplicarse una pena extraordinaria. A estas tres clases debe agregarse una cuarta, á saber: las cosas eclesiásticas, bajo cuyo nombre se comprenden los bienes destinados á los gastos del culto, sustento y manutencion de los ministros (2). No solamente está prohibida la enagenacion de las cosas sagradas, sino tambien la de las eclesiásticas, si no es por necesidad ó utilidad de la Iglesia, ó para algun otro efecto piadoso y con licencia del superior eclesiástico, que deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion (3).

3. Las otras cuatro especies son de las cosas que se llaman humanas. Las de la Iª se dicen *comunes*, porque sirven á los hombres y demas vivientes, como el aire, la agua llovediza, el mar y sus riberas (4), entendiéndose por tal *todo aquel lugar que cubre el agua del mar cuando mas crece en cualquier tiempo de invierno ó de verano* (5). De estas pueden aprovecharse todos los hombres sin que otro pueda impedirselo, ni servirse de la casa ó cabaña que hubiere fabricado, si no es con su consentimiento (6), mas si fuere derribada por el mar, ó de otro modo, podrá otro aprovecharse del sitio.

4. Las de la II se llaman *públicas* y pertenecen á los hombres en general, como rios, puertos, y caminos públicos, de que pueden usar no solo los naturales de aquella tierra donde se hallen, sino tambien los extranjeros (7), á menos que haya alguna ordenanza municipal, ley ó costumbre que limite, ó impida este uso á cierta clase de personas. Como el uso de los rios es comun á todos los hombres, nadie puede hacerlo de

(1) Gregor. Lop. glos. 2 de la ley 13. — (2) L. 12, tit. 28, P. 3. — (3) LL. 1 y 2, tit. 14, P. 1 y 3, tit. 3, lib. 1 del Fuero Real. — (4) L. 3, tit. 28, P. 3. — (5) L. 4, tit. 28, P. 3. — (6) L. 4, cit. — (7) L. 6, tit. y P. cit.

modo que embarace á los demas; así es que si alguno fabricase molino ú otro edificio que estorbara la navegacion, debería derribársele, porque *no es cosa guisada que el pró de todos los hombres comunalmente se estorbe por el pró de alguno* (1). Y aunque el uso de las riberas es igualmente comun, el señorío y propiedad de ellas pertenece al dueño de las heredades á que están unidas (2), y así le pertenecen los árboles que haya en ellas, pudiendo cortarlos, con tal que no sea á tiempo de que esté atada alguna embarcacion, ó al llegar á atarla, porque entonces se reputaria que se impedia el uso comun (3).

5. Las de la III se llaman *propias del comun* ó *concejo de algun pueblo*, entre las cuales hay algunas de que puede usar cada vecino, y otras de que no pueden hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, plazas donde se celebran las ferias y mercados, arenales de las riberas de los rios, ejidos, pastos, carreras ó sitios destinados para correr caballos, montes, dehesas y otros lugares semejantes que sirven para el uso comun de los moradores del lugar (4) y no de los de los otros (5). Las segundas son los campos, viñas, huertas, olivares y otras heredades, los ganados y demas cosas que dan algun fruto ó renta; pues aunque corresponden en comun á los moradores del pueblo á que pertenezcan, no puede cada uno aprovecharse de ellas, sino que deben emplearse sus frutos y rentas en beneficio comun del mismo pueblo (6).

6. Estos bienes de la segunda clase son los que se llaman *propios y arbitrios*, entendiéndose por los primeros las heredades, casas ú otro cualquier género de hacienda que tienen los ayuntamientos para los gastos públicos, y por los segundos los derechos que llaman municipales, y se cobran por las ciudades y pueblos que

(1) L. 8, tit. 28, P. 3. — (2) L. 6, tit. y P. cit. — (3) L. 7 del mismo. — (4) L. 9 del mismo. — (5) L. 10 del mismo. — (6) L. 10, tit. 28, P. 3.

no tienen propios bastantes para los gastos públicos, sobre los comestibles y efectos comerciales, impuestos por la autoridad suprema. La administracion de propios y arbitrios abraza tres cargos principales, que son: 1º el arrendamiento ó subasta de las fincas de propios; 2º la inversion de los caudales de propios y arbitrios, y 3º la formacion de las cuentas. Estos tres puntos están reglamentados en el título 5 del libro 7 de la Recopilacion, ó el 16 del libro 7 de la Novisima, en el título 13 del libro 4 de la Recopilacion de Indias, y en la Ordenanza de Intendentes desde el artículo 28 hasta el 53 inclusive, debiendo los ayuntamientos sujetarse á las prevenciones contenidas en estos lugares por el artículo 11 de la instruccion de 23 de junio de 1813. Mas como muchas de estas disposiciones quedaron sin lugar por la independencia de la nacion, y otras por la forma que adoptó para su gobierno, y en su lugar podrán haber sido sustituidas otras dictadas por las legislaturas de los estados como punto de su organizacion interior, nos abstenemos de referirlas, limitándonos á indicar aquellas mas esenciales y que por su importancia deberán conservarse siempre. Tales son la de que los arrendamientos de las fincas de propios se verifiquen en pública almoneda con todas las solemnidades que para ello se requieren (1), no pudiendo fincar el remate en ninguno de los individuos ó dependientes del ayuntamiento y junta municipal (2): que los ayuntamientos no puedan hacer ningun gasto extraordinario de los fondos de propios y arbitrios que exceda de veinte y dos pesos, sin la prévia aprobacion de la autoridad superior (3), y que en principio del mes de febrero esté efectuada la formacion, entrega y pre-

(1) L. 27, tit. 16, lib. 7 de la N. — (2) La misma.

(3) Por las reales órdenes de 11 de noviembre de 1787 y de 14 de setiembre de 1788 se deroga el art. 34 de la Ordenanza de Intendentes, y se manda practicar lo dispuesto por las leyes de Indias y por la cedula de 12 de julio de 1640. *Nota de Alvarez.*

sentacion de la cuenta de estos ramos (1). Los que desearan mayor instruccion sobre las disposiciones del derecho español en esta materia de propios y arbitrios, y en la de pósitos, que pertenece á esta clase, pueden consultar el Febrero Novísimo de Tapia en los capítulos 1º, 2º y 3º del título 1º del libro 2º.

7. La IV especie comprende las cosas *particulares* que pertenecen señaladamente á cada hombre ó comunidad, pudiendo adquirir ó perder el dominio de ellas (2). Estas son corporales ó incorporales (3): las primeras son las que se pueden ver y tocar, y se distinguen en muebles que son las que pueden moverse por sí como los animales; ó por los hombres, como las alhajas; y en inmuebles ó raíces que no se pueden mover, como las casas (4). Las incorporales, son las que no se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones.

8. Explicadas las especies de cosas, se sigue tratar del derecho que pueda tenerse á ellas. Este derecho es á veces *en la cosa*, y á veces *á la cosa*. El primero es el poder ó facultad que el hombre tiene sobre cosa cierta y determinada sin referencia á persona alguna (5), y el segundo por el contrario, es la facultad que una persona tiene para obligar á otra á que le dé ó haga alguna cosa (6). Uno y otro derecho se distinguen: 1º en que cuando el derecho es *en la cosa*, esta es la obligada, y cuando es *á la cosa* lo es la persona: 2º que por el derecho *en la cosa* se pide lo que es propio, y por el de *á la cosa* lo que otro está obligado á dar ó hacer, y 3º del derecho *en la cosa* resulta accion real contra cualquier poseedor, y del que es *á la cosa* solamente personal contra aquella que se obligó; de ahí es que solo hay una especie de derecho á la cosa que es la obligación, y son varias las del derecho en la

(1) L. 13, art. 7, tit. 16, lib. 7 de la N. — (2) L. 2, tit. 28, P. 3. — (3) L. 1, tit. 30, P. 3. — (4) L. 4, tit. 29, P. 3. — (5) Arg. de la ley 13, tit. 11, P. 3. — (6) Arg. de la ley 33, tit. 5, P. 3.

cosa, y las principales son cuatro: *dominio, servidumbre, herencia y prenda*.

9. El dominio, al que las leyes (1) llaman *señorio*, y *propiedad*, es el *derecho de disponer de una cosa segun su arbitrio si no lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convencion*. Cuando se tiene juntamente la facultad de disponer y de usar de la cosa, el dominio se dice *pleno*, y cuando solo es para uno, ó para la otra se llama *menos pleno*, el cual si es para disponer de la cosa se dice *directo*, y si para usar de ella *útil*. Aunque en rigor el dominio solo es de cosas corporales latamente, se dice tambien de las incorporales, ó derechos, principalmente los reales, ó en la cosa, como que gravitan en ella á favor del que los tiene.

10. La division del dominio de las cosas es de derecho natural y de gentes, mas los modos de adquirir este dominio, unos son de derecho natural, y otros introducidos por el civil. Los modos naturales de adquirir el dominio, son originarios ó derivativos: se llaman originarios, cuando se adquiere alguna cosa que no estaba en dominio de otro, y derivativos, cuando la cosa que era de otro pasa al nuestro por entrega de su dueño. Cuando adquirimos alguna cosa que no era de otro, se llama *ocupacion*, y es el modo originario perfecto. Cuando adquirimos lo que se unió ó agregó á cosa que era nuestra ó procedió de ella, se llama *accession*, que es el modo originario imperfecto, y cuando alguno nos entrega lo que era suyo para que sea nuestro se llama *tradicion*, que es el modo derivativo.

11. La ocupacion es la *aprension real de una cosa corporal de ninguno con ánimo de adquirirla para sí* (2), y se distingue en tres especies que son: la caza, la ocupacion bélica, y la invencion. La caza es la apren-

(1) L. 27, tit. 2, P. 3. — (2) L. 17, tit. 28, P. 3.

sion de animales, los cuales son mansos, ó fieros, ó amansados. Fieros se llaman, *los que por instinto tienen inclinacion de ir y vagar por todas partes sin apetecer la compañía del hombre*. Estos son del que los coje, aunque sea en campo ageno, con tal que no lo impida el dueño de él, ya sea prohibiendo la entrada, ó prohibiendo que se eaze en él; pues en estos casos la caza es del dueño del campo (1). El cazador pierde el dominio, si los animales salen de su poder, y vuelven á su anterior estado, lo que se entiende sucedido, cuando han huido, y se hallan tan lejos que ó no se ven, ó si se ven, es de modo que no pueden cogerse, y entonces se hacen del primero que los coje (2). La ley de Partida (3) disponia, que si herida una fiera y perseguida por el cazador, la aprendia otro, fuese de este; mas otra (4) del Fuero Real prohibe que se aprenda la fiera herida, mientras la persigue el que la hirió. Conforme á la misma ley de Partida hace suya la fiera el que la aprende enredada en el lazo que otro puso, aunque en la misma se cita la costumbre contraria de algunos lugares, á la cual se inclina Gregorio Lopez (5) citando á Azon, que dice ser general, principalmente si la fiera estaba tan enredada que no podia escapar, ó si estaba á la vista el que puso el lazo.

12. Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho natural, la potestad soberana puede modificarla ó limitarla en beneficio del comun, como lo prueba Covarrubias (6). Segun este principio se leen varias limitaciones en nuestro derecho (7) que sustancialmente se reducen á las siguientes: 1ª que no se eaze en tiempo de cria; 2ª que no se armen cepos grandes en los mon-

(1) L. 17, tit. 28, P. 3. — (2) L. 19, tit. y P. cit. — (3) L. 21 del mismo. — (4) L. 16, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real. — (5) Grego. Lop. glos. 1 y 3 de la ley 21, tit. 28, P. 3. — (6) Covar. in cap. *Peccatum* de reg. jur. in 6, § 8. — (7) LL. 1, 2, 6 y 9, tit. 8, lib. 7 de la R. ó 3, 1 y 8, tit. 30, lib. 7 de la N.

tes, y 3ª que para la pesca no se use de cal viva, tósigo, veneno ú otras cosas perjudiciales.

13. El buceo de perlas es una especie de pesca, que está permitida generalmente, pagando á la hacienda pública el quinto de las que se sacaren, y pidiendo licencia para ello al gobernador y gefe de hacienda del estado ó territorio en cuyos mares se haga la pesca (1).

14. Entre los animales que se reputan fieras se cuentan las abejas, que mientras se conservan en las colmenas son del dueño de estas; mas los enjambres que salen solo le pertenecen mientras los tiene á su vista y no tan lejos que se considere imposible recogerlos; pues entonces son del primero que los ocupa, metiéndolos en colmena ó asegurándolos de otro modo, aunque pararen en árbol ageno, si no es que el dueño del campo, estando presente, prohibiese cogerlos, y lo mismo debe decirse de los panales que allí fabricaren (2); mas no podrá prohibir al dueño del enjambre, que vaya en su persecucion, entrar á su campo á recogerlo (3).

15. Mansos se reputan todos los animales que nacen y se crian en las casas, como las gallinas, los ánseres y patos; y estos permanecen en el dominio del que los crió, aun cuando vuelen y se vayan de su casa, y los puede reclamar al que los retenga con intencion de hacerlos suyos (4).

16. Amansados se llaman, los que siendo fieros ó salvages por naturaleza tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres. Mientras conservan esta costumbre, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos; y si la

(1) LL. 29, 30 y tit. 23, lib. 4 de la R. de Ind. Vease el decreto de las cortes de España de 16 de abril de 1812, decreto de 20 de nov. de 1829 y 23 de mayo de 1832. — (2) L. 22, tit. 28, P. 3. — (3) L. 17, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real. — (4) L. 24, tit. 28, P. 3.

dejan, la de los fieros. En la ley (1) se refieren varias especies de estos animales, de las que la mas notable es la de las palomas. En orden á estas hay algunas disposiciones particulares dirigidas á impedir los daños que suelen causar en las sementeras y eras en los tiempos de cosechas. Estas disposiciones ampliadas respecto de lo que estaba determinado (2) por la pragmática de 16 de setiembre de 1784 (3) se reducen; á imponer á los dueños de palomares la obligacion de cerrarlos y ponerles redes en los meses de junio, julio y agosto, octubre y noviembre, sin que pueda ampliarse ni reducirse este término: que si en esos meses se hallaren las palomas fuera del palomar se les pueda tirar por los vecinos ó forasteros, sean labradores ó nó, en los sembrados y en las eras sin incurrir en pena alguna, con tal que siendo dentro de la distancia del tiro se haga á espalda vuelta á los palomares: que los dueños de estos, ademas de perder las palomas, paguen el daño á justa tasacion, y un real de vellon de multa por cada una, con agravacion en los casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares, y otras arbitrarias; y por último, que fuera de esos meses queden en su vigor las disposiciones anteriores (4) por las que se prohíbe tirar en las inmediaciones de los palomares, sino solo á distancia de una legua en contorno.

17. La segunda especie de ocupacion es la bélica, y es la aprension de las cosas de los enemigos en guerra (5), por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo; lo que indica con bastante claridad, que este derecho no tiene lugar en las guerras civiles, en las que los contendientes no pueden decirse enemigos en el sentido que aqui se le da á esta

(1) L. 23, tit. y P. cit. — (2) L. 7, tit. 8, lib. 7 de la R. ó 3, tit. 31, lib. 7 de la N. — (3) L. 4, tit. 31, lib. 7 de la N. — (4) L. 7, tit. 8, lib. 7 de la R. ó 3, tit. 31, lib. 7 de la N. — (5) L. 20, tit. 28, P. 3.

palabra. Aunque las leyes de nuestro derecho (1) contienen las disposiciones relativas á la ocupacion bélica, como esta es verdaderamente un modo de hacer la guerra, y el tratar de esta es mas propio de los autores que hablan del derecho de gentes, que de los que como nosotros tratan del civil, nos limitamos á citarlas en la nota, remitiendo á nuestros lectores que quieran instruirse sobre este punto al cap. 3 del lib. 3 del *Derecho de Gentes*, escrito por Vattel.

18. La última especie de ocupacion es la invencion, por la cual se adquiere el dominio de las cosas que se encuentran casualmente sin dueño conocido, como las piedras preciosas y otras cosas semejantes en las riberas del mar (2), ó que se hallan desamparadas por su dueño con ánimo de no volver á poseerlas, cuya circunstancia es absolutamente necesaria, y por su falta no tiene lugar la adquisicion de dominio en las cosas muebles que se arrojan al mar por miedo ó peligro de naufragio, ni en las heredades ó casas que el dueño deja desamparadas sin atreverse á ocuparlas por temor de ladrones ó enemigos (3). Tampoco se adquiere por la invencion el dominio de los bienes que se llaman *mostrencos*, que son las fincas que se hallan perdidas sin saberse de quien son, las cuales segun las últimas disposiciones (4) que corrigieron las anteriores (5) de-

(1) Todo el tit. 26 de la P. 2. La I. 21, tit. 4, lib. 6 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 6 de la N. Todo este tit. 8 del lib. 6, de la N. en que se insertan las últimas ordenanzas de corso. — (2) L. 3 tit. 28, P. 3. — (3) LL. 49 y 50, tit. 28, P. 3. — (4) L. 6, tit. 22, lib. 10 de la N. que comprende el decreto de 27 de noviembre de 1783 y la instrucción de 26 de agosto de 1786. — (5) LL. 6, 7 y 8, tit. 13, lib. 6 de la R. ó 2, 4 y 5, tit. 22, lib. 10 de la N.

Debe tenerse presente que segun parece, la práctica en este país era conforme á la circular del que se llamaba Superior Gobierno, de 21 octubre de 1782, en que se manda que las justicias publiquen por bando que quien hallase bienes sin dueño conocido, los manifestase, apercibido de incurrir en las penas de la ley 18,

ben pregonarse por espacio de eatorce meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda reclamar; y si pasado este término no apareciere, se deben vender y aplicar su producto á la construccion y conservacion de caminos.

19. Con respecto al hallazgo ó invencion de un tesoro, esto es, dinero escondido, aunque la ley de Partida (1) concedia por razon de la ocupacion la mitad de el al que lo hallaba, otra mas reciente (2) solo le

tit. 20, lib. 4 de la Recopilacion de Indias. Que los bienes mostrencos se depositen y pregonen para que parezca su dueño; y no pareciendo dentro de un año, se rematen públicamente en el mayor y mejor postor, enterando su producto en las cajas reales inmediatas, á donde pasarán testimonio cada año para que sus oficiales reales se fornten el correspondiente cargo. Beleña trae esta disposicion bajo el num. 133, tom. 1, pág. 117 del tercer foliage de su *Recopilacion de autos, etc.*, y no menciona las disposiciones citadas en nuestro número 18 referido, de lo que puede inferirse que no se habian comunicado á este pais. El mismo Beleña en una nota sobre el lugar citado, dice: Que por el artículo 83 de la Ordenanza ó instruccion de intendentes (cuya fecha es de 4 de diciembre de 1786), está prevenido que estos conozcan de los bienes vacantes, en cualquier manera que estén, así para la averiguacion, como para ponerlos en cobro y aplicarlos á la real hacienda, precediendo las diligencias necesarias por derecho, y dando cuenta por la via reservada de Indias.

En orden de 11 de marzo de 1807, comunicada por D. Manuel del Castillo Negrete, como delegado del virey, al intendente de Méjico, se dice: Que sin embargo de estar prevenido por las leyes de Indias y órdenes expedidas por el virey para su observancia, que se aplique á la real cámara el valor integro de los bienes mostrencos, habia determinado el virey en junta superior de real hacienda, celebrada en 16 de octubre de 1806, que entretanto resolvia el rey, se compensase á las personas que manifestasen dichos bienes, en los que se comprenden las alhajas de oro y plata, y cualquier otra cosa vacante y sin dueño, con la cuarta parte de su valor, si este no excediese de cien pesos, y con la asignacion que hiciera la junta, si el valor excediese de esta cantidad. Pero no sabemos cual sería la resolucion del rey.

(1) L. 43, tit. 28, P. 3. — (2) L. 1, tit. 13, lib. 6 de la R. ó 3, tit. 22, lib. 40 de la N.

daba la cuarta parte; y aunque parece hablar solamente de los tesoros hallados en lugares pertenecientes al dominio del soberano, Covarrubias (1) y con mas extension Gutierrez (2) prueban deber entenderse de todos, y que en esto no hay injusticia. Mas así la ley de Partida como la de la Recopilacion que la reformó, nunca tuvieron lugar en América, para la cual se dictaron disposiciones diversas que vamos á explicar. Todo el que intente descubrir tesoros, haciendo excavaciones, debe capitular primero con el gobernador la parte que haya de dársele de lo que sacare, y dar fianzas bastantes de que satisfará los daños que se siguieren en las casas y posesiones donde se hicieren, tasándose por peritos nombrados por ellos. Las costas y gastos serán por cuenta del que intente el descubrimiento, y este se hará con asistencia de una persona de confianza designada por el gobernador, la cual asistirá y llevará cuenta al descubridor de lo que hallare, haciéndolo valuar; y de todo ello se le dará la parte concertada, sacándose los derechos y quinto que corresponde al fisco, al cual se aplicará la parte restante (3).

20. De los *guacas* ó tesoros que se hallen en sepulturas, casas ó adoratorios antiguos de los Indios, sea que se busquen de intento, ó que se encuentren por acaso siendo cosas de oro ó plata fundida ó labrada, piedras ó perlas, se ha de aplicar al fisco el quinto, y el uno y medio por ciento de fundicion al ensayador y marcador, si no constare estar ya pagado, debiendo sacarse primero esto que el quinto; y siendo cobre, plomo ó estaño, el uno por ciento y el quinto, y del resto se aplicará la mitad al fisco y la otra al descubridor (4).

(1) Covar. in cap. *Peccatum* de reg. jur. in 6 part. 3, § 2, n. 4. — (2) Gutier., lib. 4, pract. quest. 36, n. 34. — (3) L. 1, tit. 12, lib. 8 de la R. de Ind. — (4) L. 2, tit. 12, lib. 8 de la R. de Ind.

21. A la invencion pertenece tambien la adquisicion de las minas por descubrimiento, ó por denuncia. El descubrimiento, ha de ser ó de cerros minerales absolutamente nuevos, y en estos podrá adquirir el descubridor hasta tres pertenencias de las medidas señaladas, ó de veta nueva en cerro conocido, y entonces podrá tener dos pertenencias seguidas ó interrumpidas por otras minas, pero designándolas, lo mismo que las expresadas arriba, dentro de diez dias (1). Mas el que descubriere mina nueva en veta conocida no se tiene por descubridor (2). El denunció ve verifica respecto de minas que se han dejado desiertas y despobladas (3), ó en las que se haya dejado de observar alguna de las ordenanzas, que imponen la pena de caer en denuncia (4). Ninguno puede denunciar dos minas contiguas en una misma veta, no siendo descubridor; pero bien pueden poseerse una por denuncia, y otra ó mas por venta ú otro título justo (5). No pueden adquirir minas los regulares de ambos sexos ó sus conventos, ni los eclesiásticos seculares (6). Tampoco las autoridades, jueces ni escribanos de los asientos de minas, aunque podrán adquirirlas en otros departamentos (7), ni los administradores y demas dependientes de los dueños de minas en mil varas en contornos de las de sus amos, aunque si pueden denunciarlas para estos (8). Los extranjeros por último no pueden descubrir ni denunciar minas pues aunque por el artículo 1º del decreto de 7 de octubre de 1823 se suspendieron todas las disposiciones (9) que exigian en los extranjeros la calidad de naturalizados, para poder ad-

(1) Artículos 1 y 2, tit. 6 de las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1783. — (2) Art. 3, tit. 6. — (3) Art. 8. — (4) Art. 11. — (5) Art. 17, tit. 6 de la Ordenanza. — (6) Art. 2, tit. 7. — (7) Art. 3. — (8) Art. 4. — (9) L. 12, tit. 10, lib. 5 de la R. ó 13, tit. 5, lib. 3 de la N. L. 3, tit. 18, lib. 6 de la R. ó 4, tit. 13, lib. 9 de la N. L. 1, tit. 10, lib. 8 y las del tit. 27, lib. 9 de la R. de Ind.

quirir y trabajar minas propias; mas por esta suspension segun el artículo 2º solo se habilitó á los extranjeros para poder adquirir en propiedad acciones en las negociaciones de minas que habilitasen, quedando subsistente por el artículo 3º la prohibicion de registrar minas nuevas, ó denunciar las desamparadas. Las diligencias que deben practicarse para que se declare el dominio al descubridor, ó denunciante se explicarán cuando tratemos de los juicios.

22. El segundo modo de adquirir el dominio es la *accesion*, la cual es *el derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á una cosa nuestra*, y es de tres maneras, *natural, artificial y mixta*. Natural es la que se hace por la naturaleza, artificial la que hace la industria de los hombres, y mixta la que participa de ambas. Algunos autores distinguen tambien la *accesion en discreta*, cuando hay diversos cuerpos de los que uno sigue al otro, y *continua* cuando la parte añadida forma un todo con la otra á que se añadió.

23. Por *accesion natural discreta* se adquiere el dominio del parto por los dueños de las hembras, por el axioma de que *todo lo que nace de un vientre que está en nuestro dominio es nuestro*, y así el dueño de la vaca lo es de su parto, aunque no lo sea del toro, á cuyo dueño nada se le debe, á menos que haya pacto, ó costumbre de pagarle algo (1). Por la misma se adquieren los frutos que producen los campos.

24. De la *accesion natural continua* hay cuatro especies que son el aluvion, la fuerza del rio, la isla que nace en él y la mutacion del cauce. El aluvion es *el crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á los campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une en cada vez*, y este aumento se hace propio del dueño del campo

(1) L. 23, tit. 28, P. 3.

por accesion (1). Aunque esto se entiende, segun Alvarez (2) en los campos que no tienen mas limites que el rio, á los cuales llaman *arcifinios*, pues teniendo limite cierto, lo que se les aumentare será publico. La fuerza del rio se verifica quando en alguna avenida el rio arranca violenta y repentinamente una parte de la heredad del vecino con árboles ó sin ellos, y la agrega á la de otro. En este caso la parte añadida no se hace propia del dueño del campo á que se agregó, si no es que pase tanto tiempo sin reclamarse por el de la heredad de que se desprendió, que los árboles se hayan arraigado en el otro fundo; en cuyo caso pasa el dominio al dueño de este con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos (3); sobre lo cual advierte Gregorio Lopez (4), que el exigirse el arraigo de los árboles, es para indicar que debe transcurrir cierto tiempo, pues lo mismo sucederia si no hubiese árboles que arraigaran, y que el menoscabo debe calcularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

25. La isla que se forma de nuevo en un rio pertenece por accesion á los dueños de los campos de ambas riberas, si ella está en el medio, con proporecion á la parte que toca de cada uno; pero si se acerca mas á una ribera que á otra, de modo que esté sola una mitad del rio, la dividirán entre sí solamente los que tengan sus heredades á esta parte, y siempre que ni esté en el medio, ni enteramente á un lado, se hará la medida y division con proporecion al tamaño de las heredades, y al lugar de la isla (5). Si los campos vecinos pertenecieren á uno en usufructo, y á otro en propiedad, la isla pertenecerá en cuanto á ambas cosas al propietario, á diferencia de lo que se adquiere por aluvion ó

(1) L. 26, tit. y P. cit. — (2) Alvar. Instit. del Dro. Real., lib. 2, tit. 1, § 6. — (3) L. 26, tit. 28, P. 3. — (4) Greg. Lop. glos. 6 y 7 de la ley 26. — (5) L. 27, tit. 28, P. 3.

fuerza del rio, que pertenece en usufructo al fructuario (1). Si la isla se formare por una grande avenida, que dejase aislado algun campo, permanecerá en el dominio de quien era dueño de este (2). En el mar la isla que aparece de nuevo es del que la puebla primero; mas debe obedecer al señor en cuyo señorío esté el lugar donde apareció (3). Cuando un rio muda de cauce, el que toma de nuevo se hace comun como el rio, y el que deja le adquieren los dueños de los campos vecinos (4). Los campos inundados ó cubiertos de agua por alguna avenida permanecen en el dominio del que era su dueño antes de la inundacion, y aunque durante esta tenga embarazada la posesion, luego que cese, y los campos se descubran, puede usar de ellos, como lo hacia antes (5).

26. La accesion industrial puede ser por *adyuncion* ó *conjuncion*, por *especificacion*, ó formacion de especie nueva, ó por *convixion* ó mezcla. Por adyuncion se verifica quando á una cosa existente se añade otra que la completa ó perfecciona. Esto puede hacerse por *inclusion* como si una piedra agena se engasta en anillo propio, por *soldadura*, como si á una estatua propia se suelda con el mismo metal el brazo ageno, por *intextura* como si en tela propia se borda con seda agena, por *edificacion*, como si en suelo propio se fabrica con materiales agenos, ó con materiales propios en suelo ageno, por *escritura* escribiendo en papel ageno, y por *pintura* pintando en lienzo de otro. En todos estos casos el dueño de la cosa que existia adquiere por la accesion el dominio de la cosa añadida, siempre que en la adyuncion hubo buena fe, esto es, que se creyera que la cosa que se añadía era propia, y con las modificaciones que notaremos despues; fundándose esta doctrina general en que lo accesorio sigue

(1) L. 30, tit. y P. cit. — (2) L. 28 del mismo. — (3) L. 29 del mismo. — (4) L. 31 del mismo. — (5) L. 32, tit. 28, P. 3.

á lo principal (1), reputándose tal la cosa que existía, menos en la pintura, en la cual por la nobleza de la obra, el lienzo cede á ella (2).

27. El requisito de la buena fe es tan esencial en la adyuncion para la adquisicion del dominio, que faltando en el dueño de la cosa que existía, no solo no lo adquiere respecto de la cosa añadida, sino que al dueño de esta se le concede la accion de hurto contra aquel (3), y si el que hizo la adyuncion fue este, y no con buena fe, pierde su cosa presumiéndose que la dona, como si el dueño del brazo de metal lo une á la estatua que sabe que es mia (4). Mas aunque habiendo buena fe se adquiere el dominio de las cosas ajenas por la accesion industrial, es con la obligacion de parte del que lo adquiere de satisfacer al otro el valor de la cosa, cuyo dominio pierde, ó de devolvérsele si se puede, como sucede en el caso de la estatua, en el que su dueño tiene la eleccion, ó de retener el brazo añadido, pagándolo, ó de devolverlo, si nó.

28. Hemos indicado que las leyes hacen ciertas modificaciones en algunos de los casos que acabamos de explicar, y son las siguientes. En la soldadura ademas de la buena fe, se requiere que sea hecha con el mismo metal de que es la pieza, pues si se hace con otro, aunque haya buena fe, no se adquiere el dominio. En la escritura, si el dueño del libro quisiere quedarse con él, deberá pagar al que escribió, tasándose antes por peritos; mas si el escrito fuese secreto, ó el que lo hizo tuviese mucho interes en conservarlo, dicta la equidad á falta de leyes, que se le deje pagando al dueño el valor del libro. En la edificacion hay que notar, que aun cuando no hubiese buena fe en el que tomó los materiales ajenos para edificar en terreno

(1) LL. 35, 36, 37, 38, 42 y 43, tit. 23, P. 3. — (2) L. 37 citada. — (3) LL. 35 y 36 citadas. — (4) La misma ley 35.

propio, no tiene el dueño de ellos el derecho de vindicarlos, por evitar la deformidad que resultaria á las poblaciones arruinando las casas; pero al que los tomó se le impone la obligacion de pagar duplicado el valor de ellos (1) Otra ley (2) distingue al que edificó con buena fe del que lo hizo con mala: respecto del primero concede la accion al doble, y del segundo dice que deberá pagar cuanto jurare interesarle el que recibió el daño, de manera que cotejadas estas dos leyes, resulta que contra el que edificó de mala fe hay accion para pedir el interes, ó el valor doble de los materiales; debiendo advertir, que en la práctica no hemos visto, ni creemos se verá, que al que edificó con buena fe se le condene al doble.

29. La especificacion, ó formacion de nueva especie se verifica cuando de una cosa agena se hace otra nueva distinta. En este caso debe distinguirse, si la materia se puede restituir á su primera forma, ó no. Si no se puede, el dominio de la materia pertenece al que formó la especie, y asi será mio el vino ó el aceite que hice de uvas y aceitunas ajenas, y entonces el modo de adquirirlo se reduce á la ocupacion, porque la especie formada como cosa que aparece de nuevo, se reputa de ninguno, y es del primero que la ocupa (3). Mas si se puede restituir la materia á su primitiva forma, como si de mi plata pasta se hace un vaso, que puede fundirse y recobrar su estado, pertenece al dueño de la materia; y en uno y otro caso tienen accion entre si ambos dueños, ó el de la materia á que le pague su va-

(1) L. 38, tit. 28, P. 3. — (2) L. 46, tit. 2, P. 3.

(3) No nos parece muy exacto lo que dice Sala sobre reputarse de ninguno, y ser del primero que la ocupa la especie formada de materia agena, que no puede reducirse á su primitiva forma; y creemos que en ambos casos hay una verdadera accesion, por la que ó el que indujo la forma se atrae la materia, ó el dueño de esta á la forma inducida.

lor el que formó la especie, si él se la lleva, ó este á que el otro le satisfaga las expensas, si se queda con la cosa (1). Pero debe advertirse, que esto se entiende habiendo buena fe en el especificante, pues si no la tuvo, sino que sabia que era agena la materia en que trabajaba, pierde la obra y las expensas (2).

30. La tercera especie de accesion industrial es la commixtion ó mezcla, que puede ser de cosas secas que conservan mezcladas su naturaleza, como el trigo mezclado con cebada, ó de liquidas que mudan su naturaleza en la mezcla, resultando una nueva especie, y á esta suelen llamar *confusion*. En cualquiera de las dos, si se hizo con la voluntad de ambos dueños, la masa se hace comun, y deberá partirse con proporción á las cantidades que cada uno puso. Si solo se hizo por uno, siendo separables las cosas, cada uno vindica su materia (3); y si no lo son, como en el caso de la *confusion*, el que la hizo deberá pagar al dueño de la cosa su estimación, los daños y perjuicios. Si la mezcla se hizo por acaso, pudiéndose separar las cosas, cada uno vindica la suya; mas si no se pudiere, se hace comun el todo, partiendolo los dueños entre sí con proporción á la parte de cada uno (4).

31. La accesion mixta comprende la *planta*, la *siembra*, y la *percepcion de los frutos de cosa agena*. Para la planta y la siembra es regla general que *todo lo que se siembra y planta cede al suelo*, porque este se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio; y así sea que se siembre semilla agena en campo propio, ó semilla propia en campo ageno, la siembra será del señor del suelo, pero debe pagar los gastos

(1) L. 38, tit. 28, P. 3.

(2) La misma l. al fin v. *Empero*, y sobre ella Berni, quien advierte que la práctica en este caso es, que la parte que fabrica paga las expensas y daños, y perjuicios al dueño de la materia.

(3) L. 34, tit. 28, P. 3. — (4) La misma.

hechos en ella y en la semilla (1), y del mismo modo toda planta puesta en campo ageno, se hace del dueño de él, pero no antes de que arraigue (2). De los árboles puestos en los confines se puede dar otra regla general, y es que el dominio del árbol se estima en derecho por las raíces (3); de manera que si las raíces están en una heredad, y las ramas caen para otra, el árbol pertenecerá al dueño de aquella, y estando las raíces en las dos heredades el árbol será comun á los dueños de ellas (4).

32. Para la percepcion de los frutos de cosa agena se requiere 1º poseerla no con una posesion natural, que es la mera detencion de la cosa, sino con la posesion civil que resulta de la detencion corporal de la cosa, y el ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio: 2º buena fe, esto es, el juicio recto por el que uno se cree dueño de la cosa sin motivo para juzgar lo contrario; debe ser continua, ó no interrumpida, porque luego que hay razon para no creerse dueño, deja de haber buena fe: 3º justo título y bastante para transferir el dominio, y así es que el que tiene la cosa agena en comodato, aunque posee de buena fe y con justo título, no hace suyos los frutos de ella, porque el título no es bastante á transferir el dominio. Con estos requisitos adquiere para sí el poseedor de cosa agena los frutos que hubiere percibido de ella hasta que apareciendo el verdadero dueño, se haya contestado el pleito, estando consumidos ó gastados; pues los no gastados ó existentes los debe entregar al dueño de la finca, sacando primero las expensas, lo cual tambien puede hacer el poseedor de mala fe (5). Esta doctrina debe entenderse de los frutos que se

(1) L. 43, tit. 28, P. 3. — (2) La misma. — (3) Argumento de la misma vers. *Otro si*, en el medio. — (4) La misma ley. — (5) L. 39, tit. 28, P. 3.

llaman *industriales*, porque no vienen sin la industria y cultivo del hombre.

33. Mas respecto de los frutos *naturales*, que son los que dan los campos sin que intervenga el trabajo del hombre, debe restituirlos el poseedor con la heredad, aunque los haya percibido y consumido de buena fe; respecto del poseedor de mala fe, si los ha consumido, dice la ley (1), que debe restituir su precio, y así parece igualado en cuanto á la obligacion de devolver los frutos el poseedor de buena fe con el de mala; mas Gregorio Lopez (2) la explica asentando, que la devolucion del precio de los frutos consumidos por el poseedor de buena fe solo debe ser en cuanto se hizo mas rico, y por el de mala en el todo. Esta interpretacion sobre ser conforme á la equidad, tiene fundamento en la misma ley, que habiendo dicho del poseedor de buena fe, que debe restituir los frutos despendidos, varia de locucion cuando habla del de mala, diciendo que debe pechar el precio de ellos; y esta variacion en el modo de explicarse indica que la hay en la doctrina, y no puede ser otra que la dicha. La ley (3) distingue entre los poseedores de mala fe aquellos que han robado la cosa, ó entrado en su posesion sin título de los que la tienen por compra, donadio, ú otro título justo, pero sabiendo que aquel de quien la han habido no tenia derecho de enagenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio, deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubiera podido llevar su dueño; y de los segundos, que deben restituir los frutos percibidos, pero no los que hubieran podido percibirse; de cuya limitacion pone cuatro excepciones de las que la mas notable es, cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fue partcipe del engaño.

(1) L. 39, tit. 28, P. 3. — (2) Greg. Lop. glos. 9 de la l. 39. — (3) L. 40, tit. 28, P. 3.

34. En orden á las expensas hechas por el poseedor de casa agena, se distinguen en necesarias, útiles y voluntarias. Las necesarias las puede cobrar todo poseedor sea de buena ó de mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; mas debe tomar en descuento los frutos ó provecho que hubiere percibido. En las no necesarias pero útiles ó provechosas, se debe distinguir entre el poseedor de buena y de mala fe: el primero las puede cobrar, como las necesarias, y el segundo las puede sacar y llevárselas, si el dueño no quisiere pagárselas. En las voluntarias puede haer esto el poseedor de buena fe, dejándolas si el dueño las quiere, ó llevándose las si no; mas el de mala nada puede sacar, ni cobrar por razon de estas (1).

35. El único modo derivativo de adquirir el dominio, es la tradicion ó entrega de la cosa que hace el dueño ó su procurador con justo título, bastante para transferir el dominio al que recibe. La tradicion puede ser *natural*, *simbólica* ó *ficticia*: se dice *natural*, cuando realmente se entrega la cosa en manos del que la compra ó adquiere por otro título; *simbólica*, cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir, como si se dan las llaves del granero en que está encerrado el trigo que se vende (2), y *ficticia* cuando no interviene entrega real en el acto, sino que se presume ó finge, y esta ficcion puede ser de dos modos, ó *longa manu*, cuando la cosa se pone á la vista de aquel á quien se entrega, sin que él la toque (3), ó *brevis manus*, cuando el que ya está en posesion de una cosa, se da por entregado de ella, como si teniendo yo en mi poder una cosa de Juan en arrendamiento, ó depósito, me la vende, adquiero el dominio sin necesidad de la tradicion real, porque el dere-

(1) L. 44, tit. 28, P. 3 que habla con mas claridad que las 41 y 42 que tratan de lo mismo. — (2) LL. 6, 7 y 8, tit. 30, P. 3. — (3) L. 6 cit. vers. *empero si un home*.

cho finge que se la restitui, y me la entregó despues (1). Para que por la tradicion se adquiriera el dominio se requiere que sea hecha por el dueño de la cosa, ó su procurador, y que haya título hábil para transferir aquel, como venta, permuta, dote ú otro semejante; aunque advertimos que en la venta no se transfiere el dominio por la tradicion, si no se paga el precio, á menos que el comprador de fianza, prenda, ó plazo (2). En las cosas incorporates, como las servidumbres, y otros derechos, no hay una tradicion real, sino solo una cuasi tradicion, que consiste en el uso que hace el uno, y el consentimiento del otro (3). Las monedas y otras cosas que en algunas solemnidades se arrojan al pueblo, se hacen del que las toma por una especie de tradicion fingida (4).

## TITULO II.

## DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29, P. 3 y 13, lib. 4 de la R., ó 8, lib. 11 de la N.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Qué es prescripcion.                                     | para la prescripcion.                                   |
| 2. Sus requisitos.  | 9. De la posesion continua.                             |
| 3. Del justo título.  | 10. Qué se requiere para adquirir la posesion.          |
| 4. De la buena fe.  | 11. Quiénes y para quiénes pueden ganar la posesion.    |
| 5. Del tiempo prefijado.                                    | 12. Cómo se pierde.                                     |
| 6. Del tiempo que se necesita en las varias prescripciones. | 13. Cuándo se reputa interrumpida para la prescripcion. |
| 7. Del necesario para ganar la posesion.                    |   |
| 8. De la capacidad necesaria                                |   |

1. Entre los modos de adquirir el dominio introdu-

(1) L. 47, tit. 28, P. 3. — (2) L. 46 del mismo. — (3) L. 1, tit. 30, P. 3. — (4) L. 48, tit. 28, P. 3. Alvarez se inclina á que esta adquisi-

cidos por el derecho civil, el mas célebre es el que las leyes romanas, y tambien las patrias (1) llaman *usucapion*, y hoy en dia mas comunmente prescripcion, que es la *adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*, ó en otros términos: el derecho que nace de la posesion no interrumpida de la cosa por el tiempo que las leyes prefijan (2). Cuando hemos dicho que la prescripcion está introducida por derecho civil, no hemos intentado contradecir la opinion que sostiene que es de derecho natural (3), sino puramente advertir que entre nosotros está determinada por la ley civil que le ha señalado las condiciones y fijado los términos en que debe surtir sus efectos. Tampoco es de nuestro objeto hacer la apologia de una institucion reconocida generalmente por útil, y adoptada como tal para poner coto á los litigios, á pesar de la apariencia de injusticia con que á primera vista se presenta.

2. Las condiciones ó requisitos para la prescripcion son cinco, á saber: I. Justo título. II. Buena fe. III. Tiempo prefijado. IV. Capacidad en el que prescribe, y en la cosa para ser prescripta, y V. Posesion no interrumpida.

3. I. El justo título es una causa tal para poseer la cosa, que sea bastante á transferir su dominio; de manera, que si la cosa se posee con justo título, pero no hábil para transferir el dominio, no produce prescripcion, como sucede en el que tiene una cosa en arrendamiento, que en ningun tiempo la prescribe, porque la locacion no es título traslativo de dominio. Para la completa inteligencia de esta materia es necesario

cion se hace mas bien por ocupacion que por tradicion, que no puede hacerse á persona incierta, § 7 del tit. 1 del lib. 2. — (1) El tit. 13 del lib. 4 de la R. ó 8 del lib. 11 de la N. — (2) Modestin. ff. ley 3 de usu cap. et usurpat. — (3) Vattel. Derecho de gentes, lib. 2, cap. 11.

cho finge que se la restitui, y me la entregó despues (1). Para que por la tradicion se adquiriera el dominio se requiere que sea hecha por el dueño de la cosa, ó su procurador, y que haya título hábil para transferir aquel, como venta, permuta, dote ú otro semejante; aunque advertimos que en la venta no se transfere el dominio por la tradicion, si no se paga el precio, á menos que el comprador de fianza, prenda, ó plazo (2). En las cosas incorporates, como las servidumbres, y otros derechos, no hay una tradicion real, sino solo una cuasi tradicion, que consiste en el uso que hace el uno, y el consentimiento del otro (3). Las monedas y otras cosas que en algunas solemnidades se arrojan al pueblo, se hacen del que las toma por una especie de tradicion fingida (4).

## TITULO II.

## DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29, P. 3 y 13, lib. 4 de la R., ó 8, lib. 11 de la N.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Qué es prescripcion.                                     | para la prescripcion.                                   |
| 2. Sus requisitos.  | 9. De la posesion continua.                             |
| 3. Del justo título.  | 10. Qué se requiere para adquirir la posesion.          |
| 4. De la buena fe.  | 11. Quiénes y para quiénes pueden ganar la posesion.    |
| 5. Del tiempo prefijado.                                    | 12. Cómo se pierde.                                     |
| 6. Del tiempo que se necesita en las varias prescripciones. | 13. Cuándo se reputa interrumpida para la prescripcion. |
| 7. Del necesario para ganar la posesion.                    |   |
| 8. De la capacidad necesaria                                |   |

1. Entre los modos de adquirir el dominio introdu-

(1) L. 47, tit. 28, P. 3. — (2) L. 46 del mismo. — (3) L. 1, tit. 30, P. 3. — (4) L. 48, tit. 28, P. 3. Alvarez se inclina á que esta adquisi-

cidos por el derecho civil, el mas célebre es el que las leyes romanas, y tambien las patrias (1) llaman *usucapion*, y hoy en dia mas comunmente prescripcion, que es la *adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*, ó en otros términos: el derecho que nace de la posesion no interrumpida de la cosa por el tiempo que las leyes prefijan (2). Cuando hemos dicho que la prescripcion está introducida por derecho civil, no hemos intentado contradecir la opinion que sostiene que es de derecho natural (3), sino puramente advertir que entre nosotros está determinada por la ley civil que le ha señalado las condiciones y fijado los términos en que debe surtir sus efectos. Tampoco es de nuestro objeto hacer la apologia de una institucion reconocida generalmente por útil, y adoptada como tal para poner coto á los litigios, á pesar de la apariencia de injusticia con que á primera vista se presenta.

2. Las condiciones ó requisitos para la prescripcion son cinco, á saber: I. Justo título. II. Buena fe. III. Tiempo prefijado. IV. Capacidad en el que prescribe, y en la cosa para ser prescripta, y V. Posesion no interrumpida.

3. I. El justo título es una causa tal para poseer la cosa, que sea bastante á transferir su dominio; de manera, que si la cosa se posee con justo título, pero no hábil para transferir el dominio, no produce prescripcion, como sucede en el que tiene una cosa en arrendamiento, que en ningun tiempo la prescribe, porque la locacion no es título traslativo de dominio. Para la completa inteligencia de esta materia es necesario

cion se hace mas bien por ocupacion que por tradicion, que no puede hacerse á persona incierta, § 7 del tit. 1 del lib. 2. — (1) El tit. 13 del lib. 4 de la R. ó 8 del lib. 11 de la N. — (2) Modestin. ff. ley 3 de usu cap. et usurpat. — (3) Vattel. Derecho de gentes, lib. 2, cap. 11.

explicar las diversas maneras de los títulos. Estos pueden ser verdaderos ó no verdaderos. El verdadero excluye la necesidad de la prescripción, pues por sí solo basta. El no verdadero puede ser *putativo*, *colorado* y *presunto*. *Putativo* se dice, cuando se juzga que hay título, no habiéndolo hábil, como en el que cree que posee por donación, lo que solo tiene en préstamo. *Colorado* es el que tiene apariencia de título, pero no la fuerza de tal, como el que ha comprado la cosa del que no es su dueño, aunque lo cree tal. *Presunto* es el que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. El verdadero no se requiere en ninguna prescripción; para la ordinaria de tres, diez ó veinte años se requiere el colorado (1); para la de mas tiempo basta el presunto, según el derecho civil (2), y el putativo para solo la servidumbre (3). Es pues necesario que el título exista real y verdaderamente, y no basta que se crea que lo hay, á menos que esta creencia se funde en hecho ageno, que no le es imputable, como por ejemplo, si hubiese dado orden á su agente ó procurador para que comprase alguna cosa, y este la entregase como comprada no siéndolo; en cuyo caso habria lugar á la prescripción (4).

4. II. La buena fe consiste en el juicio que el poseedor forma de ser dueño de la cosa, ó de haberla adquirido del que lo era (5). El derecho de las Partidas (6) imitando al romano, solo exigia la buena fe al tiempo de adquirir, menos en el caso de compra, que se requeria tambien al celebrarse el contrato; mas Gregorio Lopez (7), Covarrubias (8), y generalmente los intérpretes dicen, que en esta parte debe seguirse el derecho ca-

(1) Argum. de la ley 9, tit. 29, P. 3. — (2) LL. 21, 23 y 27, tit. 29, P. 3. — (3) L. 14 del mismo. — (4) LL. 14 y 15 del mismo. — (5) L. 9 del mismo. — (6) L. 12 del mismo. — (7) Gregor. Lop. glos. 1 de la ley 12, tit. 29, P. 3. — (8) Covar., lib. 1 Var., cap. 3, n. 7.

nónico que establece, que la buena fe ha de durar hasta consumarse la prescripción (1), y añade Gregorio Lopez (2), que esta doctrina debe entenderse hasta en la de 30 años, sin embargo de que la ley de Partida no exige buena fe para las prescripciones largas. Vela (3) pretende apoyar esta opinion en una ley (4) posterior á las Partidas, y Covarrubias (5), Castillo (6) y Molina (7) asientan, que la mala fe impide hasta la prescripción inmemorial, aunque Covarrubias limita esta sentencia al caso de que conste ser mala la fe, pues siéndolo solo por presunción se destruye por la posesion de 30 años.

5. III. El tiempo prefijado por las leyes es el tercer requisito para la prescripción, y él solo basta para la de las acciones. Sobre esto conviene advertir, que cuando se dice que se prescriben las acciones, no es porque se adquieran de nuevo por el prescribente, sino mas bien porque se pierden por aquel contra quien se prescriben, adquiriéndose una excepcion perentoria por el otro contra quien se dirigia la accion. El tiempo señalado para las cosas y acciones es vario, y conviene anotar lo tanto para las unas como las otras.

6. I. En un año se prescribe la pena en que cae el fiador de otro para presentarlo en juicio. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año contado desde que cayó en la pena, no puede ser demandado despues (8). 2º En tres años se adquieren las cosas muebles (9), y se prescriben las acciones de los sirvientes por sus salarios, contándose desde el dia en que fueron despedidos: las

(1) Decretales de Gregorio IX, lib. 2, tit. 26, cap. 20. — (2) Gregor. Lop. glos. 2 de la ley 21, tit. 29, P. 3. — (3) Vela, Disertac. 48, nn. 45 y sig. — (4) L. 5, tit. 15, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) Covar. *in regula Possessor*, part. 2, § 8, n. 5. — (6) Castil. de *tertiis*, cap. 26, n. 13. — (7) Molina de *primogen.*, lib. 2, cap. 6, n. 66. — (8) L. 10, tit. 16, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 11, lib. 10 de la N. — (9) LL. 9 y 17, tit. 29, P. 3.

de los boticarios, joyeros y oficiales mecánicos; especieros, confiteros, y tenderos de comestibles (1) y las de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda antes de los tres años (2) no pudiendo renunciarse esta disposición, ni obstando su renuncia si se hiciere. 3º En diez años se ganan los bienes raíces entre presentes (3), y se pierde el derecho de ejecutar por obligación personal (4). 4º En veinte se adquieren los bienes raíces entre ausentes (5), entendiéndose por ausente el que está fuera de la provincia, y si solo parte del tiempo estuviere fuera, esta se arreglará como ausente, y la otra como presente (6), y se prescribe la acción personal y ejecutoria dada sobre ella (7). 5º En treinta años se prescribe la cosa, según el derecho de las Partidas, con mala fe; sobre lo cual, además de lo que hemos notado en el núm. 4º sobre la disposición del derecho canónico, que los intérpretes dicen estar adoptada generalmente, deben advertirse otras del derecho patrio; tales son la de que si la enagenación se hace por el que no puede, pero sabiéndolo y callando el dueño de la cosa, no se requieren para su prescripción treinta años, sino que bastan veinte entre ausentes, y diez entre presentes (8); la otra disposición digna de notarse es, que si alguno quita la cosa al que la posee de mala fe, este no puede demandar la posesión, si no es que se la robasen, ó se quisiere quedar con ella otro á quien se la hubiese prestado ó empeñado, ó en el caso de que el juez se la mandase quitar por no haber contestado á la citación; pues entonces, si dentro de un año comparece y responde, se le devolverá pagando las

(1) L. 9, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 10, tit. 11, lib. 10 de la N. —  
 (2) L. 32, tit. 16, lib. 2 de la R. ó 9, tit. 11, lib. 10 de la N. —  
 (3) L. 18, tit. 29, P. 3. — (4) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) L. 18, tit. 29, P. 3. — (6) L. 20, tit. y P. cit. — (7) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. —  
 (8) L. 19, tit. 29, P. 3.

costas; mas el que posee de buena fe puede demandar la posesión aun cuando la cosa se le quite por su verdadero dueño, no estando corrido el tiempo necesario para prescribirla (1). En este término de treinta años se pierden las acciones hipotecaria y mixta de real y personal (2), y también la puramente real, conforme á la ley de Partida (3) que se reputa en todo su vigor, por no hablarse nada de esta en la de la Recopilación; aunque Antonio Gomez advierte, que la doctrina de la ley 63 de Toro, que es la misma citada de la Recopilación, debe entenderse de las acciones mixta y puramente real, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripción; porque si no le faltó, adquirió su dominio concluido el tiempo necesario y cesa toda acción contra él. 6º En cuarenta años se prescriben los bienes raíces de las Iglesias, pues para los muebles bastan tres, como en todos los de su especie; también los bienes de ciudad, ó villa, que no son de uso comun, como viñas, navios, y otros, aunque de estos se puede pedir la restitución *in integrum*, mas los públicos, como plazas ó ejidos son imprescriptibles (4), y por último el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo, ó su heredero, ú otro á quien el mismo la hubiese obligado otra vez (5). La prescripción de cien años, y la de tiempo inmemorial casi no tienen lugar, pues por la primera se adquieren los bienes raíces de la Iglesia de Roma (6), y por la segunda el señorío de los lugares, y la jurisdicción civil y criminal, lo que ciertamente no tiene lugar entre nosotros.

7. Los términos y plazos que acabamos de notar son necesarios para la adquisición del domi-

(1) L. 21, tit. 29, P. 3. — (2) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (3) L. 21, tit. y P. cit. — (4) L. 7, tit. 29, P. 3. — (5) L. 27, tit. y P. cit. y ley 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (6) L. 26, tit. 29, P. 3.

nio de las cosas; mas para ganar la posesion de ellas basta tenerlas un año y un dia con título y buena fe, en paz y faz del que la demanda, y con estos requisitos no está obligado el poseedor á responder sobre la posesion (1).

8. IV. El cuarto requisito para la prescripcion es la capacidad en el que prescribe, y en la cosa para ser prescripta. De la capacidad de la persona hablaremos en el siguiente, que es la posesion, y aqui solo explicaremos qué cosas no pueden ser prescriptas. 1º Las que se llaman de derecho divino, sagradas, santas y religiosas, y el hombre libre (2). 2º Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de los lugares que son del uso comun de los vecinos (3). 3º Las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fe no solo por el ladrón (4), sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan varios autores (5). 4º Las de los menores de edad, las de los hijos que están en la patria potestad, y las dotales, si no es que siendo pródigo el marido, la muger callase y no le pidiese la restitucion de su dote (6); debiendo entenderse toda esta doctrina de la dote inestimada, pues siendo estimada ya no son dotales las cosas que se dieron, en cuyo lugar se subrogó el precio, como hemos visto en el núm. 2 del título 5 del libro 1º y en orden á las cosas de los menores explicamos en el núm. 2 del título 8 del mismo libro cuales corren y cuales no. 5º El sumo imperio, ni la jurisdiccion civil ó eriminal, lo mismo que los pechos, tributos y alcabalas (7), pues aunque conforme á la ley (8)

(1) L. 3, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (2) LL. 6 y 24, tit. 29, P. 3. — (3) L. 7, tit. y P. cit. — (4) LL. 4, tit. y P. cit. y 5, tit. 15, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) Vela, Disert. 48, n. 45; Covar. in regula Possessor. y Molina de primogen., lib. 2, cap. 6. — (6) L. 8, tit. 29, P. 3. — (7) LL. 6, tit. y P. cit., y 1 y 2, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 4 y 9, tit. 8, lib. 11 de la N. — (8) L. 1, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 4, tit. 8, lib. 11 de la N.

podia prescribirse la posesion inmemorial, el señorío de los lugares, y la jurisdiccion civil y eriminal, con tal que no fuese la suprema (1), esto no cabe en un sistema de gobierno libre en el que los pueblos no son el patrimonio de ninguno. 6º Por último, no se prescribe la accion que tiene un comunero de alguna herencia, ó de cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé la parte que le corresponda por el otro ú otros que la posean indivisa, sea por el tiempo que fuere (2); cuya resolucion parece fundada en que el que posee lo hace á nombre de todos los comuneros, y asi no puede perjudicarles su posesion, que es de todos.

9. V. El último requisito para la prescripcion es la continua posesion. Esta es la *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento* (3). Se llama *derecha*, esto es legal, que procede de título que por su naturaleza sea translativo de dominio (4), á fin de distinguirla de la nuda detencion de la cosa que no está apoyada en las leyes, para que ninguno pueda quitarla por su sola voluntad. La posesion legal puede ser natural ó civil; la primera es la que se tiene corporalmente, como la del dueño de una casa cuando la habita, y la segunda es la que se tiene por la voluntad, como la del mismo cuando sale de ella, pero no con ánimo de desampararla (5).

10. Para adquirir la posesion se requiere la voluntad ó intencion de ganarla, y la ocupacion corporal de la cosa hecha por sí mismo ó por otro en su nombre; de manera que faltando una de estas dos circunstancias no se adquiere; mas la ocupacion puede verificarse no solo por tradicion natural, sino tambien por la ficticia ó simbólica, en los términos que explicamos en

(1) L. 1, tit. 7, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 17, lib. 10 de la N. — (2) L. 3, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (3) L. 1, tit. 30, P. 3. — (4) L. 11, tit. y P. cit. — (5) L. 2 del mismo.

el núm. 33 del tit. 1.<sup>o</sup> de este libro. Por cuanto no ocupan en su nombre los arrendatarios las cosas que toman arrendadas, sino en el de los arrendadores, no ganan la posesion, ni pueden adquirir el dominio (1); lo mismo que los comodatarios, depositarios y otros semejantes. Los que ocupan la cosa por fuerza ó por robo, aunque la ocupan á su nombre, como su tenencia no es derecha, tampoco ganan posesion (2); mas el feudatario de algun heredamiento, ó el que lo tenga en usufructo ó á censo, si se apoderan de él, dice la ley (3) que ganan su posesion; pero Gregorio Lopez (4) la explica de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo. Con respecto á las cosas incorporales, como las servidumbres, aunque no pueden ocuparse rigurosamente, sin embargo el uso y el consentimiento, asi como segun hemos dicho, hacen la cuasi tradicion de ellas, asi tambien son á manera de posesion (5) que Gregorio Lopez llama *cuasi posesion* (6), y equivalen á la ocupacion.

11. Puede ganarse la posesion por todo hombre de sano juicio no solo por su persona, sino por su hijo ó por su apoderado. Si el hijo la gana por sí ó á su nombre, la adquirirá para su padre, por el usufructo que le compete, menos si es cosa perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense (7). La pueden ganar igualmente los tutores ó curadores para los huérfanos ó menores que tuvieren en su guarda; y tambien el sindico del comun de algun pueblo ó ciudad para el mismo comun, como si todos se hubiesen apoderado de la cosa (8).

12. La posesion se pierde en los bienes raíces: 1.<sup>o</sup> si el poseedor es arrojado de ellos por fuerza: 2.<sup>o</sup> si es

(1) LL. 22, tit. 29 y 3, tit. 30, P. 3. — (2) L. 40, tit. 30, P. 3. — (3) L. 3, tit. y P. cit. — (4) Gregor. Lop. glos. 2 de la l. 3. — (5) L. 1, tit. 30, P. 3. — (6) Gregor. Lop. glos. 4 de ella. — (7) L. 3, tit. 30, P. 3. — (8) L. 4 del mismo.

tando ausente se los usurpa otro, y le impide la entrada, y 3.<sup>o</sup> si sabiendo que se apoderan de sus bienes, no ocurre á impedirlo por el temor de una violencia (1); y aunque la ley dice hablando de la pérdida de la posesion, *non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, esto se entiende de la pérdida causada por la fuerza que se hace ó teme, pues hay otros modos que en general se reducen á este: *siempre que la cosa se reduce á tal estado que no puede tenerse corporalmente, ni con la voluntad*. Asi se pierde la posesion de las tierras, que son inundadas por mar ó rio (2), mientras lo están (3). Se pierde tambien si el arrendatario pone en posesion á otro de la cosa que tenia arrendada con la intencion de que la pierda el dueño, ó si es arrojado de ella por fuerza; mas si él la desampara, aunque sea maliciosamente, para que otro se apodere de ella, no se pierde (4). En los bienes muebles se puede perder, aun sin saberlo, como sucede en los robados, y sabiéndolo, en los que son abandonados por su dueño con ánimo de no poseerlos mas (5), y tambien en los que se caen en el mar ó en algun rio (6), pero de modo que no sea fácil recobrarlos, de la misma manera que sucede en la fuga de los animales feroces que se habian cogido, aunque con la diferencia de que en estos se pierde hasta el dominio, y en los muebles no, pudiéndose demandar de cualquiera que los hallare (7). De los modos de recobrar, retener y adquirir la posesion en juicio trataremos en el libro 3.<sup>o</sup>.

13. Explicada la naturaleza y circunstancias de la posesion, resta solo aplicarla á la prescripcion. Para que la cause, debe ser derecha en los términos que hemos explicado, y ademas continua por todo el tiempo que segun la naturaleza de la cosa de que se trate

(1) L. 17, tit. 30, P. 3. — (2) L. 14 de id. — (3) L. 32, tit. 28, P. 3. — (4) L. 13, tit. 30, P. 3. — (5) L. 12, tit. 30, P. 3. — (6) L. 14 del mismo. — (7) LL. 19, tit. 28 y 14 y 18, tit. 30, P. 3.

hayan fijado las leyes (1); de manera que si llega á interrumpirse, ya sea naturalmente porque la pierda el que la estaba prescribiendo, ó ya civilmente porque se le emplace ó ponga demanda, de nada aprovecha el tiempo corrido, y debe empezarse á contar de nuevo (2). La posesion se interrumpe no solo por demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa con protesta de que solo por impedimento no se demanda en juicio (3), y si el poseedor fuere huérfano, por interpelacion hecha ante su tutor (4). Tambien se interrumpe la de los años respecto del salario de sus criados por los reclamos que estos les hicieren en el curso de los tres años (5), sobre lo cual disputan los interpretes, si es porque el reclamo extrajudicial interrumpe la posesion, ó porque destruye la buena fe, como se puede ver en Vela, Carleval, Acevedo y Silva. Por leyes posteriores (6) se derogó todo privilegio y fuero, excepto el militar, para que los artesanos, menestrales y sirvientes, puedan ocurrir á los jueces ordinarios por el cobro de cuanto se les deba, y se mandó que desde el dia de la interpelacion judicial corra á favor de los primeros y segundos el interes de 6 por 100, y de 3 respecto de los sirvientes á quienes se hayan detenido los salarios. Mas no se interrumpe la posesion, cuando la cosa pasa de un poseedor á otro, sino que se continúa; de manera que al tiempo en que poseyó el antecesor se une el del sucesor, con tal que haya buena fe (7), y esta doctrina se extiende al caso en que poseyéndose una cosa agena, se empeñe, y dé al acreedor en prenda,

(1) LL. 9, tit. 29, P. 3 y 7, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 6, tit. 8, lib. 11 de la N. — (2) LL. 9, tit. 29, P. 3 y 7, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 6, tit. 8, lib. 11 de la N. — (3) L. 30, tit. 29, P. 3. — (4) La misma y la 29 anterior. — (5) L. 9, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 10, tit. 11, lib. 10 de la N. — (6) LL. 12 y 13 del tit. 11, lib. 10 de la N. — (7) L. 16, tit. 29, P. 3.

pues el tiempo que este la retenga corre á favor del que se la empeñó.

## TITULO III.

## DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tit 31, P. 3.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué es servidumbre y sus especies.                      | 8. De las servidumbres personales, y primero del usufructo: á qué se extiende. |
| 2. De las servidumbres urbanas.                            | 9. En qué puede constituirse.  |
| 3. De las rústicas.  | 10. De qué modos se constituye.  |
| 4. Quién puede imponer servidumbre.                        | 11. De qué modos se extingue, ó acaba.   |
| 5. La servidumbre es inherente al predio, é individual.    | 12. Del uso.   |
| 6. De los modos de constituir la, y tiempo en que se gana. | 13. De la habitacion.  |
| 7. Cómo se pierde, ó acaba.                                | 14. De la obra de los sirvivos.  |

1. La segunda especie de derecho en la cosa es la servidumbre, que es el *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas*. Es de dos maneras: *real* que es cuando una cosa agena sirve á la de otro, y siendo entre casas se llama *urbana*, que entre heredades *rústica*; y *personal*, cuando la cosa agena sirve á la persona y no á sus cosas, y de estas son tres las especies, á saber: *usufructo*, *uso* y *habitacion*. En el uso comun por servidumbre se entienden las reales, que suelen llamarse tambien *prediales*, porque se constituye entre dos predios, de los cuales se llama dominante aquel á cuyo favor es la servidumbre, y sirviente el que la sufre.

2. Las servidumbres urbanas son 1º El derecho de

cargar sobre la casa del vecino. 2º El de horadar la pared para introducir viga. 3º El de poner ventana que dé luz á la casa. 4º El de hacer caer á la casa del vecino la agua llovediza que se recoge en el techo de la propia por canal, caño, ó de otra manera. 5º El de impedir al vecino que levante su casa de modo que embarace la vista, ó quite la luz á la propia. 6º El derecho de entrar por la casa ó corral del vecino á la propia (1). Con respecto á la primera y segunda los intérpretes del derecho romano establecieron la diferencia de que en la segunda no tiene obligación el dueño del predio sirviente de reparar la pared que sostiene la viga, y en la primera si la tiene respecto del pilar ó columna que sostiene el peso, y esta diferencia la adopta Gregorio Lopez (2) ponderando su utilidad. Aun hay otras servidumbres urbanas segun lo expresa la misma ley cuando despues de las referidas dice: *ó alguna otra semejante de éstas que sea á pro de los edificios*; pero son de menos importancia.

3. Las rústicas mas comunes son 1º *Senda*, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro á pie ó á caballo, solo ó con otros, pero de modo que vayan uno tras otro. 2º *Carrera*, que es el derecho de llevar carretas ó bestias cargadas, á lo que no se extiende la senda. 3º *Via*, que es el derecho de pasar por la heredad agena llevando carretas y todo lo que fuere necesario. Esta deberá tener la anchura que hubiesen contratado las partes, y si no la señalaron deberá ser de ocho pies en terreno recto, y diez y seis donde tuviere vueltas (3). 4º *Acueducto*, que es el derecho de pasar la agua por la heredad agena para la propia. En esta es obligación del dueño del predio dominante guardar y conservar el cauce, acequia, ó canal por donde corre el

(1) L. 2, tit. 31, P. 3. — (2) Gregor. Lop. glos. 2 de ella. — (3) L. 3, tit. 31, P. 3.

agua; pero de modo que no puede ensancharlo, alzarlo, ni causar daño al predio sirviente (1); y si el derecho fuere de tomar la agua de fuente que nazca en heredad agena, el dueño de esta no podrá conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento del que lo tiene primero, si no es que sea tanta la agua, que abunde para las heredades de ambos (2). 5ª El derecho de sacar agua del pozo ó fuente de otro para si, sus operarios, y bestias de labor y ganados; y el que goza de este derecho le tiene tambien para entrar y salir de la heredad en que está el agua, siempre que lo hubiere menester. 6ª El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa agena (3). 7ª El derecho de sacar cal, arena, piedras, ú otro material que se encuentre en heredad agena para labrar en la propia (4).

4. Ninguno puede imponer servidumbre en una heredad ó edificio, sino el dueño (5), reputándose tambien por tal el enfiteuta, que solo tiene el dominio útil (6); y si la heredad fuere de muchos, todos han de otorgarla cuando la ponen. Si unos la otorgaren y otros no, aquellos no pueden resistir el uso de ella; pero estos pueden contradecirla, así por su parte, como por la de los otros; y si luego consintieren en ella, valdrá como si desde el principio la hubieran otorgado todos (7); debiendo decirse lo mismo en cuanto al predio dominante.

5. La servidumbre es una calidad tan inherente á la cosa en que está constituida, ya se considere pasivamente como carga, ya activamente como derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, sino que pasa al nuevo poseedor (8). De aqui es que el dueño de una servidumbre

(1) L. 4, tit. y P. cit. — (2) L. 3, tit. 31, P. 3. — (3) L. 6 del mismo. — (4) L. 7 del mismo. — (5) LL. 9 y 3 del mismo. — (6) L. 11 del mismo. — (7) L. 10, tit. 31, P. 3. — (8) LL. 8 y 12 del mismo.

no puede enagenarla separadamente sin la cosa á que está afecta, pues aquella es de tal naturaleza, que no puede apartarse de esta, á menos que lo consienta el dueño del predio sirviente. Mas aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, puede conceder á otro el agua que ya tuviere en su campo para que aquel riegue el suyo (1), pues en tal caso no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de conducir el agua por la heredad ajena, sino el agua ya conducida, en lo que no se grava ni perjudica al dueño del predio sirviente. Es además propiedad de las servidumbres ser individuales, esto es, que no pueden dividirse, y por consiguiente si fueren muchos los herederos, ya del predio dominante, ya del sirviente, se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos (2).

6. De tres modos pueden constituirse las servidumbres (3), á saber: 1º por contrato, ó concesion entre vivos; 2º por testamento, ó última voluntad; 3º por prescripción, usando de ellas el tiempo determinado por la ley, que es diferente segun la clase de servidumbre, pues hay unas que se llaman *continuas* y otras *discontinuas*. Continuas son aquellas de que usamos cada dia, como las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas; y discontinuas las que no usamos diariamente sino de tiempo en tiempo, como las tres primeras de las rústicas (4); la de llevar agua para regar suele llamarse á veces continua y á veces discontinua, segun que la agua se lleva diariamente ó en determinados tiempos. Las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las segundas por tiempo inmemorial (5); á menos que el que prescribe tenga justo

(1) L. 12 citada. — (2) LL. 9 y 18, tit. 31, P. 3. — (3) L. 14, tit. y P. cit. — (4) L. 13 del mismo. — (5) L. 15, tit. 31, P. 3, y Greg. Lop. glos. 3 de ella.

título dimanado de algun tercero, pues entonces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años (1). El tiempo para prescribir se empieza á contar desde que comienza el uso de la servidumbre, si esta fuere afirmativa, como el derecho de poner viga en pared ajena; y en las negativas desde que el prescribente prohíbe al otro usar de su libertad, como prohibir al vecino que levante mas su casa (2), y así es que para tener esta servidumbre por prescripción es necesario que hayan corrido los diez ó veinte años desde que el dueño del predio sirviente intentó usar de su libertad, y el del dominante se lo impidió. El uso de la servidumbre en el que trata de prescribir ha de ser continuo, con buena fe, sin fuerza ni ruego, y con ciencia del dueño del predio sirviente, la cual sirve de justo título, y de tradición, y posesion el uso del dominante; mas sobre esto advierte Antonio Gomez (3), que el que pretenda aprovecharse de esta adquisicion debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, además de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. El mismo añade, que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastaría su buena fe con el lapso del tiempo legal sin necesidad de la ciencia del dueño, con cuya doctrina está conforme Gregorio Lopez (4); pues ambos autores adoptan en la materia las disposiciones del derecho romano á falta de las del patrio, aunque en consonancia con lo que este establece sobre prescripción de las cosas corporales (5).

7. Se pierden ó extinguen las servidumbres: 1º por la confusion de los dominios, esto es, por hacerse de un mismo dueño la cosa que sirve, porque el hombre

(1) Greg. Lop. glos. 12 y Antonio Gomez 2 variar., cap. 13, n. 27 vers. *Advertendum*. — (2) Antonio Gomez en el lugar citado vers. *Item*. — (3) Gomez 2 var., cap. 13, n. 27 vers. *Servitus*. — (4) Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 15, tit. 31, P. 3. — (5) LL. 6, 9 (y 18, tit. 29, P. 3.

no usa de sus cosas por via de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa (1); y se extingue de tal modo, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si no fuere puesta de nuevo (2); 2º por la remision ó condonación que hace el dueño del campo á quien se debe la servidumbre (3), bastando que esta remision sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la debe, hacer algo que impida su uso (4); 3º por impedirse el uso de la servidumbre urbana á vista del que la tiene en diez años y veinte si estuviere ausente (5), mas con la circunstancia, de que el que la debe impida su uso con algun hecho á buena fe, como cerrar la ventana por donde entraba la luz; mas si fuere rústica se perderá, sin distincion de ser entre ausentes ó presentes, por el no uso inmemorial siendo continua, y por el de veinte años siendo discontinua, trocándose en estas para perderse el tiempo necesario para adquirirlas (6). Mas si la servidumbre se debiese á un predio comuit, usando de ella uno de los dueños la conserva para los demas que no la usaron, y en el caso de que partiesen entre si el predio, solo perderá el derecho á la servidumbre aquel que no usare de ella despues de la division (7).

8. Hemos dicho que las servidumbres personales, que son las que se debien á las personas sin respeto alguno á las cosas, son tres, á saber: usufructo, uso y habitacion, á las que se puede añadir la de obras de los siervos. La principal y mas frecuente es el usufructo, que se define: *derecho de usar de casas, tierras, ganados ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos*. Por tanto pertenecen al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa,

(1) L. 13, tit. 31, P. 3. — (2) L. 17 del mismo. — (3) L. 17 citada. — (4) L. 19 del mismo. — (5) L. 16 del mismo. — (6) L. 16, tit. 31, P. 3. — (7) L. 18 del mismo.

de que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; mas no le pertenece el parto de la esclava, ni el tesoro hallado en el predio, porque estos son frutos extraordinarios, y el usufructuario solo lo es de los ordinarios. De estos puede disponer libremente; pero no podrá enagenar ni empeñar la cosa, antes bien tiene obligacion de fianzar que no se perderá ni destruirá por culpa suya, y acabado el usufructo la restituirá á su dueño ó á quien se le haya mandado (1). Debe ademas conservarla y cuidarla, de manera, que si fuere casa ha de repararla, y si heredad labrarla y cultivarla bien. Y si el usufructo consistiere en ovejas y algunas se murieren, debe suplir estas faltas con otras tantas crias, y pagar ademas cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa, cuyos frutos percibe (2).

9. El usufructo puede constituirse en bienes raices, en muebles que no se consumen, pero se deterioran ó envejecen con el uso, como trastos de casa, ropa, alhajas de plata, oro etc., ó en las cosas que se consumen con el uso, como aceite, vino, trigo y demas semillas; pues aunque en ellas no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y etodidamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropriamente usufructo este uso, como tambien en los semovientes, como ovejas y otros ganados.

10. El usufructo se constituye de los mismos modos que las servidumbres (3), y que hemos explicado en el núm. 6, y ademas en algunos casos por beneficio de la ley, cuando esta manda que alguno tenga el usufructo en tales cosas ajenas, como sucede en el padre respecto de los bienes adventicios del hijo que tiene en su

(1) L. 20, tit. 31, P. 3. — (2) L. 22 del mismo. — (3) LL. 14 y 20, tit. 31, P. 3.

potestad (1), y este usufructo, que se llama legal, concede al usufructuario otras prerogativas que no tienen los demás, siendo la principal que el hijo no puede enagenar estos bienes sin consentimiento del padre, con otras que refieren Gomez (2) y Castillo (3).

11. Los modos de acabarse el usufructo son varios: 1º por la muerte natural del usufructuario (4), pues siendo servidumbre personal acaba con la persona á quien se debe; pero si se le deja á un pueblo ó ciudad, que es persona moral que nunca muere, si no se señaló tiempo, debe durar cien años (5), y pasados éstos vuelve la cosa al propietario, como también si durante este tiempo se despoblase enteramente, quedando yermo el sitio; mas si sus antiguos moradores ó parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que tenían á aquel usufructo (6). 2º Cesa también por muerte civil, esto es, destierro perpetuo ó servidumbre. 3º Por consolidacion, esto es, quando el usufructuario llega á ser propietario de la cosa. 4º Extinguida ó destruida la cosa, se extingue el usufructo que se tenía en ella. 5º Por no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; mas no por el abuso, pues para este caso está asegurado el propietario con la fianza. 6º Por enagenacion hecha por el usufructuario, la cual produce el efecto de que el usufructo vuelva al propietario; pues aunque aquel puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos, no puede lo mismo con el derecho de percibirlos (7), lo que explican los intérpretes distinguiendo dos derechos en el fructuario: uno real ó de comidad, que consiste en que nadie le puede impedir la percepcion de los frutos, y el otro puramente perso-

(1) L. 13, tit. 17, P. 3. — (2) Gomez en la ley 6 de Toro, nn. 11 y 12. — (3) Castillo de usufruc., cap. 3. — (4) L. 24, tit. 31, P. 3. — (5) La misma. — (6) L. 26, tit. y P. cit. — (7) LL. 24, tit. 31, P. 3 y 3, tit. 8, P. 3.

nal; de estos puede enagenar el primero, que depende en su duracion del segundo, y si intenta enagenar este, lo extingue y se une á la propiedad. 7º Por acabarse el tiempo por el cual se concedió el usufructo, si se señaló al celebrarse el pacto. El legal del padre en los bienes adventicios del hijo se acaba por el casamiento de este; mas no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para el hijo del primer matrimonio, de que hablaremos en el tit. VIII de este libro.

12. La segunda especie de servidumbre personal es el uso, que es *el derecho de usar de cosa agena fructifera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó dispensa*. Quanto hemos dicho del usufructo tiene lugar respecto del uso con las diferencias siguientes. 1ª Que al usuario no pertenecen todos los frutos, como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia; y de ahí es, que nada de ellos puede dar ni tomar para dar, ni vender (1); y de consiguiente, si muriere teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. 2ª Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro servicio suyo solamente; mas no las puede alquilar ni prestar á otro (2). 3ª Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos impuestos sobre ella, á menos que la cosa sea tan pequeña que él solo la disfrute, y se aproveche de todo su producto, pues en este caso á todo lo estará.

13. La tercera servidumbre personal se llama habitacion, y es *el derecho de habitar en casa agena con la compañía que tuviere*. La habitacion es menos que el usufructo, y mas que el uso de la casa; pues el usu-

(1) L. 21, tit. 31, P. 3. — (2) La misma.

fructuario puede aprovecharse de todas las comodidades dependientes de la casa, como tiendas, baños, jardines, etc., y el habitador solo de las habitaciones; por el contrario el usuario solo tiene las habitaciones que necesite, y el habitador todas, de modo que puede alquilarlas ó darlas graciosamente á otros, con tal que hagan buena vecindad. La habitacion no se acaba sino por la muerte ó remision, y si se dejó para tiempo determinado, por la conclusion de este (1).

14. Es tambien servidumbre personal la de las obras de los siervos, que es *el derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ajeno*. Era de mas utilidad esta, que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede locarlas á otro, como puede aquel á quien se ha otorgado la servidumbre de obras; mas esto no tiene ya lugar extinguida la esclavitud.

## TITULO IV.

## DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1, P. 6 y tit. 4, lib. 3 de la Recopilacion ó 18 del lib. 10 de la Novisima.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Qué es herencia, y como se adquiere.       | 8. No es necesario que los testigos sean rogados.             |
| 2. Qué es testamento y sus especies.          | 9. Personas inhábiles para ser testigos en ningun testamento. |
| 3. Solemnidades que debe tener.               | 10. Personas inhábiles para serlo en algunos.                 |
| 4. Testigos que se requieren para el abierto. | 11. Papel en que debe extenderse el testamento.               |
| 5. Cuantos se requieren para el cerrado.      | 12. Del testamento de los militares.                          |
| 6. Para el del ciego.                         | 13. Quienes no pueden hacer                                   |
| 7. Para el de los indios.                     |   |

(1) L. 27, tit. 31, P. 3.

- |   |  |
|---|--|
| testamento, y cuando puede el loco.                       | y á qué se extiende.   |
| 14. Otras personas á quienes se prohíbe hacer testamento. | 19. En qué tiempo debe usarse.   |
| 15. Si pueden los extranjeros, y en qué forma?            | 20. 21. Qué debe hacer el comisario, y si son muchos.                            |
| 16. Qué es codicilo y sus especies y solemnidades.        | 22. Quiénes pueden pedir que se abra un testamento cerrado, y como debe hacerse. |
| 17. Qué cosas no se pueden hacer en codicilo.             | 23. Qué debe hacerse cuando hayan muerto, ó no parezcan los testigos.            |
| 18. Del poder para testar.                                |  |

1. Los modos civiles de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, sirven solo para la adquisicion de alguna cosa en particular, hay otro por el que los hombres pueden adquirir por un solo acto una coleccion de bienes, por lo que se llama universal, y este es la *herencia*, que se define *universal patrimonio de alguno con sus cargas*, ó mas bien: *la sucesion en todos los derechos de un difunto*. Para adquirir una herencia es necesario que se defiera, y se admita. Se defiere en general por testamento, y á falta de este, á los que llama la ley por intestado (1).

2. El testamento dice la ley (2) *es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo hacen, por dos razones*. La una por que *en ellos muestran cual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos*, y lo define *un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en el su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte* (3). Es de dos maneras *solemne* y

(1) L. 3, tit. 13, P. 6. — (2) L. 1, tit. 1, P. 6. — (3) L. 1, tit. 1, P. 6.

fructuario puede aprovecharse de todas las comodidades dependientes de la casa, como tiendas, baños, jardines, etc., y el habitador solo de las habitaciones; por el contrario el usuario solo tiene las habitaciones que necesite, y el habitador todas, de modo que puede alquilarlas ó darlas graciosamente á otros, con tal que hagan buena vecindad. La habitacion no se acaba sino por la muerte ó remision, y si se dejó para tiempo determinado, por la conclusion de este (1).

14. Es tambien servidumbre personal la de las obras de los siervos, que es *el derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno*. Era de mas utilidad esta, que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede locarlas á otro, como puede aquel á quien se ha otorgado la servidumbre de obras; mas esto no tiene ya lugar extinguida la esclavitud.

## TITULO IV.

## DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1, P. 6 y tit. 4, lib. 3 de la Recopilacion ó 18 del lib. 10 de la Novisima.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Qué es herencia, y como se adquiere.       | 8. No es necesario que los testigos sean rogados.             |
| 2. Qué es testamento y sus especies.          | 9. Personas inhábiles para ser testigos en ningun testamento. |
| 3. Solemnidades que debe tener.               | 10. Personas inhábiles para serlo en algunos.                 |
| 4. Testigos que se requieren para el abierto. | 11. Papel en que debe extenderse el testamento.               |
| 5. Cuantos se requieren para el cerrado.      | 12. Del testamento de los militares.                          |
| 6. Para el del ciego.                         | 13. Quienes no pueden hacer                                   |
| 7. Para el de los indios.                     |   |

(1) L. 27, tit. 31, P. 3.

- |   |  |
|---|--|
| testamento, y cuando puede el loco.                       | y á qué se extiende.   |
| 14. Otras personas á quienes se prohíbe hacer testamento. | 19. En qué tiempo debe usarse.   |
| 15. Si pueden los extranjeros, y en qué forma?            | 20. 21. Qué debe hacer el comisario, y si son muchos.                            |
| 16. Qué es codicilo y sus especies y solemnidades.        | 22. Quiénes pueden pedir que se abra un testamento cerrado, y como debe hacerse. |
| 17. Qué cosas no se pueden hacer en codicilo.             | 23. Qué debe hacerse cuando hayan muerto, ó no parezcan los testigos.            |
| 18. Del poder para testar.                                |  |

1. Los modos civiles de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, sirven solo para la adquisicion de alguna cosa en particular, hay otro por el que los hombres pueden adquirir por un solo acto una coleccion de bienes, por lo que se llama universal, y este es la *herencia*, que se define *universal patrimonio de alguno con sus cargas*, ó mas bien: *la sucesion en todos los derechos de un difunto*. Para adquirir una herencia es necesario que se defiera, y se admita. Se defiere en general por testamento, y á falta de este, á los que llama la ley por intestado (1).

2. El testamento dice la ley (2) *es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo hacen, por dos razones*. La una por que *en ellos muestran cual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos*, y lo define *un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en el su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte* (3). Es de dos maneras *solemne* y

(1) L. 3, tit. 13, P. 6. — (2) L. 1, tit. 1, P. 6. — (3) L. 1, tit. 1, P. 6.

*privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescriptas por el derecho para su firmeza, y cuya observancia obliga al comun de los hombres. El privilegiado es el que por especial privilegio se considera válido aun cuando carezca de aquellos requisitos, tal es el de los militares. El solemne puede otorgarse de dos modos, y por esto se divide en *nuncupativo ó abierto*, que es el que contiene la voluntad del testador manifestada por él al escribano y testigos que asistieron á su otorgamiento, y *escrito*, ó *cerrado*, que es en el que se contiene la voluntad del que lo otorgó, pero ignorándose cual sea, y constando solo estar allí contenida por la declaracion del otorgante (1). Cada uno de estos tiene sus solemnidades particulares que vamos á referir conforme á las leyes de la Recopilacion (2), que varian en parte las establecidas en las de Partida (3).

3. Las solemnidades del derecho son tres, á saber: unidad de testamento, presencia de testigos, y papel del sello correspondiente. La unidad de testamento consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los testigos, ó con otro; pero no se opone á ella la interrupcion del acto de testar ó por accidentes del testador, ó por ocupaciones de los testigos.

4. La segunda solemnidad es la presencia de estos. Para el testamento abierto se requieren tres, por lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, y otorgándose este ante escribano público. Si faltare este, deben asistir cinco testigos vecinos del lugar, y si no pudieren ser habidos, bastarán tres. Si el testamento se hiciera ante siete testigos, valdrá aunque estos no

(1) LL. 1, tit. 1, P. 6, y 1 y 2, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 1 y 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (2) Citadas en el num. 1. — (3) LL. 2 y 3, tit. 1, P. 6.

sean vecinos, ni pase ante éscribano (1), pues el número suple el defecto de vecindad, y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que requiere el derecho; y aunque Antonio Gomez (2) es de opinion que bastan tres testigos sin escribano, pudiendo haberle, y Covarrubias (3) que bastan dos testigos con escribano, cuando fácilmente no pueden hallarse mas: una y otra opinion nos parece infundada, como hemos demostrado en otra parte (4).

5. Para el testamento cerrado deben intervenir, no á verlo otorgar, sino á la declaracion que haga el testador de contenerse en él su última voluntad, siete testigos y un escribano, debiendo firmar en la cubierta el testador con los testigos y el escribano (5) que debia ademas sellarlo (6), aunque esto no está en observancia (7); y si alguno de los testigos no supiere firmar lo hará otro por él, de manera que resulten ocho firmas y el signo del escribano.

6. Para el testamento de ciego se requieren cinco testigos (8); mas estos en opinion de Acevedo (9) no es necesario que sean vecinos del lugar, ni tampoco que intervenga escribano, aunque sobre esto opina lo contrario Antonio Gomez (10); debiendo advertirse que el testamento debe ser abierto, pues como asientan Gregorio Lopez (11), Acevedo (12) y el mismo Gomez no se puede otorgar cerrado por el ciego.

(1) L. 1, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 10 de la N. — (2) Anton. Gom. en la l. 3 de Toro, n. 47. — (3) Covar., cap. 10 de testam., n. 3. — (4) Instituciones Romano-Hispanas, lib. 2, tit. 10, § 14, n. 6. — (5) L. 2, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (6) L. 2, tit. 1, P. 6. — (7) Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, cap. 1, n. 11. — (8) L. 2, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (9) Acevedo en d. l. 2, n. 23 y siguientes. — (10) Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 32. — (11) Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3, tit. 12, P. 6. — (12) Gomez en d. l. 3 de Toro, n. 31, y Acevedo en la l. 2, n. 23.

7. Algunos autores (1) asientan, que para el testamento de los naturales que se llamaban indios bastan dos testigos hombres ó mugeres, y aunque no asista escribano; mas esta doctrina no está apoyada en ninguna resolución legal; pues aun las que se citan en las adiciones hechas á esta obra en el año de 1807 no hablan del número de testigos necesario para el valor de estos testamentos, sino solo de la libertad en que se les debe dejar para disponer de sus cosas, como puede verse en las leyes citadas (2).

8. Esta solemnidad de los testigos se ha de guardar no solo en los testamentos que se hacen entre extraños, sino tambien en los que hacen los padres entre sus hijos, ó descendientes legítimos, sean abiertos ó cerrados; y tambien en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Antonio Gomez (3). Mas ni en los cerrados, ni en los abiertos es necesario que los testigos sean rogados, porque las leyes citadas de la Recopilacion no hacen mencion de esta circunstancia, que se exigia por el derecho de las Partidas, y así lo asienta Antonio Gomez (4) contra Acevedo que defiende lo contrario (5).

9. En el núm. 4 hemos dicho que los testigos deben tener las calidades que el derecho requiere. Estas son mas bien negativas que positivas, esto es, que no sean de los excluidos por la ley para ser testigos en testamento. Están excluidos (6) los que han sido condenados por cancioncs injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores, ú otros delitos semejantes, comprendiéndose en esta prohibicion, según Gregorio Lopez (7) todos los infames con

(1) Montenegro, lib. 4, tr. 11, sect. 3. — (2) LL. 9, tit. 13, lib. 4 y 32, tit. 1, lib. 6 de la R. de Indias. — (3) Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 48. — (4) Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 29. — (5) Acevedo sobre la l. 4 del tit. 4, lib. 3, n. 48 y sig. — (6) L. 9, tit. 1, P. 6. — (7) Greg. Lop. glosa 2 de ella.

infamia de derecho, de que hablaremos en otra parte (1); los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la Iglesia: las mugeres: los menores de catorce años: los locos durante su locura: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos: los sordos: los ciegos: los hermafroditas en quienes no predomine el sexo varonil, y por último los esclavos; aunque si alguno reputado por libre interviniere como testigo en algun testamento, y luego se aclarare que es esclavo, no por esto se habrá de anular.

10. La inhabilidad de los que acabamos de mencionar es general para todos los casos. Hay otros que solo la tienen respectiva para algunos. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes (2); como tampoco el que fuere nombrado heredero, ni sus parientes hasta el cuarto grado respecto del testamento en que se le instituya (3); mas los legatarios y fideicomisarios particulares bien pueden serlo en aquellos en que se les dejan las mandas (4).

11. La tercera solemnidad es que se extiendan en papel del sello correspondiente. En los testamentos se usará del sello primero si el heredero ó herederos no son descendientes ó ascendientes, sino colaterales ó extraños; y cuando la herencia equivalga á un capital que produzca el rédito de dos mil pesos arriba, aunque los herederos sean descendientes ó ascendientes (5). Se usará del papel del sello segundo cuando los herederos sean descendientes ó ascendientes y la herencia equivalga á un capital que produzca la renta desde quinientos

(1) Lib. 2, tit. 27. — (2) L. 14, tit. 16, P. 3. — (3) L. 11, tit. 1, P. 6. — (4) La misma. — (5) Ley de 30 de abril de 1842, art. 2, nn. 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup>.

hasta mil novecientos noventa y nueve pesos (1). En el del sello tercero se extenderán, si la herencia equivale á un capital que produzca un rédito que no llegue á quinientos pesos, y los herederos fueren descendientes ó ascendientes (2). De este mismo sello se usará en los pliegos intermedios de los testamentos, cuyos herederos no sean descendientes ó ascendientes, sino colaterales ó extraños; y en los que aunque los herederos sean descendientes ó ascendientes, la herencia importe un capital que produzca la renta de dos mil pesos arriba (3). Los testamentos de los notoriamente pobres se extenderán en papel del sello quinto (4). Los testamentos cerrados se escribirán en la misma clase de papel; mas si se escribieren en otra, ó en comun, al protocolizarse y darse las copias se extenderán en el que corresponda, segun las reglas que hemos expuesto en este párrafo.

12. Hemos dicho que el testamento privilegiado es el que no necesita para su valor de las solemnidades del derecho, y que tal es el militar ó de los soldados. Estos por leyes de las Partidas hallándose en campaña podian hacer su testamento ante dos testigos; pero si habia peligro de muerte por cualquier evento de la guerra, podian hacerlo del modo que pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiéndolo con su sangre en el escudo, ó en las armas, ó en donde les pareciera, con tal que se pudiera probar con dos testigos presenciales (5). Mas por la ordenanza del ejército (6) se dió mayor extension á este privilegio, previniéndose: que en el conflicto de un combate, ó próximo á entrar en él, en naufragio, ó en cualquier otro riesgo militar, pueda testar todo el que goce del fuero de guerra como quisiere, ó pudiere, por escrito sin testigos con tal que

(1) La misma ley, art. 3, n. 3º. — (2) La misma ley, art. 4, n. 1º. — (3) La misma ley, art. 4, n. 6º. — (4) La misma ley, art. 6, n. 2º. — (5) L. 4, tit. 1, P. 6. — (6) Orden. trat. 8, tit. 11, art. 1.

conste ser letra suya, ó de palabra ante dos testigos que depongan contestes haberles manifestado su voluntad (1); y que será válida la disposicion del militar escrita en cualquier papel, sea en guarnicion, cuartel, ó marcha; pero que siempre que puedan testar ante escribano lo hagan segun costumbre (2). Posteriormente se expidió la cédula de 24 de octubre de 1778 (3), en la que se declara que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de su privilegio otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las formalidades y cláusulas de estilo. Por esta declaracion no solo los soldados, sino todos los que gozan del fuero militar, pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De manera que no son necesarios, en opinion de algunos, los dos testigos que por la ordenanza se requerian, respecto á no mencionarse solemnidad alguna; aunque otros opinan que si, por no derogarse expresamente en esta cédula el artículo de la ordenanza. Mas si el militar otorgare su testamento ante escribano, debe hacerlo con todas las solemnidades que previene el derecho; pues se supone que no usa del privilegio de su fuero.

13. Pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido expresamente, y lo está 1º á los locos (4), aunque vale el que hicieron antes de su demencia, y tambien el que hagan en los lucidos intervalos si los tienen, si no les sobreviene el acceso antes de perfeccionarlo; pues entonces es nulo, debiendo probarse esto con el escribano y testigos instrumentales (5). Para proceder al testamento de un demente deberá presentarse al juez su hijo ó deudo, explican-

(1) Art. 2 y 3 del mismo tit. — (2) Orden. trat. 8, tit. 11, art. 4. — (3) L. 8, tit. 18, lib. 10 de la N. — (4) L. 13, tit. 1, P. 6. — (5) La misma.

dole la enfermedad (de que tiene interrupciones) y pidiéndole autorice al escribano para que en alguna de ellas explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano, que declararán previamente sobre su capacidad. Obtenida la facultad del juez, practicarán su reconocimiento los facultativos, cuya calificación se extenderá á continuación de la providencia judicial, y antes de cualquiera otra cláusula, y resultando de ella la capacidad del enfermo, procederá el escribano á presencia de los testigos á inquirir sobre su última voluntad, haciéndole las preguntas conducentes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de su aptitud. Si el testador supiere y pudiere firmar lo hará: y si no los testigos y el escribano; y hecho todo se presentará al juez para su mayor validación (1). 2º al pródigo á quien se haya quitado judicialmente la administración de sus bienes (2). 3º á los que no han llegado á la pubertad, esto es, á los varones menores de catorce años; y mugeres de doce (3): pues teniendo esta edad pueden testar sin licencia de sus ascendientes, y aunque estén en la patria potestad (4), y disponer libremente del tercio de sus bienes adventicios, castrenses, y cuasi castrenses. 4º á los sordomudos de nacimiento; pues si lo fueren por enfermedad, ó supieren escribir, podrán hacerlo publicándolo á presencia del escribano y testigos (5). Por el derecho de las Partidas estaba prohibido también á los condenados á muerte y deportación; mas se alzó la prohibición por disposición posterior (6), y mucho mas por estar abolida (7) la pena de confiscación de bienes, que era consiguiente á aquella condenación: también

(1) Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, tit. 2, cap. 26, n. 17. — (2) L. 13, tit. 1, P. 6. — (3) La misma. — (4) L. 4, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 18, lib. 10 de la N. — (5) L. 13, tit. 1, P. 6. — (6) L. 3, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 18, lib. 10 de la N. — (7) Art. 147, sec. 7, tit. 3 de la constitución federal.

les estaba prohibido á los esclavos; pero permitiéndoseles tener peculio (1), se infiere que pueden disponer de él.

14. Además de los mencionados hay otros á quienes se prohíbe hacer testamento. Tales son los obispos, á quienes se prohíbe testar de los bienes adquiridos por el obispado; aunque se les permite hacer en vida donaciones de ellos á sus parientes, amigos y criados (2), y los religiosos profesos de uno y otro sexo (3); si no es que obtengan autorización para ello de la silla apostólica, lo mismo que los obispos; mas por el artículo 8 del Concordato de 1753 se obligó la silla de Roma á no conceder esta licencia á ningún obispo. Aunque por derecho canónico se prohíbe á los clérigos seculares disponer en testamento de los bienes adquiridos por razón de la Iglesia, lo hacen por costumbre muy antigua, mandada observar por una ley recopilada (4) y por otra de la Recopilación de Indias (5), y esta facultad de testar se extendió por declaración del Consejo de 1786 (6) á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularización.

15. Por lo que mira á los extranjeros, no se puede poner en duda el derecho que tienen para disponer por testamento de sus propiedades personales contra la antigua práctica, por la que se aplicaban al fisco los bienes que dejaban al morir, que refiere é impugna Vattel (7), cuyas observaciones sobre la materia nos parece conveniente extraer. Como el extranjero permanece ciudadano de su país y miembro de su nación, los bienes que deje por su fallecimiento en país extra-

(1) Cédula de 31 de mayo de 1783. — (2) L. 8, tit. 21, P. 1. — (3) La misma l. 8 y la 17, tit. 1, P. 6. — (4) L. 13, tit. 8, lib. 3, de la R. ó 12, tit. 20, lib. 40 de la N. — (5) L. 6, tit. 12, lib. 1 de la R. de Indias. — (6) Citada por Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, tit. 2, cap. 26, n. 28. — (7) Vattel, Derecho de Gentes, lib. 2, cap. 8, §§ 110, 111 y 112.

no, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que están situados. En cuanto á la forma ó solemnidades para justificar la verdad del acto del testamento, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá obligacion de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte; porque si un viagero lo hace y envia válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es como si lo hubiera otorgado en él. Con respecto á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tenga en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el testador tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por tanto, un hombre que teste y muera en pais extranjero no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes que le señalen las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á mas; por lo que el testador estando fuera de este

no está sometido á ellas, ni los bienes que estén igualmente fuera del tal territorio. Asi el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa respecto de los bienes que en él posee.

16. El codicilo es *una disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento*, ó como dice la ley de Partida: *escritura breve que hacen algunos homes despues que son fechos sus testamentos ó antes*. Se distingue de los testamentos en que habiendo estos, no pueden suceder los herederos por intestado, y si habiendo codicilo, como que puede preceder al testamento y morir el que lo hace intestado; y tambien en que el testamento exige necesariamente la institucion de heredero, y en el codicilo no se puede hacer. Unos son escritos ó cerrados, y otros abiertos ó nuncupativos: unos de testado, y otros de intestado. Por lo que hace á la solemnidad necesaria para su valor, la ley recopilada (1) previene que intervenga la misma que en los testamentos abiertos; pero esto debe entenderse de los codicilos abiertos, pues para los cerrados son necesarios cinco testigos que los firmen, como lo previno la ley de Partida (2), y prueban Gregorio Lopez (3) y Antonio Gomez (4). Se pueden hacer muchos codicilos, y todos valen no siendo contrarios (5).

17. Los que no pueden hacer testamento, tampoco pueden hacer codicilos (6), y en ellos, como se ha dicho, no se puede hacer institucion directa de heredero (7); aunque siendo abiertos como que exigen las mismas solemnidades que los testamentos, valdrán como tales (8); tampoco producirá efecto alguno la

(1) L. 2, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 48, lib. 10 de la N. — (2) L. 3, tit. 12, P. 6. — (3) Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3, tit. 12, P. 6. — (4) Gomez en la l. 3 de Toro, n. 69. — (5) L. 2, tit. 12, P. 3. — (6) L. 1 del mismo tit. — (7) L. 2 citada. — (8) Gregor. Lop. glos. 1 de esta l.

desheredacion ó sustitucion hecha en ellos, ni la condicion que se ponga al heredero nombrado en testamento, á menos de que en este se haga referencia á la condicion del codicilo (1). Solo se puede pues, legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte, y especificar el delito cometido por el heredero instituido contra el testador por el que desmerece la herencia, y siéndole probado, queda destituido (2).

18. Por nuestro derecho patrio se puede cometer á otro la facultad de hacer el testamento (3), y aquel á quien se comete se llama *comisario*, y el instrumento en que se le comete *poder para testar*. Este debe tener las mismas solemnidades que el testamento (4). El comisario no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio ó quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni hacer ninguna especie de substituciones, ni dar tutor á los pupilos, á menos que se le dé poder especial para ello, explicándolo así; y si es para instituir heredero, debe designarlo el que dá el poder en él (5). Si el poderdante no lo designa, ni da poder para ello al comisario, ni para alguna de las cosas dichas, sino solo para que haga testamento, no podrá el apoderado mas que pagar las deudas del testador, y aplicar el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y el resto se entregará á los parientes que debieren heredar por intestado; y no habiéndolos, se entregará á la viuda lo que por derecho le corresponda, y lo demas lo aplicará en beneficio del alma (6).

19. El comisario debe usar del poder dentro de quatro meses contados desde que se le dió, si estaba

(1) Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, tit. 2, cap. 22, n. 2 — (2) L. 2, tit. 12, P. 6. — (3) LL. 3 á 13, tit. 4, lib. 3 de la R. ó las del tit. 19, lib. 10 de la N. — (4) L. 13, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 19, lib. 10, de la N. — (5) L. 3 en la R. ó 1 en la N. — (6) L. 8, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 19, lib. 10 de la N.

en el lugar: dentro de seis, si estaba fuera; y de un año si no estaba en la republica, sin que pueda alegar ignorancia, porque estos términos corren contra el ignorante (1); aunque el testador puede, renunciando la ley 33 de Toro, prorogar estos plazos (2). Pasados estos términos sin haberse hecho el testamento, espira el poder, y los bienes todos pasan á los herederos por intestado; mas si el testador encargó al comisario determinadamente alguna cosa y este la hiciere pasado el término, se reputará hecha durante el poder (3). Si el comisario no hizo el testamento, deben entrar en los bienes de su poderdante los herederos por intestado, y no siendo ascendientes ó descendientes deberán aplicar la quinta parte á beneficio del alma del difunto; pudiendo, en caso de no hacerlo dentro de un año contado desde la muerte del testador, ser compelidos á ello por la justicia, y á pedimento de cualquiera del pueblo (4); y si son ascendientes ó descendientes deberán hacer lo conveniente atendida la calidad del difunto, la cantidad de la hacienda, y la costumbre del lugar (5).

20. Si el testador comenzó el testamento nombrando heredero, y despues nombró comisario para que lo acabara, este no podrá mas que disponer de la quinta parte de los bienes, despues de pagadas las deudas, si no es que el poder se extienda á mas (6); entendiéndose esto si los parientes son descendientes; pues siendo ascendientes podrá disponer del tercio (7).

21. El comisario no puede revocar el testamento hecho por su poderdante ni en el todo, ni en parte, sin poder especial para ello (8). Tampoco puede revocar el

(1) L. 7 en la R. ó 3 en la N. — (2) La ley 763 citada. — (3) Gomez en la l. 33 de Toro, y Matienzo en la l. 7 de la R. glos. 2, n. 3. — (4) L. 10, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 13, tit. 20, lib. 10 de la N. — (5) Sanz. L. 4, cons., c. 1, 9, 18, n. 14. — (6) L. 11, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 19, lib. 10 de la N. — (7) Gomez en la ley 37 de Toro, n. 2. — (8) L. 8, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 20, lib. 10 de la N.

que él hubiere hecho en uso de su poder; ni despues de hecho añadirle codicilo, ni aun para causas piadosas, y esto aun cuando se hubiera reservado la facultad de hacerlo (1). Si se nombran muchos comisarios para que colectivamente hagan el testamento, no podrán hacerlo unos sin los otros; pero si alguno muere, ó requerido por los demas no quisiere concurrir, procederán los restantes, y no poniéndose todos de acuerdo en lo que haya de hacerse, se estará á lo que determine la mayor parte, y estando iguales, decidirá el juez del lugar; y siendo estos varios, el que elijan los comisarios, y no conviniéndose ni en esto, se escogerá por suerte (2); mas si el poder es para cada uno de los nombrados, á esto deberá estarse (3).

22. Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, pueden pedir que se abra el heredero nombrado, el legatario y el albacea, intentando que se declare firme aquella disposición; ó el hijo preterido ó injustamente desheredado, y los herederos por intestado intentando que se declare nula: de modo que puede pedirlo cualquiera que tenga interes jurando que no lo hace maliciosamente (4) sino por la presuncion que tiene de ser interesado. Esta peticion debe hacerse al juez ordinario, y en ella expresarse haber fallecido el testador bajo de esa disposicion, y el juez dispondrá se traiga inmediatamente para abrirlo; y estando en otro lugar, señalará plazo al que lo tenga para que lo presente (5); y si fuere rebelde pagará al que lo demandare el legado que se le deje en el testamento, y el perjuicio que con su resistencia le causare. Antes de verificar la apertura, hará el juez que los testigos instrumentales reconozcan á su presencia sus firmas, la del testador y el pliego cerrado que contenga el testamento, y que depongan del falle-

(1) L. 9 en la R. y 5 en la N. — (2) Gomez en la ley 38 de Toro. — (3) Carpio L. 3, cap. 2, n. 26. — (4) L. 1, tit. 2, P. 6. — (5) L. 2 del mismo tit. y P.

cimiento del testador, porque lo hayan oído ó visto, y no sabiéndolo, lo certificará el escribano porque él lo haya visto, dando fe de la identidad, ó porque se lo hayan dicho en su casa y vecindad, pues antes de que se acredite el fallecimiento, no se puede proceder á la apertura.

23. Si han fallecido los testigos ó están ausentes sin saberse donde, se rendirá informacion de ello, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian dar testimonio, y lo mismo de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si hubiere muerto; y si hubiere quien conozca sus firmas las reconocerá, ó se comprobarán. Mas si los testigos viven, pero no pueden ser habidos todos, bastará que concorra la mayor parte; y si ni esto se pudiese lograr, y el juez entendiere que de omitir la apertura resulta perjuicio á los interesados, podrá llamar hombres buenos, y ante ellos abrir el testamento, hacerlo copiar y leer, y firmándolo los hombres buenos volverlo á cerrar y guardar, para cuando se presenten los testigos instrumentales, y lo reconozcan en la forma prevenida. Si no se abriere ante el escribano que presenció su otorgamiento, deberá reconocer su firma y signo. Hecho el reconocimiento por los testigos, y no estando el pliego raído, ni siendo sospechoso por otro motivo, lo hará abrir el juez á presencia del escribano y testigos, y leyéndolo primero para sí, por si el testador previniere que alguna parte no se lea ó publique hasta cierto tiempo, en lo que deberá obsequiarse su voluntad (1), lo hará leer y publicar delante de todos, mandando sea reducido á escritura pública, á cuyo efecto se protocolará en los registros del escribano ante quien se abra, y á los interesados se darán los testimonios que pidieren, debiendo ser integros para los herederos, y á los demas de la cláusula que les compete con la cabeza y pie del testamento.

(1) LL. 5 y 6, tit. 2, P. 6.

## TITULO V.

## DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3, 4, 5, 6 y 7, P. 6.

1. Qué es institucion de herederos, y especies de estos.
2. Los descendientes son herederos forzosos.
3. Tambien lo son los ascendientes.
4. Quiénes se llaman necesarios, y voluntarios.
5. Capacidad del heredero, y tiempo en que debe tenerla.
6. Quiénes tienen inhabilidad general para ser herederos.
7. Quiénes la tienen respectiva, y 1º de los confesores del testador en su última enfermedad.
8. 2º Los hijos ilegítimos: en qué caso no heredan los naturales.
9. Qué pueden heredar los espurios.
10. El heredero debe señalarse de un modo inequívoco, y qué debe hacerse cuando lo fueren los pobres de algun lugar.
11. De la institucion condicional, y de las condiciones imposibles.
12. 13. De las condiciones posibles.
14. Reglas sobre las condiciones.
15. Cómo se dividia antes la herencia por razon del derecho de acrecer.
16. Hoy se puede morir parte testado y parte intestado, y el derecho de acrecer solo tiene lugar en ciertos casos.
17. De la sustitucion y sus especies: 1º de la vulgar.
18. 19. De la sustitucion pupilar.
20. De la ejemplar.
21. De la compendiosa, y de la brevilocua.
22. De la fideicomisaria y de la cuarta trebilianica.
23. De la aceptacion de la herencia.
24. Del derecho de deliberar.
25. Del beneficio de inventarios.
26. Antes de cumplirse el tiempo de los inventarios no pueden cobrar los acreedores ni legatarios al heredero.
27. De cuántos modos se puede aceptar la herencia, y aceptada una vez no se puede renunciar.
28. Quiénes pueden reclamar la herencia despues de renunciada.
29. De la desheredacion.

- quiénes y cómo pueden hacerla.
30. Causas para la desheredacion de los descendientes.
  31. Causas para la desheredacion de los ascendientes.
  32. Causas por qué el hermano pierde el derecho que tiene para anular en un caso la institucion hecha por su hermano.
  33. Causas por qué el heredero instituido pierde el derecho á la herencia.
  34. De la pretericion.
  35. De la accion de inoficioso testamento y cuándo no tiene lugar.
  36. A quiénes se concede, y cuándo cesa.
  37. Otros modos de romperse el testamento.

1. Aunque despues de lo dispuesto por la ley recopilada (1) no es necesaria la institucion de heredero para el valor del testamento, pues si se omite aquella por el testador, subsiste su disposicion en cuanto á lo demas, y sus bienes pasan al que deba heredarlo por intestado: sin embargo es la parte mas interesante del acto, y como ordinariamente no falta es conveniente explicar todo lo que concierne á ello. Instituir heredero es *nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes, ó de alguna partida de ellos* (2), y de ahí se sigue que heredero se llama al que sucede en los bienes de otro: si sucede en todos con los derechos, deudas y acciones, es universal, y si solo en alguna cosa es parcial, ó mas bien legatario. El heredero puede serlo, ó por intestado, que es el que sucede cuando el difunto no hizo testamento, ó se anuló el que hizo, y de estos hablaremos en el título VIII, ó por testamento, y son los señalados por el testador. Estos son de tres clases, á saber: forzosos, necesarios y voluntarios: omitiendo desde luego la antigua division del derecho romano, adoptada en la ley de Partida (3) en suyos, necesarios, y extra-

(1) L. 1, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 10 de la N. —

(2) L. 1, tit. 3, P. 6. — (3) L. 21, tit. 3, P. 6.

ños, por el ningun uso que tiene entre nosotros.

2. Forzosos se llaman los que no pueden dejar de ser instituidos, sino por justa causa bastante á la desheredacion, ni en menos de lo que les corresponda, y estos son los descendientes, ó ascendientes legítimos del testador. Se dicen *legítimos*, porque son nacidos conforme á las leyes civiles y canónicas, y son de tres clases: unos que proceden de verdadero matrimonio, otros que fueron procreados durante él, pero en el que resultó impedimento ignorado por ambos padres, ó por uno de ellos; y los últimos son los legitimados por subsiguiente matrimonio. A todos estos deben los padres instituir por herederos de todos sus bienes, á excepcion del quinto, del que pueden disponer libremente, y con ellos no puede entrar en parte ningun extraño, y su institucion seria inválida, é ineficaz. Mas no se reputa extraño el póstumo, que es el que nace despues de muerto el padre; mas para que sea habido por legítimo, es necesario que su madre lo dé á luz, cuando mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta viva en su compañía; pues, si nace entrado en el oncenno mes del fallecimiento, aunque sea en un día, ya no se reputa legítimo, aunque sí, si nace en el séptimo, ó nóveno mes (1). Es necesario además que viva veinticuatro horas despues de nacido, y que sea bautizado, pues de otro modo se reputa abortivo, y no hereda á sus padres (2). El hijo legitimado por rescripto es heredero forzoso de su padre y ascendientes si no los tiene legítimos por matrimonio anterior ó posterior á la legitimacion; y por lo que hace á los naturales hablaremos en el n. 8. La sucesion de los descendientes puede verificarse *por cabezas*, esto es, teniendo cada uno igual derecho á igual porcion con los demas coherederos, ó por *familias*, esto es que una familia tenga derecho á una porcion igual á la de cada

(1) L. 4, tit. 23, P. 4. — (2) L. 11, tit. 4, P. 6.

uno de los herederos, porque represente á uno de ellos, como v. g. muere un padre que tuvo cuatro hijos: de estos viven dos, uno de ellos casado y con familia, y los otros dos son ya difuntos, y uno dejó dos hijos y el otro cuatro; pues los hijos vivos suceden por cabezas, y los hijos de los dos difuntos por familias; de manera que suponiendo que el caudal divisible, deducidas las deudas y el quinto, sean cuarenta mil pesos, corresponderán de ellos á cada uno de los hijos vivos á diez mil, y como los seis restantes representan á dos personas, que fueron sus padres, hijos del difunto, cuyos bienes se dividen, se harán otras dos porciones iguales entre sí, y respecto de las que han llevado los otros dos, y resultará que á los dos hijos de uno de los difuntos se darán otros diez mil pesos, que partidos entre sí les corresponderán cinco, y á los cuatro del último otros diez mil, y les corresponderán dos mil y quinientos.

3. No habiendo descendientes son herederos forzosos los ascendientes, entendiéndose primeramente por tales los padres, con quienes ningun otro concurre, y así dividirán la herencia en dos partes iguales (1). Muerto uno de los padres, debe ser instituido el que sobrevive con exclusion del abuelo de la otra linea (2). Muertos los padres suceden los abuelos de ambas lineas, debiéndose partir los bienes indistintamente en dos porciones iguales para el paterno y materno (3); si de una parte existiere soló un abuelo, y de la otra dos, aquel habrá la mitad de los bienes, y estos la otra (4); y á falta de los abuelos serán instituidos los ascendientes mas inmediatos que hubiere, sean de la linea que fueren (5). Con respecto á los ascendientes puede el testador disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, reservando precisamente para aquellos las

(1) L. 4, tit. 13, P. 6. — (2) Gomez en la ley 6 de Toro, n. 5. — (3) Gomez en la ley 6 de Toro, n. 5. — (4) L. 4, tit. 13, P. 6. — (5) La misma.

otras dos (1), y debiendo sacarse de aquella únicamente los gastos de entierro, mandas y legados (2). Los hermanos nunca son herederos forzosos (3), y cuando son instituidos, se entienden los que lo son de padre y madre, á menos que conste de otro modo la voluntad del testador.

4. Herederos necesarios se llaman en las Partidas los esclavos del testador que este institua, y se les daba este nombre porque estaban obligados á admitir, aunque no quisiesen, la herencia de su señor, y á pagar las mandas y deudas que dejase no solo del importe de aquella, sino de todos sus bienes habidos antes ó despues de su fallecimiento en recompensa de la libertad que adquiririan en virtud de la institucion (4); mas esto ya no tiene lugar en nuestra legislación; y voluntarios son los que el testador nombra sin tener obligacion para ello.

5. Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó prohibicion legal que lo impida, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las tres clases de herederos, á saber: en el forzoso hasta que no haya inhabilidad al tiempo de la muerte del testador, aunque la hubiese al de la institucion; en el necesario debia no haberla en ambos, y en el voluntario no debe

(1) L. 1, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 20, lib. 10 de la N.

(2) La opinion de que los gastos de entierro deben deducirse en este caso del tercio de los bienes la sostienen Cobarruv. in cap. *Raynaldus*, § 3, num. 2; Gutier. en la ley *Nemo potest.*, n. 93 y lib. 2 *Pract.*, quest. 71; Matienzo en la l. 1, tit. 8, lib. 3, glos. 8, n. 2 y otros; mas el Febrero de Tapia en los un. 6 y 7, del cap. 10, del tit. 3, del tom. 6 cita á Garcia *De expensis*, cap. 8, un. 49 y 50 por la opinion contraria, refiriéndose á Palacios Rubios colaborador en las leyes de Toro, y se decide por esta. En cuanto á las mandas y legados no hay disputa apoyándose lo que se ha dicho en el tenor de la ley que se citó con el n. 1, en esta página.

(3) LL. 1, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real, y 2 y 12, tit. 7, P. 6.—

(4) L. 21, tit. 3, P. 6.

haberla en tres, que son el de la institucion, el de la muerte del testador, y el de la aceptacion de la herencia.

6. La inhabilidad para heredar es general, ó respectiva. La tienen general segun el derecho de las Partidas (1) los desterrados para siempre: los condenados á trabajar en las minas perpetuamente, aunque estos pueden tener legados: los hereges y apóstatas declarados por sentencia: los moros y judios (2), y las cofradías, corporaciones, ó sociedades erigidas contra derecho. A la viuda que casase dentro del año de la muerte de su marido se le prohibia heredar á cualquiera pariente del cuarto grado en adelante ó extraño (3); pero esta disposicion está corregida por otra posterior (4) que concede á las viudas facultad de casarse dentro del año de la viudedad sin incurrir en pena alguna.

7. La inhabilidad respectiva, esto es, para heredar á determinadas personas, la tienen primeramente los eclesiasticos que confesaren al testador en su última enfermedad, extendiéndose la inhabilidad á los parientes de aquellos, sus iglesias ó monasterios (5); y por otra disposicion posterior, ratificandose esta prohibicion, se declaran nulos los testamentos en que se contravenga á ella, y se impone la pena de privacion de oficio al escribano que lo autorice (6). Esta disposicion tiende á evitar el abuso que podia hacerse por los confesores de los enfermos, segun en ella misma se indica; y por lo que hace á la nulidad del testamento, nos parece que debe entenderse solamente en cuanto á la institucion del confesor por heredero, ó á la manda ó legado que se haga á él, á su pariente, iglesia ó mo-

(1) L. 2, tit. 3, P. 6.— (2) L. última, tit. 7, P. 6.— (3) L. 4, tit. 3, P. 6.— (4) L. 3, tit. 1, lib. 5 de la R. ó 4, tit. 2, lib. 10 de la N.— (5) Auto acordado 3, tit. 10, lib. 5 de la R. ó ley 15, tit. 20, lib. 10 de la N.— (6) Cédula de 18 de agosto de 1771 en que se inserta el citado auto 3 y es la misma ley 15.

nasterio, mas no en cuanto á las demas disposiciones que contenga. Fundamos este juicio en la observacion de las leyes de esta naturaleza. La 8 del título 7 de la Partida 6 dispone que el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin expresar causa sea nulo, pero añade, que sea solo en cuanto á la desheredacion, y que subsista en cuanto á las mandas y demas cosas contenidas en él. Igualmente la 8 del título 6 del libro 5 de la Recopilacion, ó sea la 8 del título 6 del libro 10 de la Novisima manda, que cuando algun testamento se anule por pretericion, ó desheredacion, si en él se hiciere mejora de tercio, ó quinto, subsista esta, como si no se anulara el testamento; y esto es conforme á la equidad que no consiente, que la pena pase de aquello en que se incurrió la falta que la motiva.

8. Lo segundo tienen inhabilidad respectiva para heredar los hijos ilegítimos á sus padres. Se llaman ilegítimos los que no son habidos de matrimonio, y se distinguen en *naturales* y *espurios*. Los primeros son los procreados por hombre y muger hábiles para contraer matrimonio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento, y ademas es necesario que el padre los reconozca por tales hijos naturales, siempre que la muger en quien los tuvo, no viviese en su casa, ó no hubiese sido una sola (1). Estos no pueden heredar á sus padres, si este tiene hijos legítimos, mas que en el quinto (2); y no teniéndolos pueden sucederle, aunque tenga ascendientes (3), y si el padre no los mencionare en el testamento, los herederos deberán darles alimentos (4).

9. *Espurios* se llamaban antes los que no tenían padre conocido, mas en el día se comprenden bajo de este nombre todos los ilegítimos, que no son natura-

(1) L. 9, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 3, lib. 10 de la N. — (2) L. 8, tit. y lib. cit. de la R. ó 6, tit. 20, lib. 10 de la N. — (3) La misma. — (4) L. 8, tit. 13, P. 6.

les, y son los *adullerinos* que proceden de hombre ó muger casados: los *sacrilegos*, de monja, ó religioso profeso, ó de clérigo de orden sagrado (1); los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *manceres* de prostitutas, ó mugeres públicas. Todos estos se dicen de dañado ayuntamiento; pero es ademas punible, si la madre era casada, porque segun la ley (2) incurre en la pena de muerte. Los espurios de cualquiera clase que sean, no pueden suceder á sus padres, sino en el quinto de sus bienes (3), y esto en opinion de Gutierrez (4), si se hallaren en necesidad: mas los sacrilegos en nada, ni aun á los parientes de su padre (5); aunque no es de creer que esta disposicion excluya tambien los alimentos. A las madres suceden como herederos forzosos, á falta de legítimos, los naturales y los espurios (6), menos los que proceden de ayuntamiento sacrilego, que nada pueden tener (7), ó de dañado y punible que solo tendrán el quinto (8), modificándose por estas disposiciones de la Recopilacion, que hemos citado, la general de las Partidas (9), que habia creído deberse limitar el mismo Gregorio Lopez (10).

10. En la institucion de heredero debe el testador explicarse en términos claros, designándole por su nombre y apellido, de modo que no pueda dudarse quien es (11); y así no valdrá la institucion hecha en favor de algun amigo, expresando solo su nombre, si el testador tenia dos amigos que tuviesen el mismo, no constando por otras señas de cual de los dos habló, y

(1) Azevedo en la L. 6, tit. 8, lib. 5 de la R., nn. 3 y 4. — (2) L. 7, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 20, lib. 10 de la N. — (3) L. 8, tit. y lib. cit. de la R. ó 6, tit. y lib. cit. de la N. — (4) Gutierrez, lib. 3 Pract., quesi. 94. — (5) L. 6, tit. y lib. dd. de la R. ó 4, tit. y lib. dd. de la N. — (6) L. 7 en la R. ó 3 en la N. — (7) La misma. — (8) La misma. — (9) L. 4, tit. 3, P. 6. — (10) Gregor. Lop. glos 11. — (11) L. 6, tit. 3, P. 6.

los bienes pasarian á los herederos por intestado. Tampoco valdria si lo designase con palabras que denotasen algun defecto infamante; aunque no, si en general dijese de él que era malo, sin expresar la especie de maldad (1). Si se instituyere á los pobres de alguna ciudad ó villa, deberán repartirse los bienes entre los que se hallaren en los hospitales de ella, y principalmente entre los que estuvieren imposibilitados para salir de ellos. Mas si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento (2), lo que dice Gregorio Lopez debe entenderse en el caso de que tuviese allí su domicilio (3).

11. La institucion de heredero puede hacerse puramente, ó bajo de condicion, á dia fijó, ó hasta cierto tiempo. La condicion, que regularmente se expresa con la conjuncion *si*, es *añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto, lo que quiere hacerse ó se promete*. El efecto natural de toda condicion es, que verificada esta valga lo dispuesto ó prometido, como si fuera hecho pura y absolutamente; y si no se verifica, es inválido; quedando todo en suspenso hasta su cumplimiento (4). Siendo muy frecuente el uso de las condiciones en los testamentos y contratos, y muy varias sus especies y efectos, nos parece conveniente tratar de ellas con alguna extension. Se dividen primeramente en posibles ó imposibles. Las primeras son las que no tienen impedimento alguno para cumplirse, y por el contrario las imposibles son las que no pueden existir. Estas se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, y de hecho, ó por ser perplejas y dudosas. Se llaman imposibles por naturaleza aquellas cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijese: *nombre heredero á Pedra, si al-*

(1) L. 10 del mismo tit. y P. — (2) L. 20, tit. 3, P. 6. — (3) Gregor. Lop. glos. 7 de ella. — (4) L. 1, tit. 4, P. 4.

*canzare el cielo con la mano*. Por derecho las que son contrarias á la ley, á la honestidad, piedad y buenas costumbres (1), y se dicen imposibles porque como dijo Papiniano (2): «Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, existimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres;» como si uno dijera: *te establezco por mi heredero, sino sacares á tu padre de canticerio, ó no le dieres de comer*. Las imposibles de hecho son las que de hecho no pueden jamás existir, como por ejemplo, que es el de la ley (3): *establezco por mi heredero á fulano, si diere á tal iglesia un monte de oro*, sobre las que puede verse á Gregorio Lopez (4), y perplejas ó dudosas, las que por sí mismas se embarazan, y cuyo sentido no se puede entender, como si se dijera: *Pedro sea mi heredero si lo fuere Juan, y sea Juan mi heredero si lo fuere Pedro* (5). Las imposibles por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos, pues se tienen por no puestas, y el heredero, ó legatario entran desde luego en el goce de su herencia ó manda, como si hubiesen sido nombrados absolutamente (6), á diferencia de lo que sucede en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible son nulos, no solo por derecho romano (7), sino tambien por el nuestro, porque aunque no hay ley expresa que lo establezca, es doctrina de los mejores intérpretes (8), que asignan por razon de la diferencia, que los que contratan de ese modo, se supone que hablan de burlas, y sin intencion de obligarse; suposicion que no tiene lugar en los testadores por la seriedad del acto, y circunstancias en que regularmente se practica. Mas

(1) LL. 1 y 3, tit. 4, P. 6. — (2) L. 5 de cond. inst. — (3) L. 4, tit. 4, P. 6. — (4) Gregor. Lop. glos. 1 de esta, y 4 de la L. 6, tit. 4, P. 6. — (5) L. 5, tit. 4, P. 6. — (6) L. 3, tit. y P. cit. — (7) § 10, Inst. de inut. stipul. — (8) Greg. Lop. glos. de la ley 17, tit. 11, P. 5, y Gomez, lib. 1, var., cap. 11, n. 60 y otros.

las imposibles de hecho (1) y las perplejas (2) hacen nulo el testamento ó contrato en que se ponen. Rigorosamente hablando las condiciones imposibles no son propiamente condiciones, como tampoco las que miran al tiempo pasado ó presente, como que no contienen suspension ó dilacion, por no estar en duda la cosa que exigen, requisito indispensable para toda condicion (3), por lo que el reformador de Febrero desapruéba la division de las condiciones imposibles, y no reputa justo el efecto legal de las imposibles de hecho y de derecho en los testamentos y contratos; en lo que le concede razon Tapia (4), pero haciendo al mismo tiempo la observacion de no estar derogadas esas disposiciones legales.

12. Las condiciones posibles se dividen en potestativas, casuales y mixtas. Las primeras son aquellas cuyo cumplimiento depende de nosotros mismos: casuales las que dependen del acaso, y mixtas las que participan de ambas (5). Pueden ser ademas expresas, que son las que se manifiestan claramente con palabras; ó tácitas, que no se expresan, pero se entienden expresadas, y de estas unas se entienden expresadas por exigirlo así la misma cosa como cuando alguno lega, ó promete los frutos que diere su campo en tal año, en cuyo caso se entiende la condicion *si nacieren* (6), y otras se presumen de la voluntad del testador, que aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion *si muriere sin hijos*, que se entiende cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos, ó naturales, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que pertenecía al que murió primero, es preciso que este haya

(1) L. 4, tit. 4, P. 6. — (2) Greg. Lop. glos. 1 de esta l. y 4 de la l. 6, tit. 4, P. 4. — (3) L. 2, tit. 4, P. 6. — (4) Tapia Febrero Novis., lib. 2, tit. 2, cap. 2, n. 7 en la nota. — (5) LL. 7, 8 y 9 del tit. 4, P. 6. — (6) L. 20, tit. 11, P. 3.

muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no hubiese expresado esta condicion (1). Mas lo contrario será, si los instituidos son extraños (2), y si uno fuere hijo y el otro extraño, juzga Gregorio Lopez (3) que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si él fuese el que murió primero. En nuestras leyes no se encuentra decidido si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la sustitucion, y á nuestro juicio, ofrecido el caso, deberia resolverse afirmativamente, como hemos procurado fundar en otra parte (4), en la que explicamos tambien la diferencia entre las condiciones dividuas é individuales, y el tiempo en que deben cumplirse (5), de que tampoco hablan las leyes.

13. En las condiciones casuales es necesario que se cumplan para ganar la herencia (6), y lo mismo en las potestativas, á menos que el no cumplirlas sea por un caso fortuito, y sin culpa de aquel á quien se impusieron (7), aunque debe advertirse en estas, que si consisten en no hacer alguna cosa, como, v. g. *lego á Pedro cien pesos, si no fuere á España*, se le deben entregar desde luego, dando fiadores de que los restituirá, si fuere (8), que es la caucion *Muciana*, llamada así del nombre de su autor Quinto Mucio, y que no tiene lugar en los contratos, como opinan generalmente los intérpretes, y principalmente Gomez (9) y cuya razon de diferencia hemos notado en otra parte (10). Por lo que hace á estas condiciones de no hacer, conviene advertir, que la práctica y los autores regnicolas tienen

(1) L. Cum avus de cond. et. demonstr. — (2) L. 10, tit. 4, P. 6. (3) Gregor. Lop. glos. 13 de esta. — (4) Digesto Romano-Hispano, lib. 35, tit. 1, n. 4. — (5) Alli, nn. 5, 6, 7, 8 y 9. — (6) L. 8 del mismo tit. y P. — (7) LL. 7, tit. 4 y 22, tit. 9, P. 6. — (8) L. 7, tit. 4, P. 6. — (9) Gomez, 2 var., cap. 11, n. 37. — (10) Institucion., lib. 3, tit. 16, n. 6.

adoptada la doctrina del derecho romano: que no vale y se tiene por no escrita la condicion de no casarse puesta á un célibe, y mas si es muger, pero que deberá cumplirse, si se pone á un viudo (1). En otro lugar (2) hemos manifestado que debe tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general ni tiene fuerza de tal. Mas de que sea nula la condicion de no casarse no se debe inferir que lo sean tambien las adiciones ó expresiones que con tanta frecuencia usan en sus testamentos los padres que teniendo hijas solteras las mejoran *mientras se mantengan doncellas y sin casarse*, porque el fin no es impedir el matrimonio, sino socorrer á las hijas mientras estén destituidas del auxilio del marido, de manera que esta mejora no es condicional, sino modal, y por esto se debe luego que fallece el testador, y mientras las hijas sean célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones; á que se añade, que segun varios autores (3), las adiciones en caso de duda antes deben considerarse modos que condiciones. La de casarse con persona determinada es de las que llamamos mixta, y si la persona muere antes de verificarse el matrimonio, ó si no se verifica por no querer aquel á quien se impuso, no gana la herencia (4), á menos que el no hacerlo fuese por impedimento legal, ó porque no quiera la persona designada. Si el testador nombra dos herederos, á uno puramente, y á otro bajo de condicion, puede el primero tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion (5); y cuando instituye heredero bajo dos condiciones, deberán cumplirse todas si se pusieron conjuntivamente, mas

(1) Gomez en la l. 4 de Toro, n. 8. — (2) Digesto Romano-Hispano, lib. 33, tit. 1, n. 11 y siguientes. — (3) Castell., lib. 4 controv., cap. 53. Parlador differ. 147. Barbo, de dict. usufructu. diction. *Donec*, 93, n. 4. — (4) L. 14, tit. 4, P. 6, vers. *Pero*. — (5) L. 12, tit. 4, P. 6.

si fue disyuntivamente bastará se cumpla cualquiera de ellas (1).

14. Para concluir la materia de condiciones nos parece conveniente poner la suma de la doctrina legal sobre ellas, en forma de reglas como las señala un moderno institutista (2). 1.<sup>a</sup> Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legitima. 2.<sup>a</sup> Cuando un padre mejora á su hijo en el quinto, tiene facultad de imponerle á su arbitrio los gravámenes y condiciones que quisiese, con tal que sean posibles y honestas (3). 3.<sup>a</sup> En el tercio por ser verdaderamente legitima de los descendientes que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condicion (4), aunque si se les permite poner gravamen. 4.<sup>a</sup> El heredero extraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquiere la herencia (5). 5.<sup>a</sup> Si la condicion depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida (6). 6.<sup>a</sup> La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho, ó de derecho, se tiene por no puesta (7), á diferencia de los contratos á los cuales los vicia. 7.<sup>a</sup> La condicion perpleja que llaman dudosa hace inútil la institucion de heredero (8). 8.<sup>a</sup> El heredero antes de cumplir la condicion no transmite la herencia á sus herederos.

15. Por el derecho romano estaba establecido que ninguno podia morir parte testado y parte intestado, y de ahí provino el derecho de acrecer, esto es, de aumentar al heredero instituido en determinada cantidad el resto de los bienes del testador, cuando este no habia dispuesto

(1) L. 13 del mismo. — (2) Alvarez Instituciones de Derecho Real, lib. 11, tit. 16. — (3) LL. 4, tit. 17 y 11, tit. 4, P. 6. — (4) L. 11, tit. 6, lib. 5 de la R. ó 11, tit. 6, lib. 10 de la N. — (5) L. 7, tit. 4, P. 6. — (6) L. 14 del mismo. — (7) L. 3 del mismo. — (8) L. 5 del mismo.

de ellos, ó cuando su disposicion no habia tenido efecto, para que de este modo se verificase que no habia muerto parte intestado, como habria sido si aquellos bienes quedasen sin heredero, cuyo nombramiento era lo que constituia principalmente el testamento. Para facilitar en algunos casos esta aplicacion se dividia el total de la herencia, que se llamaba *as*, como á su duplo *dipondium* y á su triplo *tripondium*, en doce partes (que se llamaban onzas) por la razon de que este número es el que se parte en mayor número de porciones iguales; y asi es que si un testador instituia á un heredero en tres onzas, á otro en cuatro, y á otro sin determinar cantidad, se aplicaban á este cinco, con que se completaba el *as*, y si al primero señalaba ocho y al segundo siete, el tercero tomaba nueve con que se completaba el *dipondium*, y con estas disposiciones del derecho romano está enteramente conforme el de las Partidas (1), como tambien en que si el testador instituye á un heredero solo en cosa determinada, este deberá llevar toda la herencia.

16. Mas estas disposiciones no tienen lugar, estando destruido el axioma de los romanos de que no se puede morir parte testado y parte intestado por la ley recopilada (2) que declara válido el testamento, aun cuando no lo sea en cuanto á la institucion de heredero, en cuanto á las mandas y demás disposiciones que contenga. Por consecuencia de esa declaracion ha quedado destruido el derecho de acrecer en las herencias, y solo tendrá lugar cuando lo previniere el testador, cuya voluntad debe cumplirse religiosamente. Segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia: ó son muchos los

(1) LL. 17, 18 y 19, tit. 3, P. 6. — (2) L. 1, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 10 de la N.

instituidos con partes expresas para cada uno, y señaladas por el testador, y en estos casos irán á los herederos legitimos, ó por intestado los demás bienes vacantes, de que no dispuso el testador (1). Mas si este instituyere á muchos juntándolos ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo en el tercio, ó en el quinto, habrá entre ellos el derecho de acrecer, porque se juzga ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

17. Los testadores suelen nombrar un segundo ó tercer heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero (2), y á este nombramiento se llama sustitucion, que no es mas que la *institucion en segundo ó ulterior grado*. Puede ser directa, y oblicua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro, y la oblicua es la que se hace por palabras de ruego y da la herencia por mano de otro. Se enumeran seis especies (3): vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua ó reciproca, y fideicomisaria; aunque la compendiosa y la brevilocua son mas bien modos de sustituir. Vulgar es la que puede hacer cualquier testador al heredero, que instituye, para el caso de que no llegue á serlo (4). Se llama vulgar porque la puede hacer cualquier testador, y para que el sustituto vulgar entre en la herencia, lo mismo es que el heredero no quiera, que el que no pueda aceptarla (5). Puede ser expresa, y entonces se anuncia con negativas, como v. g. *nombre por mi heredero á Pedro, y si este no lo fuere lo será Juan*, ó tácita, cuando el testador nombra á varios para que lo herede el que sobreviva; y si al tiempo de su fallecimiento viven dos ó mas, partirán la herencia en partes iguales,

(1) Vela disp. 47, n. 38. — (2) L. 1, tit. 5, P. 6. — (3) La misma. — (4) La misma. — (5) L. 2, tit. 5, P. 6.

y si uno solo, la llevará toda (1). Pueden ser sustitutos los que pueden ser herederos, así como los inhábiles para esto, lo son para aquello; puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y al contrario; y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á que lo era el heredero; de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta, otro en la sexta y otro en la octava parte de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo orden, ninguno de estos entrará sino en la parte que correspondia á aquel á quien se sustituyó (2). La sustitucion vulgar se acaba, si el sustituto muere antes que el testador, ó si el heredero acepta la herencia (3).

18. La sustitucion pupilar es la que hace el padre al hijo impuber que tiene en su potestad (4) para que no carezca de heredero en el caso de que muera antes de llegar á la pubertad, y aunque segun la ley de Partida (5) podia el abuelo nombrar sustituto pupilar á sus nietos, debe entenderse derogada, porque suponía que el hijo casado y velado no salia de la patria potestad, como está dispuesto por ley posterior (6), y de consiguiente esto solo podrá verificarse en el caso raro de que el hijo no haya sido velado. La sustitucion pupilar se distingue de la vulgar: 1º en que esta la pueden hacer todos los testadores y para cualesquiera herederos, y aquella solo los padres, y solo para sus hijos impúberes; y 2º en que la vulgar es para un caso negativo, esto es, si el instituido no hereda, y la pupilar para uno afirmativo, esto es, si el hijo fuere heredero y muriere antes de la pubertad. No obstante esta diferencia, bajo la sustitucion vulgar expresa se comprende tácitamente la pupilar (7), y así es que si un pa-

(1) La misma. — (2) L. 3, del mismo tit. — (3) L. 4, tit. 5, P. 6. — (4) LL. 1 y 3 del mismo. — (5) L. 5 citada. — (6) L. 8, tit. 1, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 3, lib. 10 de la N. — (7) L. 3, tit. 5, P. 6.

dre instituye heredero á un hijo suyo pupilar, diciendo que en caso de no serlo, lo sea Pedro, lo será este tambien en el caso de que habiéndolo sido el hijo muriese antes de salir de la edad pupilar; aunque hay una excepcion de esta doctrina (1) en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad uno mayor de catorce años y otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entónces no sería el mayor sustituto pupilar del menor, aun quando siendo este heredero muriese en su pupilage; fundándose esta disposicion en que se juzga, que el testador quiso igualarlos, y de consiguiente no fue su voluntad que el mayor tuviese otra sustitucion del menor, que la vulgar, que era la única de que este era capaz respecto de aquel; y lo mismo debe decirse por la misma razon, si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño, aunque menor.

19. Como el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad (2) y su causa la poca edad del hijo incapaz por ella de disponer de sus bienes (3), de ahí es que solo el padre puede sustituir pupilarmente, y esto hasta al hijo que siendo de diez años y medio fuese desheredado por él; en cuyo caso si muriese en la edad pupilar, entraria su sustituto en los bienes que le pertenecieran por parte de su madre ó de otros (4), como que en general es efecto de esta sustitucion que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan venido, lo mismo que si hubiera sido nombrado heredero por él, pues por tal se reputa la sustitucion (5), quedando entodo excluida la madre del pupilo, como expresamente se establece en la ley (6) hablando de la sustitu-

(1) En la misma l., vers. *Fueras ende*. — (2) L. 7, tit. 3, P. 6. — (3) L. 11 del mismo. — (4) L. 7 citada. — (5) La misma. — (6) L. 12, tit. 3, P. 6, vers. *E si aquel*.

ción pupilar comprendida en la compendiosa, y prueba Gomez (1), quien opina que debe suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundándose en textos del derecho romano, que en otra parte (2) hemos hecho ver que no prueban el intento; y solo se exceptúa de esta generalidad el sustituto que el arrogador dé á su hijo adoptivo, que no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogante, ó por su consideracion (3). De lo que hemos dicho del fundamento y causa de la sustitucion pupilar se infiere tambien, que luego que cesa la patria potestad, se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de la edad pupilar (4). Si el pupilo no acepta la herencia paterna, tampoco entra el sustituto; pero si aquel se arrepiente, se le debe restituir y revive la sustitucion (5).

20. Ejemplar es la que hacen los padres, ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, y se llama asi, porque le sirve de ejemplo la pupilar, pues que en los locos ó mentecatos ocurre la misma incapacidad de testar por sí, que en los pupilos, y asi se suele llamar tambien cuasi pupilar. Sin embargo hay algunas diferencias entre una y otra y son las siguientes: 1.<sup>a</sup> La pupilar solo puede hacerse por el padre respecto del hijo, que tenga en su potestad; mas la ejemplar se puede hacer por el padre, esté ó no el hijo en su potestad, y tambien por la madre, como que su fundamento no es la patria potestad, sino el afecto natural de padres á hijos. 2.<sup>a</sup> Que en la pupilar el padre puede nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar deben nombrarse precisamente los hijos del loco, si los tuviere, y en su defecto alguno de sus hermanos (6). 3.<sup>a</sup> Que la pupilar

(1) Gom., l. var., cap. 4, n. 7. — (2) Instit. Romano-Hispanas, lib. 2, t. 10, n. 17. — (3) L. 9, t. 5, P. 6. — (4) L. 10 del mismo tit. — (5) La misma. — (6) L. 11, t. 5, P. 6. De ella se infiere, que por medio de esta

se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por el defecto ó enfermedad mental, y asi acaba recobrando el buen uso de la razon (1). En el caso de que despues de recobrado el juicio volviese á perderlo aquel á quien se habia nombrado sustituto, se disputa si debe considerarse que dura la sustitucion, ó que está acabada. Gregorio Lopez (2), y Covarrubias (3) se inclinan á la opinion de que dura, si el intervalo que media es corto, mas no si es largo, á juicio del juez. Los autores convienen generalmente en que puede darse sustituto ejemplar no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á todos los que por algun vicio, ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos, sordos (4).

21. La sustitucion compendiosa, que como hemos dicho mas es modo de sustituir, que verdadera especie de sustitucion, es la que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes; de manera que contiene la vulgar, la pupilar y cualquiera otra segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como la

sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco, ó fatuo, sobre lo cual hay variedad de opiniones. Alvarez en sus Instituciones, § 4, del tit. 16, del lib. 2, y Tapia en su Febrero Novísimo, lib. 2, tit. 2, cap. 10, n. 15, son de sentir que no puede haberlo, fundándose el primero en que para él es dudoso que lo pueda hacer el padre en la sustitucion pupilar, que tiene su origen en la patria potestad; de que infiere que debe serlo mucho mas en la ejemplar que solo se funda en la determinacion y concesion legal, y ambos creen que debe observarse la ley 6 de Toro, que como posterior debe reputarse como correctoria de la de Partida, y llamar en el caso á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco, citando á Gregorio Lopez en la l. 11, vers. *Otro extraño*, á Covar. de testam., cap. *Raynutius*, § 6, n. penult. y á Gomez, lib. 1, var., cap. 6, nn. 7 y 9.

(1) L. 11, tit. 5, P. 6. — (2) Greger. Lop. glos. 11 de ella. — (3) Covar., in cap. *Raynutius*, § 6, n. 11. — (4) El mismo n. 1. —

explica Antonio Gomez (1), que pone esta fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Juan.* Si el heredero no fuese el hijo debería omitirse esa expresión, y segun el tenor de la ley (2) esta sustitucion como que comprende la pupilar, no puede hacerse sino por el padre respecto del hijo. La recíproca, brevilocua ó mútua, que tambien es modo de sustituir, se verifica cuando el testador dispone que sean sustitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos los hiciese herederos bajo esta fórmula: *Instituyo por herederos á mis dos hijos, y los establezco por sustitutos uno del otro,* que es el ejemplo de la ley (3) que dice que hecha de este modo la sustitucion contiene cuatro, á saber, dos vulgares y dos pupilares. Mas sobre esto advierte Gregorio Lopez (4) que aunque el ejemplo de la ley habla solo de hijos, no es porque esta sustitucion no puede tener lugar entre extraños, aunque entonces no comprendera la pupilar.

22. Por último, la sustitucion fideicomisaria es cuando el testador encarga al heredero que nombra, que restituya ó entregue á otro su herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando que restituya mi herencia á Juan,* y así debe hacerlo (5). Esta sustitucion tiene lugar únicamente entre herederos extraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomisos. Antiguamente se podia obligar al heredero nombrado á aceptar la herencia, para que el testador no muriese parte testado y parte intestado, mas despues de la célebre ley de la Recopilacion (6) que declaró que la falta de institucion de heredero no

(1) Antonio Gomez, 1 var., cap. 7. — (2) L. 42, tit. 3, P. 6. — (3) L. 13, tit. 3, P. 6. — (4) Greg. Lop. glos. 3 de esta ley. — (5) L. 14, tit. 3, P. 6. — (6) L. 1, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 40 de la N.

anula el testamento, no tiene lugar ese apremio. Si el heredero nombrado renunciare ó no aceptare la herencia, entrará en ella el sustituto, sin hacer á favor de aquel ninguna deduccion (1), y si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituya la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capaz de sucesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el tiempo señalado para la restitucion (2). Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad, se estableció (3) que tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, que es la que se llama *cuarta trebeliánica*. Para computarla debe el heredero traer á cuenta lo que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la tuvo en su poder (4). Si estos equivalen á la cuarta parte, restituirá íntegra la herencia, y si no, tomará de ella lo necesario para completarla (5). Pero si los frutos importaren mas, debe distinguirse, porque si el testador le señaló dia para la restitucion, y el heredero la hizo en él, hace suyos los percibidos hasta ese dia, aunque excedan de la cuarta: si no le señaló dia, y aquel á quien debia restituirse la herencia fue negligente en pedirla sabiéndolo, serán del heredero los frutos sin contarlos en la cuarta, y si no habiendosel señalado dia, él fuere rebelde difiriendo maliciosamente la restitucion, deberá entregar el exceso (6). Esto se entiende del heredero extraño, pues si fuese hijo del testador retendrá todos los frutos sin que se le impute nada en su legitima, que sacará íntegra (7); y lo mismo creemos que debe decirse por identidad de razon si fuere ascendiente,

(1) La misma. — (2) Molin. de just. et. jur., tract. 2, D. 186, n. 3. — (3) L. 14, tit. 3, P. 6. — (4) L. 8, tit. 11, P. 6. — (5) La misma. — (6) L. 8, tit. 11, P. 6. — (7) La misma.

aunque con la advertencia que hace Gregorio Lopez (1) de que el hijo no podrá sacar la cuarta, si saca su legitima; notando por último que no tiene lugar la diferencia que establecía la ley de Partida (2) entre el que aceptaba voluntariamente la herencia, y el que era apremiado para ello, negando á este el derecho á la cuarta, porque ninguno puede ser apremiado para aceptar una herencia (3); y también que el heredero que restituye debe pagar por razon de la cuarta á proporcion las deudas del difunto (4). No tiene lugar la cuarta trebeliánica en el testamento del soldado, si el testador prohíbe que se saque; si el heredero restituye toda la herencia por ignorancia; si no hizo inventario, y por último si no quiere aceptarla (5).

23. Son libres para aceptar, ó repudiar la herencia, sea por testamento, sea por intestado, los mayores de veinticinco años, y que no estén sujetos á otro, con tal que lo verifiquen llanamente y sin condicion alguna. Si el heredero se halla en poder de curador por falta de edad, ó por incapacidad legal, lo hará este á su nombre. El menor de catorce años, que no está bajo la patria potestad, solo puede aceptar herencia con permiso del juez. Si el heredero fuere mayor de catorce y menor de veinticinco podrá aceptarla por sí, y entrar en ella, si no tiene padre, ni curador (6); mas si le fuere gravosa, puede reclamar por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenia antes de la adición ó aceptación.

24. Para la admision ó renuncia de la herencia conceden las leyes al heredero el derecho de deliberar,

(1) Gregor. Lop. glos. 9 de la l. 8. — (2) L. 8 citada. — (3) L. 1, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 48, lib. 10 de la N. — (4) L. 8 citada. — (5) L. 1 citada de la R. ó de la N. — (6) LL. 1, 2, 43 y 45, tit. 6, P. 6.

que es la facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos de si le conviene admitir ó desechár la herencia. Para esta deliberacion se puede conceder el plazo de un año por el soberano (1), y de nueve meses por el juez ordinario del pueblo del difunto, ó de aquel en que esté la mayor parte de la herencia, pudiéndose limitar hasta cien dias, si se entendiere que son bastantes. Este plazo deberá pedirse por los herederos antes que se otorguen por tales de palabra ó de hecho, y durante él podrán haecr que se les manifiesten los papeles pertenecientes á la herencia para instruirse mejor (2). Si el heredero muriere antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, el que lo fuere suyo disfrutará de la parte que le reste (3); pero si falleciere despues de concluido el plazo sin haber admitido la herencia, y no fuere descendiente del testador, su heredero no tendrá ningun derecho á ella; mas si descendiere del testador será lo contrario (4). Mientras dure el plazo concedido para deliberar no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia sin preceder mandato de juez fundado en justa causa, como para pagar los gastos del entierro del testador, ú otras cosas necesarias, que si no se hiciesen podrian resultar dañados ó menoscabados los bienes hereditarios (5). Y si el heredero se resolviere á no aceptar la herencia despues de haber tomado algunas cosas de ella, las debe restituir al que entre en los bienes; y si no lo hiciere, presentará este una relacion jurada de las cosas tomadas, á que deberá estarse, estimando el juez, segun su arbitrio, la suma en que debe jurar (6).

(1) Entre nosotros creemos que no puede tener lugar este caso por el sistema de gobierno que nos rige, y asi solo creemos que puede ocurrirse al juez ordinario que deba conocer de la testamentaria, para que conceda el término de nueve meses.

(2) L. 1, tit. 6, P. 6. — (3) L. 19, c. de jur. delib. — (4) L. 2, tit. y P. cit. — (5) L. 3, tit. 6, P. 6. — (6) L. 3, tit. 6, P. 6. del mismo.

25. Además del beneficio de deliberar tienen otro los herederos para no ser obligados á mas de lo que importa la herencia, y es el de *inventario*, cuyas especies, circunstancias y efectos se explican en el lib. 3, pues aceptando la herencia con este beneficio, y formándolo con las solemnidades y dentro del término que señalan las leyes, solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal (1); y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el testador, le queda á salvo (2). Mas el heredero que acepta la herencia llamamente, ó entra en ella sin hacer inventario con la competente justificacion, y dentro del término legal, debe pagar íntegramente por el hecho mismo no solo las deudas, sino los legados que dejó el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes en caso de que no alcancen los de la herencia, pues por la admision se mezclan y confunden con los bienes y derechos del heredero (3).

26. Mientras no sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden los acreedores del difunto emplazar al heredero por las deudas que dejó, y si tomaren algunas cosas de propia autoridad, deberán devolverlas y perderán su derecho (4). Tampoco pueden dentro del mismo término pedir sus mandas los legatarios, ni el heredero tiene obligacion de dárselas hasta que estén pagadas las deudas y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar.

27. El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Manifiestamente es por pedimento, escritura ó de palabra, y á esto llamaron los romanos *adicion*, y tácitamente, tomando los bienes, vendiéndolos, arrendándolos, y disponiendo de ellos como

(1) LL. 5 y 7 del mismo. — (2) L. 8 del mismo. — (3) L. 10, tit. 6, P. 6. — (4) L. 13, tit. 13, P. 1.

dueño, que es lo que se llama *gestion por heredero*. En uno y otro caso ya no la puede repudiar (1), y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargos, aun cuando no basten los bienes heredados, á menos que haya aceptado con inventario; pero si el uso que hiciere de los bienes fuere por piedad, ó con la mira de que no se pierdan ó menoscaben, tiene el arbitrio de manifestar al juez que el encargarse de los bienes, inventariarlos, ó cualquiera otra gestion, la hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas no con intencion de ser heredero, y con esto á nada queda obligado (2). La admision de la herencia debe hacerse puramente y sin condicion (3), y para ella es necesario que el heredero, sea por testamento, sea por intestado, esté cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar, pues habiendo duda no puede entrar en la herencia, ni tampoco renunciarla; y esto mismo sucede si la institucion fue condicional, y la condicion estuviere pendiente, y tambien cuando el heredero ignorase si el testador podia ó no hacer testamento (4).

28. De los mismos modos puede el heredero repudiar la herencia antes de entrar en ella; pero una vez renunciada no puede demandarla, á menos que sea menor. Si lo fuere, podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados. Tambien puede hacerlo el descendiente del difunto, no obstante haber la repudiado; pero lo ha de hacer dentro de tres años, y no han de estar enagenados los bienes (5). Si los herederos son extraños y alguno de ellos repudiare la herencia, aquel ó aquellos que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion á medias (6).

(1) L. 18, tit. 6, P. 6. — (2) L. 11 del mismo. — (3) L. 15 del mismo. — (4) L. 14, tit. 6, P. 6. — (5) L. 20 del mismo. — (6) L. 18 del mismo.

29. Desheredar, dice la ley (1), es *excluir de la herencia á aquel que por derecho le pertenecía*, y así la desheredacion es *un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos*. Solo puede desheredar el que es capaz de hacer testamento, tiene herederos forzosos, y causas para excluirlos (2). La desheredacion debe hacerse nombrando al que se deshereda, ó dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin que se quite la fuerza á la desheredacion hecha por el padre respecto de su hijo el que hable de él en términos que lo denigren: debe hacerse puramente y sin condicion, y del todo de la herencia y no de alguna parte de ella (3). Para que valga la que se haga de los descendientes, deben ser estos á lo menos de edad de diez años y medio, y el que los deshereda no solo debe expresar la causa, sino probarla él mismo, ó el heredero que nombrare (4); mas si el desheredado consiente expresa ó tácitamente en la desheredacion, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio sobre esto (5); y si se alegaren varias causas, bastará que se pruebe una para que tenga efecto la desheredacion (6). Pero si el testamento en que se hizo se anula ó rompe, tampoco ella subsiste (7).

30. Las causas por que los padres pueden desheredar á sus descendientes son: 1ª Porque estos les hayan puesto las manos airadas ó hayan maquinado su muerte de cualquier modo, ó procurado que pierdan ó se menoscabe en gran parte su hacienda, ó porque los hayan acusado de delito, por el que debieran morir ó ser desheredados; aunque si el delito es de traicion y fue probado, no tiene lugar la desheredacion (8). 2ª Por infamarlos en términos que quede menoscabada su

(1) L. 1, tit. 7, P. 6. — (2) L. 2, tit. 7, P. 6. — (3) L. 3 del mismo. — (4) LL. 8 y 10, tit. 7, y 7, tit. 8, P. 6. — (5) L. 7, tit. 8, P. 6. — (6) L. 8, tit. 7, P. 6. — (7) L. 2 del mismo. — (8) L. 4 del mismo.

reputacion, ó por tener acceso con la muger ó amiga de su padre, sabiendo que lo es. 3ª Por ser hechicero, ó vivir con los que lo son (1). 4ª Por no fiarlos pudiendo, para que salgan de la prision; aunque esta causa no comprende á las mugeres que no pueden ser fiadoras (2). 5ª Por impedirles que testen. 6ª Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad del padre, ó hacerse cómico de profesion no siéndolo este. 7ª Cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo difiere hasta la edad de veinticinco años, pasados estos, aunque se prostituya, ó case contra su voluntad, no puede desheredarla (3). 8ª Cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando; pues si muere intestado, debe llevar el extraño que lo haya recogido todos sus bienes, y si recobra su juicio puede desheredarlos; y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento, instituyéndolos por herederos, si muere estando loco en casa del extraño, no vale la institucion (4). 9ª Por no redimir pudiendo á sus ascendientes cautivos; mas para incurrir en esta pena el heredero debe ser mayor de diez y ocho años (5). 10ª Si los descendientes de cristianos se hacen hereges ó moros, permaneciendo católicos sus ascendientes (6). El contraer matrimonio clandestinamente (7), ó hacerlo sin consentimiento de los padres (8) son tambien causas para la desheredacion.

31. Las causas por que los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes son ocho, á saber: 1ª Por acusarlos de delito que merezca pena de muerte

(1) La misma. — (2) L. 4, tit. 7, P. 6. — (3) L. 3 del mismo. — (4) La misma. — (5) L. 6, tit. 7, P. 6. — (6) L. 7 del mismo. — (7) L. 1, tit. 1, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 2, lib. 10 de la N. — (8) L. 9, tit. 2, lib. 10 de la N.

ó destierro, excepto el de traicion. 2<sup>a</sup> Por maquinarse su muerte en cualquiera forma. 3<sup>a</sup> Por tener acceso carnal con la muger, ó amiga de alguno de ellos. 4<sup>a</sup> Por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. 5<sup>a</sup> Por procurar el padre la muerte de la madre, ó al contrario. 6<sup>a</sup> Por no querer dar á sus descendientes lo necesario para su conservacion, en la misma forma que se dijo de los ascendientes. 7<sup>a</sup> Por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. 8<sup>a</sup> Cuando el ascendiente es herege, y el descendiente católico. Probada cualquiera de estas causas puede el descendiente desheredar á su ascendiente, y vale la desheredacion (1).

32. Los hermanos aunque no son herederos forzosos, tienen derecho para anular la institucion hecha por el hermano, si este les antepone una persona torpe ó infame; y este derecho lo pierden en tres casos: 1<sup>o</sup> Por procurar la muerte del hermano. 2<sup>o</sup> Por acusarlo de delito por el que merezca pena de mutilacion ó muerte. 3<sup>o</sup> Si le ha causado la pérdida de todos, ó la mayor parte de sus bienes (2).

33. Aun cuando no intervenga desheredacion hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1<sup>a</sup> Cuando el testador fue muerto por obra, ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes extrañas no perderá la herencia, aunque entre en ella antes de querrellarse, con tal que lo verifique dentro de cinco años, despues de ocurrida la muerte. 2<sup>a</sup> Si abre el testamento antes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos; mas si no tiene certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga, si es hombre rústico, en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá por

(1) L. 9 tit. 2, lib. 10 de la N. — (2) L. 12, tit. 7, P. 6.

esta causa. 3<sup>a</sup> Si el testador ha muerto por obra, culpa, ó consejo de su heredero. 4<sup>a</sup> Por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel. 5<sup>a</sup> Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legítimo, y lo mismo sucederá si fuere personero, ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á menos que lo haga como curador de algun huérfano. 6<sup>a</sup> Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia á un incapaz de heredar sabiendo que lo es (1).

34. Si el testador, teniendo descendientes ó en su defecto ascendientes, no los nombra herederos, pero tampoco los deshereda, sino que los omite sin hacer mencion de ellos, instituyendo á otros que es lo que llaman *pretericion*, será nulo su testamento en cuanto á la institucion de herederos (2); mas si la pretericion se hace sin nombrar otro heredero en lugar de los omitidos, creemos que será válido el testamento, supuesta la ley (3) tantas veces citada, que declaró no ser necesario para su valor que contenga institucion de heredero, y esta es la opinion de varios autores (4) que establecen la diferencia de que en este segundo caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas del testador en cuanto no le disminuyan su legitima, en lo que no recibe agravio, como lo recibiría en el primer caso en el que se le sustituye un extraño.

35. Cuando es falsa la causa que se alega para la desheredacion, y no se prueba suficientemente por el heredero nombrado, concede el derecho al deshere-

(1) LL. 13, tit. 7, P. 6 y 11, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 11, tit. 20, lib. 10 de la N. — (2) LL. 10, tit. 7 y 1, tit. 8, P. 6. — (3) L. 1, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 10 de la N. — (4) Matien., sobre la L. 1, tit. 4, lib. 5 de la R., glos. 40.<sup>a</sup> n. 49. Ayllon ad Gom., 1<sup>a</sup> Var., cap. 11, n. 2 y Pichard., in § *igitur quartam* de inoff. test., n. 4.

dado la accion de inoficioso testamento, que es por la cual los ascendientes, ó descendientes desheredados por su nombre y con expresion de causa legitima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera. Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y asi no será necesaria: 1º Por la pretericion, ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho; pues en este caso es *ipso jure* nula la institucion de heredero (1). 2º Si el padre instituye heredero á su hijo en una porcion menor de la que le corresponde por legitima, pues este tiene derecho de pedir su complemento, como que ni está preterido, ni desheredado (2). Y asi solo tendrá lugar cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho, y válido el testamento en que se hace, pero la causa no se prueba suficientemente por el heredero nombrado, que es á quien corresponde en caso de no haberlo hecho el testador ó negarla el desheredado (3).

36. Esta accion no se dá á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes, que son los que tienen derecho á ser herederos, comprendiéndose entre los primeros los hijos naturales y no de punible ayuntamiento respecto de la madre, á quienes compete la accion, aun cuando tenga ascendientes legitimos (4); pero tambien se dá á los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia á ellos á alguna persona torpe ó de mala fama (5). El efecto de esta accion es anular la institucion de here-

(1) L. 1, tit. 8, P. 6. — (2) L. 3 del mismo. — (3) LL. 1 y 4, tit. 8, P. 6. — (4) L. 7, tit. 8, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 20, lib. 10 de la N. — (5) LL. 2 y 3, tit. 8, P. 6.

dero entrando el que debe heredar conforme á derecho y en la parte correspondiente, quedando todo lo demas del testamento en su vigor (1), como mejoras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor etc. Cesa esta accion lo siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este es subsidiario, y 2º siempre que se consiente en la desheredacion expresa ó tácitamente (2), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oido, á menos que sea menor, que entonces podrá hacerlo hasta cuatro años despues de haber cumplido los veinticinco.

37. El testamento que carece de alguna de las solemnidades del derecho ó que ha sido otorgado por persona inhábil para ello, no produce efecto; mas el bien hecho puede romperse ó perder su fuerza por varias causas. Ya hemos hablado de la circunstancia de *inoficioso*, que solo tiene lugar en los que contienen desheredacion, absteniendonos de entrar en la cuestion de si estos testamentos pierden su fuerza porque son nulos, ó porque se rompen ó rescinden, cuestion que dejan tan dudosa las leyes de Partida (3) como lo era entre los intérpretes del derecho romano, y en la que nos inclinamos al segundo extremo. Ademas de esta causa puede romperse un testamento válido, ó en cuanto á la institucion de heredero, ó en cuanto á todo lo que contiene. Lo primero sucede cuando despues de otorgado le nace al testador algun hijo, que suelen llamar *póstumo*, aunque rigorosamente solo lo es el que nace despues de muerto el padre (4), pues el nacimiento de este hijo rompe la institucion de heredero hecha en el extraño, en cuyo lugar entra aquel, subsistiendo las mandas, le-

(1) L. 7 del mismo. — (2) L. 6, tit. 8, P. 6. — (3) LL. 10 y 11, tit. 7, y 1, tit. 8, P. 6. — (4) L. 20, tit. 1, P. 6.

gados, y demas disposiciones hasta donde alcance el quinto, que es del que pudo disponer libremente. En cuanto á todo lo que contiene se rompe un testamento por el otorgamiento de otro posterior cumplido y perfecto (1), pues el primero no quitó al testador la libertad de variar su voluntad hasta el momento de su muerte (2); mas no siendo perfecto el segundo no rompe el primero (3). De esta regla general ponen las leyes algunas excepciones, que vamos á indicar. La primera es cuando el testador otorga segundo testamento, instituyendo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero, expresándolo así; pues si resulta falso el fallecimiento del primer heredero, su nombramiento no se rompe por el del segundo, que queda sin efecto subsistiendo en todo lo demas ambos testamentos (4). La segunda es cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituye herederos á sus hijos, hace otro, el cual no rompe el primero, si no se hace mencion de él (5). La tercera es cuando el primero está otorgado con cláusulas derogatorias de otro cualquiera, pues entonces no se romperá por el segundo, si no es que en este se haga mencion de aquel, revocándolo (6): aunque como esto depende de la voluntad del testador, son de opinion Gregorio Lopez (7) y Covarrubias (8) que el segundo derogará al primero, siempre que por las conjeturas se conozca que lo quiso así el testador. Otra excepcion se encuentra en la misma ley de Partida (9) que omitimos por creerla derogada por leyes posteriores (10). El testamento cerrado á mas de los modos dichos se entien de revocado, si el testador

(1) L. 21 del mismo. — (2) L. 25 del mismo. — (3) L. 23, tit. 4, P. 6. — (4) L. 21 citada. — (5) L. 22 del mismo. — (6) La misma. — (7) Gregor. Lop. 2 glos. de la ley 22, tit. 4, P. 6. — (8) Covarrub. de testam., part. 2, rubr. a., n. 37. — (9) L. 22, tit. 4, P. 6. — (10) Ll. 1 y 2, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4 y 2, tit. 18, lib. 10 de la N.

con advertencia rompe el sello del escribano, ó raya las firmas; mas no si lo hace por casualidad (1).

## TITULO VI.

## DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDEJCOMISOS, Y LEY FALCIDIA.

Tit. 9, P. 6, y tit. 6, lib. 3 de la R. ó tit. 6, lib. 10 de la N.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué se entiende por mejora.   | cabe ó no en los bienes del padre.   |
| 2. Cuando se hacen las dos mejoras, cuál debe sacarse primero.   | 9. Ejemplos de la aplicacion de las doctrinas asentadas.   |
| 3. Cómo pueden hacerse las mejoras.  | 10. 11. De lo que debe traerse á colacion en las particiones.  |
| 4. La promesa de mejorar ó no mejorar, debe cumplirse, menos la que se haga á la hija dotada.  | 12. Qué es legado, y sus especies.   |
| 5. Como deben regularse y deducirse de ellas las deudas del difunto, y gastos del entierro.  | 13. Qué cosas pueden legarse y de los legados de nombre, liberacion y deuda.                           |
| 6. La facultad de señalar la cosa en que haya de consistir la mejora no puede cometerse á otro, aunque si puede dejarse la eleccion al hijo. | 14. Del legado de cosas ajenas ó empeñadas.  |
| 7. Las donaciones simples se imputan primero á las mejoras, y las que fueren con causa á la legítima. Cuáles son inoficiosas.                | 15. A quién toca reponer la cosa legada si perece, y de los legados de género, especie y cantidad.     |
| 9. No se pueden hacer ni prometer mejoras por via de dote. Tiempos á que se puede atender para calcular si la dote                           | 16. Del derecho de escoger en el legado de género, y del de opcion.                                    |
|  | 17. Cómo debe designarse el legatario, y la cosa legada.   |
|  | 18. De los modos de que puede hacerse el legado, y primero del que se hace puramente, ó con condicion. |
|  | 19. De los que se hacen des-   |

(1) L. 24, tit. y P. cit.

gados, y demas disposiciones hasta donde alcance el quinto, que es del que pudo disponer libremente. En cuanto á todo lo que contiene se rompe un testamento por el otorgamiento de otro posterior cumplido y perfecto (1), pues el primero no quitó al testador la libertad de variar su voluntad hasta el momento de su muerte (2); mas no siendo perfecto el segundo no rompe el primero (3). De esta regla general ponen las leyes algunas excepciones, que vamos á indicar. La primera es cuando el testador otorga segundo testamento, instituyendo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero, expresándolo así; pues si resulta falso el fallecimiento del primer heredero, su nombramiento no se rompe por el del segundo, que queda sin efecto subsistiendo en todo lo demas ambos testamentos (4). La segunda es cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituye herederos á sus hijos, hace otro, el cual no rompe el primero, si no se hace mencion de él (5). La tercera es cuando el primero está otorgado con cláusulas derogatorias de otro cualquiera, pues entonces no se romperá por el segundo, si no es que en este se haga mencion de aquel, revocándolo (6): aunque como esto depende de la voluntad del testador, son de opinion Gregorio Lopez (7) y Covarrubias (8) que el segundo derogará al primero, siempre que por las conjeturas se conozca que lo quiso así el testador. Otra excepcion se encuentra en la misma ley de Partida (9) que omitimos por creerla derogada por leyes posteriores (10). El testamento cerrado á mas de los modos dichos se entien de revocado, si el testador

(1) L. 21 del mismo. — (2) L. 25 del mismo. — (3) L. 23, tit. 4, P. 6. — (4) L. 21 citada. — (5) L. 22 del mismo. — (6) La misma. — (7) Gregor. Lop. 2 glos. de la ley 22, tit. 4, P. 6. — (8) Covarrub. de testam., part. 2, rubr. a., n. 37. — (9) L. 22, tit. 4, P. 6. — (10) Ll. 1 y 2, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4 y 2, tit. 18, lib. 10 de la N.

con advertencia rompe el sello del escribano, ó raya las firmas; mas no si lo hace por casualidad (1).

## TITULO VI.

## DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDEJCOMISOS, Y LEY FALCIDIA.

Tit. 9, P. 6, y tit. 6, lib. 3 de la R. ó tit. 6, lib. 10 de la N.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué se entiende por mejora.   | cabe ó no en los bienes del padre.   |
| 2. Cuando se hacen las dos mejoras, cuál debe sacarse primero.   | 9. Ejemplos de la aplicacion de las doctrinas asentadas.   |
| 3. Cómo pueden hacerse las mejoras.  | 10. 11. De lo que debe traerse á colacion en las particiones.  |
| 4. La promesa de mejorar ó no mejorar, debe cumplirse, menos la que se haga á la hija dotada.  | 12. Qué es legado, y sus especies.   |
| 5. Como deben regularse y deducirse de ellas las deudas del difunto, y gastos del entierro.  | 13. Qué cosas pueden legarse y de los legados de nombre, liberacion y deuda.                           |
| 6. La facultad de señalar la cosa en que haya de consistir la mejora no puede cometerse á otro, aunque si puede dejarse la eleccion al hijo. | 14. Del legado de cosas ajenas ó empeñadas.  |
| 7. Las donaciones simples se imputan primero á las mejoras, y las que fueren con causa á la legítima. Cuáles son inoficiosas.                | 15. A quién toca reponer la cosa legada si perece, y de los legados de género, especie y cantidad.     |
| 9. No se pueden hacer ni prometer mejoras por via de dote. Tiempos á que se puede atender para calcular si la dote                           | 16. Del derecho de escoger en el legado de género, y del de opcion.                                    |
|  | 17. Cómo debe designarse el legatario, y la cosa legada.   |
|  | 18. De los modos de que puede hacerse el legado, y primero del que se hace puramente, ó con condicion. |
|  | 19. De los que se hacen des-   |

(1) L. 24, tit. y P. cit.

- de, ó hasta cierto día, con demostracion con causa, ó de modo.
20. Cuándo se lega dos veces una misma cosa.
21. Cuándo se lega á dos la misma cosa, y en este caso cuando habrá derecho de acrecer y de la conjuncion.
22. De la acceptacion ó renuncia de los legados.
23. Cuándo se adquiere el derecho á los legados, dónde pueden pedirse y con qué acciones.
24. Cómo se acaban los legados, 1º por qué se quitan.
25. 2º Por qué se transfieren.
26. 3º. Por qué espiren.
27. 28. 29. De la cuarta *falcidia*.
30. 31. 32. De los fideicomisos.
33. De los albaceas, sus especies, y quiénes pueden serlo.
34. No se puede obligar á aceptar el albaceazgo; pero aceptado se puede obligar á cumplirlo.
35. De las obligaciones de los albaceas.
36. Del término en que han de cumplir los albaceas, y cómo cuando sean muchos.
37. Cómo se acaba el albaceazgo, y si se puede cobrar premio por él.

1. Hemos dicho ya que todos los bienes de los padres son legitima de sus hijos, á excepcion de la quinta parte, que comunmente se llama *el quinto*, de que pueden disponer libremente en beneficio de su alma, ó de quien les parezca (1), y los bienes de los hijos lo son de los padres, á excepcion del tercio, del cual tienen libertad de disponer como quisieren (2). Mas aunque el padre ó la madre solo pueden disponer del quinto en favor de extraños, pueden aplicar el tercio á uno, ó muchos de sus hijos, y aun á sus nietos, aun cuando viva el padre de estos (3), y en opinion de Molina (4) y Covarrubias (5), puede el padre en caso de no tener mas de un hijo, y de él uno ó muchos nietos, aplicar á uno de estos el tercio, fundándose contra Antonio Go-

(1) L. 12, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 20, lib. 10 de la N. — (2) L. 2, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 6, lib. 10 de la N. — (3) La misma. — (4) Molina de Hispan. primog., lib. 2, cap. 11, n. 3. — (5) Covarrub., lib. 1, Var., cap. 19, n. 4, vers. *Obiter*.

mez (1) en que el tercio no es legitima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los extraños, en cuyo favor le está prohibido al padre disponer de estos bienes con perjuicio de sus descendientes (2).

2. Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó quinto de sus bienes, se dice que lo mejora, porque en efecto lo hace de mejor condicion que á los demas en cuanto á la sucesion, y así es que el titulo 6 del libro 5 de la Recopilacion, que es el 6 del libro 10 de la Novisima tiene la inscripcion: *De las mejoras de tercio y quinto*. Si se hacen los dos mejoras, conforme á una ley del Estilo (3) que está en observancia, debe sacarse primero la del quinto, habiéndose dispuesto así en favor del alma del testador, segun dice Antonio Gomez (4); aunque Angulo (5) exceptúa el caso de que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio; pues entonces la del quinto deberá sacarse del patrimonio que quedase deducido el tercio; y segun Cifuentes (6) deberá hacerse lo mismo siempre que el testador lo disponga así, porque estando establecida la preferencia del quinto en favor suyo, se supone que lo renuncia.

(1) Gomez en la ley 18 de Toro.

(2) Seria de desear que se prohibiese igualmente la facultad de hacer mejoras, que son tan injustas y ruinosas como lo eran los mayorazgos, cuya fundacion está felizmente prohibida. Supongamos que muere un padre dejando cuatro hijos, y mejorando á uno en tercio y quinto, y que su caudal son quince mil pesos. Se aplicarán al mejorado por el quinto tres mil, de los doce restantes por el tercio cuatro mil, y los ocho que quedan se dividirán en cuatro partes para los cuatro herederos, de los que cada uno percibirá dos mil, resultando al mejorado la suma de nueve mil, es decir, mas del cuádruplo que á sus coherederos, ó casi los dos tercios del caudal.

(3) L. 214 del Estilo. — (4) Antonio Gomez en la l. 17 de Toro, n. 2. — (5) Angulo de meliorat., ley 9, glos. 2, n. 43. — (6) Cifuentes en la ley 23 de Toro.

3. Los padres pueden hacer las mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieron del primer modo, pueden revocarlas hasta su muerte, pues hasta entonces pueden variar el testamento; y lo mismo debe decirse si las hubieren hecho por contrato entre vivos, á menos que se haya puesto al mejorado, ó á su procurador, en posesion de las cosas en que consista la mejora, ó en lugar de la posesion se haya entregado la escritura que contenga la mejora, en presencia de escribano, ó que aquella se haya hecho por causa onerosa con otro tercero, como matrimonio ú otra semejante; pues en estos casos solo podrá revocarse si el padre se hubiere reservado el derecho de hacerlo, ú ocurriere alguna de las causas por que segun las leyes pueden ser revocadas las donaciones perfectas hechas conforme á derecho (1).

4. Si el padre ó la madre, ó algun ascendiente prometieren por escritura pública á alguno de sus descendientes no mejorar á ninguno, estarán obligados á cumplir la promesa, y si no obstante ella, mejoraren á alguno no valdrá (2); del mismo modo deberá cumplirse la promesa de mejorar á alguno por casamiento ú otra cosa onerosa, y si no hiciere en efecto, se dará por hecha despues de la muerte del testador. Mas de esta regla se exceptúa la promesa hecha por el padre dotante á su hija y al marido de esta de que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Acevedo (3) examina la cuestion de si vale ó no esta promesa. Su opinion está por la afirmativa, y dice que Gutierrez (4) defiende la contraria. A esta nos inclinamos (asi se explica Sala, aunque reconociendo que la cuestion es muy probable por ambos extremos), fundados principalmente en

(1) L. 1, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 6, lib. 10 de la N. — (2) L. 6 en uno y otro título. — (3) Acev., sobre la ley 1, tit. 2, lib. 3 de la R. — (4) Gutierr. de jurament. confirmat., part. 1, cap. 39, núm. 14.

la poderosa razon de que siendo el espíritu bien conocido de la ley (1) en todas sus partes el coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse mas bien restrictamente que con amplitud todas las dudas que ocurran sobre su inteligencia. Febrero (2) y Alvarez (3) son del mismo sentir, que apoyan en que aquella promesa equivale en cierto modo á una mejora en favor de la hija, porque se le asegura la parte de su legitima que dejaria de percibir si fuese mejorado alguno de los otros hijos. Mas el adicionador de Febrero (4) observa que la ley prohibe solamente la desigualdad á favor de la hija por via de dote; pero no que el padre se obligue á guardar una igualdad dictada por la razon, y en que se interesa tambien la tranquilidad y armonia de las familias. Es cuanto se puede cavilar, añade, contra las mugeres, y un enigma indisoluble el decir que la privacion de mejorar es mejora.

5. Las mejoras se regulan por lo que valen los bienes del que las hace, al tiempo de su muerte (5). Y esta es la razon de que para deducir las mejoras no se computan las dotes, donaciones *propter nuptias* y otras que se colacionan; pues el importe de estas ya no estaban en los bienes del padre al tiempo de su muerte. En la propia razon se funda la ley (6) para disponer que los mejorados sufran á prorrata el pago de las deudas del testador; porque las mejoras se han de sacar de sus bienes, y bienes son los que quedan liquidos pagadas las deudas. No es lo mismo respecto de los legados y gastos de entierro, porque estos no son deuda de que era responsable el testador, sino una carga de sus bienes, que á lo menos en parte les impone él mismo; y

(1) La ley 1, tit. 2, lib. 3 de la R., que es la 6, tit. 3, lib. 10 de la N. — (2) Febr. adic., part. 1, cap. 1, § 4, n. 126. — (3) Alv. institut., tom. 2, tit. 18. — (4) Febr. adic., part. 1, tom. 1, nota 29. — (5) L. 9, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 9, tit. 6, lib. 10 de la N. — (6) L. 3 en uno y otro título.

asi se deben sacar del quinto, que es lo único de que puede disponer libremente el que tiene herederos forzosos descendientes. Pero si el quinto no alcanzare para los precisos gastos funerarios, contribuirá para ellos el mejorado á prorrata con los otros herederos, sin gravar al conyuge superstite. Si hay mejora del tercio para un descendiente legitimo, y el testador no dispuso del quinto, se deberá aplicar al mejorado el tercio de lo que sobre de este. Si el testador manda que el mejorado en el tercio pague los gastos funerarios, y los legados, deberá hacerlo hasta una cantidad igual al quinto y no mas. Lo mismo se hará cuando el testador mejora en el tercio á un descendiente suyo y á otro en el quinto, mandando que aquel y no este satisfaga los gastos referidos.

6. Los ascendientes pueden consignar en bienes ciertos y determinados las mejoras que hagan á sus descendientes legitimos (1); pero no pueden cometer esta facultad á otra persona alguna (2), cuya prohibicion parece que no se extiende á prohibir que se deje al hijo mejora lo la libertad de escoger los bienes de su mejora. Esta opinion se funda en dos razones: 1<sup>a</sup> La ley citada usa de estas palabras, *á otra persona alguna*, sin hacer mención del hijo mejorado, y por eso no es creible que quisiera comprenderlo, pues en la obligacion general no se incluyen las cosas que deben expresarse especialmente, por no ser verosimil que pensase en ellas el que se obligó (3). 2<sup>a</sup> La facultad expresada redundará en utilidad de los hijos y por lo mismo se debe ampliar en su beneficio. Al mejorado con bienes determinados se le deben entregar éstos, á menos que la hacienda del testador no se pueda dividir cómodamen-

(1) L. 3, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 6, lib. 10 de la N. —

(2) La misma. — (3) L. 3, tit. 13, P. 3.

te, en cuyo caso podrán los herederos pagar la mejora en dinero (1).

7. Las donaciones simples hechas por el padre á alguno de sus hijos se deben considerar como mejoras, aunque no lo exprese; y asi se imputarán y aplicarán primeramente al tercio; si fueren mayores que este, se aplicará el exceso al quinto, y si todavia fueren mayores que uno y otro, el resto se deducirá de la legitima (2). Si la donacion fuere causal, esto es, por alguna causa necesaria, útil ó pia, por la que pueda ser compelido á hacerlas, se deducirá primero de la legitima, despues del tercio, y por último del quinto. Cualquiera donacion mayor que la suma de la legitima, el tercio y el quinto es inoficiosa en cuanto al exceso, y este debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas que aquella suma de la herencia de su padre (3).

8. La ley (4) prohibe que *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de su hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre civos, so pena que todo lo que diere y prometiére, segun dicho es, lo haya perdido y pierda*. Las hijas pueden ser mejoradas por testamento ú otra última voluntad (5), porque esta ley no lo prohibe; pero se entiende cuando no sea para eludirlo. Aunque los varones tienen la ventaja de que las donaciones *propter nuptias* se les consideren como mejoras, lo que no sucede á las mugeres con su dote, estas tienen la de que para calcular si la dote que se les da ó promete cabe en los bienes del padre, pueden escoger

(1) L. 4, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 6, lib. 10 de la N. — (2) L. 10, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 10, tit. 6, lib. 10 de la N. — (3) L. 3, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 3, lib. 10 de la N. — (4) L. 1, tit. 2, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 3, lib. 10 de la N. — (5) Acov. sobre la ley 1, tit. 2, lib. 3 de la R.

el tiempo en que murió este, ó aquel en que les dió ó prometió la dote; y con tal que quepa en el caudal que había en uno de estos tiempos que elija la interesada, quedará su dote libre del vicio de inoficiosa (1).

9. Los ejemplos siguientes aclararán las doctrinas sentadas en los números anteriores. 1º Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego: mejoró á Pedro en el tercio y á Juan en el quinto. Su caudal eran 1700 ps., debía 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Antes de todo se pagarán las deudas, y por esta baja quedará reducido el caudal á 1500 ps. De esta cantidad se sacará el quinto para Juan que son 300 ps. de los 1200 sobrantes se sacará el tercio para Pedro que son 400, y los 800 que restan se dividirán por partes iguales entre los tres hijos. Juan debe sufrir del importe de su quinto los legados y gastos del entierro que son 150 ps. y así no percibirá mas que 150. 2º Si en el mismo ejemplo el testador no hubiese dispuesto del quinto, se debería aplicar á Pedro mejorado en el tercio, la tercera parte de 150 ps. que es el resto líquido del quinto, y lo demás de este agregarlo al caudal divisible entre los tres hijos. 3º Supongamos en el ejemplo primero que los legados y los gastos del entierro importaban 350 ps. y que el testador mandó que se sacasen del tercio y no del quinto. Pedro mejorado en aquel no estará obligado á pagar mas que 300 ps. porque esto es lo que importa el quinto. 4º El mismo padre del ejemplo primero dejó á mas de los tres hijos una hija á quien había dado en dote 400 ps. que deben imputarse á su legítima. El tercio y el quinto serán los mismos que se expresan en el primer ejemplo, porque los 400 ps. de la dote no se agregan al caudal hasta que se hayan sacado aquellas mejoras. Se añadirán pues á los 800 ps. divisibles entre todos los hijos, resultará una

(1) L. 3, tit. 8, lib. 3 de la R. 43, tit. 3, lib. 10 de la N.

suma de 1200 ps. que repartidos entre los cuatro herederos, les tocarán 300 ps. á cada uno; y como la hija tenía recibidos 400 en razon de dote, deberá restituir 100, si no es que los bienes del padre fueran bastantes para que cupieran en ellos los 400 ps. al tiempo que los dió ó prometió en dote á la hija, y esta hubiere escogido aquel tiempo para el cálculo de su legítima, en cuyo caso retendría toda la cantidad dotal. 5º Si el padre del ejemplo primero había hecho á Pedro una donacion simple de 1000 ps. y á Juan una de 300 por causa, Pedro se entenderá mejorado primeramente en el tercio que son 400 ps.; y como estos no llegan á los 1000 se entenderá que la mejora se extendió al quinto, que tampoco es suficiente á cubrir esta cantidad, y por tanto lo que falte se rebajará de la legítima de Pedro. La donacion causal de Juan se le deducirá de su legítima. La cuenta en este caso se hará del modo que sigue. De los 1500 ps., caudal líquido del padre, tocan á Pedro 700 por su tercio y quinto; sobran 800 á que se acumularán 1300 de las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2100, que se partirá en tres porciones iguales de á 700 ps. para los tres hermanos. Será entonces el haber de Pedro por mejoras y legítima 1400: tenía recibidos 1000, se le entregarán 400. Juan tenía recibidos por su donacion 300: solo le corresponde de legítima 700, se le entregarán 400, y Diego percibirá íntegros los 700 de su legítima.

10. Lo dicho da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna; resta solo explicar lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones, y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de estos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion hereditaria, ó legítima que le corresponda,

y esto es lo que se llama *traer á colacion y particion*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues esto está establecido para guardar la igualdad, que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas si se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* ó por otra causa que los hijos hayan recibido, y no pertenezcan á mejoras; aunque si los que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo, y entonces sin traerlas á colacion se juzgan pagados de su legitima con lo que han recibido, á menos que sean inoficiosas, esto es, que excedan á lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso (1). Debe igualmente traerse á colacion el peculio profecticio (2), pero no el castrense, cuasi castrense, ni adventicio, pues estos quedan libres por el fallecimiento del padre al hijo de quien son sin derecho alguno de sus hermanos (3).

14. Tampoco debe traerse á colacion lo que el padre hubiere gastado en dar estudios á su hijo, ó armarle caballero, y en los libros para aprender alguna ciencia (4); y aunque los intérpretes quieren que se le debe imputar, y tenerlo por via de mejora, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple, no nos parece su opinion conforme á las palabras de la ley que dice: *non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, palabras que son exclusivas de toda imputacion; ni á su espíritu, pues en ella se comparan estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exentos en nn todo de imputarse. Pero aun cuando pudiera admitirse su opinion por lo que hace á los libros en el caso de que existieran ellos mismos, ó en equivalente en poder del hijo, como que aumentaban

(1) L. 3, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 3, lib. 10 de la N. — (2) L. 3, tit. 13, P. 6. — (3) L. 5 del mismo. — (4) LL. 5 dicha, y 3, tit. 4, P. 3.

su patrimonio, y podia considerarse que los tenia por donacion simple, no puede decirse lo mismo de los gastos del estudio, que deben reputarse como alimentos ya consumidos que no aumentan el patrimonio, y de los que no se hace imputacion. Por la misma razon de no aumentar el patrimonio los grados de universidad y otras condecoraciones que no tienen sueldo ni otros frutos, sino que son una especie de carga de honor, creemos que lo gastado por el padre para la consecucion de ellos no se debe imputar al hijo, ni aun por cuenta de mejoras, y que si algo se debiere por este motivo, deberá pagarse de la herencia comun, segun la opinion de Papiniano (1); pues parece incivil y aun vergonzoso pretender los demas hijos que la condecoracion del hermano se le impute en su parte. Asi lo hemos practicado en la division de la herencia de D. José Perez Mesia, no obstante la oposicion que manifestó al principio uno de los coherederos, que cedió despues convencido de las razones que hemos expuesto, á las que no deja de prestar apoyo la ley que hemos citado (2).

12. Bajo el nombre de *mandas* se comprenden en nuestras leyes los legados, y los fideicomisos particulares, porque aunque segun el derecho antiguo se distinguian unos de otros en su forma y en sus efectos, subsistiendo la diferencia en lo primero, porque el legado se deja directamente, como v. g. *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero, á quien se grava en dar á otro alguna cosa, ha desaparecido en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y los fideicomisos, de manera que segun Antonio Gomez (3) quanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros. Sin embargo expondremos primero lo relativo á legados, y añadire-

(1) L. 1, § 16 de collat. — (2) L. 5, tit. 13, P. 6. — (3) Antonio Gomez, 1 var., cap. 12, n. 1.

mos despues algunas particularidades propias de los fideicomisos. El legado es *una manera de donacion que deja el testador en el testamento ó en codicilo á alguno*. Unos son forzosos, que son los que por disposicion del derecho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos, aunque la cantidad está enteramente al arbitrio del mismo (1), y otros voluntarios que son los que dependen de la voluntad del testador. Estos los puede dejar todo el que puede hacer testamento, y se pueden dejar á todos los que pueden ser instituidos herederos, á excepcion del de alimentos que puede dejarse hasta á los incapaces de heredar, como son los espurios (2), bastando al legatario para ganar el legado tener capacidad de adquirirle al tiempo del fallecimiento del testador (3), y necesiándose para su valor que conste ciertamente de la persona del legatario (4).

13. Se pueden legar todas las cosas, con tal que no estén fuera del comercio de los hombres, ya lo estén generalmente, como las que se dicen sagradas como los palacios, y las que pertenecen al comun de alguna ciudad ó pueblo, ya respectivamente como los materiales de algun edificio, los que si se legaren, no se pagarán, ni aun en su estimacion (5), impidiéndose con esta prohibicion que se destruyan los edificios y pierdan su hermosura las ciudades (6). Y si la cosa mudase de condicion despues de hecho el legado sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio

(1) Los legados ó mandas forzosas en la capital de la república son para los santos lugares de Jerusalem, santuario de Guadalupe, y para casar huérfanas pobres, habiendo cesado la de la causa del venerable Gregorio Lopez por la cédula de 1 de junio de 1783. Por el decreto de 18 de agosto de 1843, la instruccion pública es manda forzosa.

(2) L. 8, tit. 3, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 11, lib. 10 de la N. — (3) L. 1, tit. 9, P. 6. — (4) L. 9 del mismo. — (5) L. 13 del mismo. — (6) L. 16, tit. 2, P. 3.

cuando se legó, dejase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana se consagró, ni valdria el legado, ni el heredero estaria obligado á pagar la estimacion que antes tenia (1). Se pueden legar las cosas que están por venir, como los frutos que nazcan en tal campo (2), y las cosas incorporeales, como los derechos, servidumbres ó deudas. Con respecto á estas se distinguen tres especies de legados, que llaman *de nombre, de liberacion, y de deuda*. Se dice *de nombre* cuando el testador lega á uno lo que otro le debe: *de liberacion* cuando se lega al deudor lo mismo que él debe, y *de deuda* cuando se lega al acreedor lo que le debe el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la accion que el testador tenia contra su deudor, y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero (3). Por el de liberacion está este obligado á entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda, ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de aquella, dejándolo libre enteramente. En estos dos legados si el testador en vida cobra y recibe la deuda se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente, subsisten ambos, y el heredero deberá entregar la cosa ó la estimacion que hubiere cobrado el testador, pues se supone que su intencion fue tenerla guardada á este fin (4). Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya todos los privilegios de los legados, y así de condicional, y para dia cierto se hace pura y pagadera al punto: de no hipotecaria se hace hipotecaria, y de ilíquida se hace líquida.

14. Pueden legarse tambien las cosas ajenas, y entonces tiene el heredero la obligacion de comprarlas á su dueño, y entregarlas al legatario, y no queriendo aquel venderlas, entregará su estimacion (5): mas esto

(1) L. 13, tit. 9, P. 6. — (2) L. 12, tit. 9, P. 6. — (3) L. 15 del mismo. — (4) L. 15, tit. 9, P. 6. — (5) L. 10 del mismo.

se entiende si el testador sabia que la cosa era agena, pues creyéndola suya no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la muger propia ó á algun pariente (1). La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya es del legatario (2), que hace de actor (3), y por tener el heredero á su favor la presuncion. Si el legatario habia adquirido ya la cosa agena, se debe distinguir si la adquirió por titulo lucrativo ú oneroso; pues si fue por el primero, el legado es inútil por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y á favor de una misma persona* (4); pero si la adquirió por el segundo se le debe la estimacion. Pueden legarse igualmente las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda (5); y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas, si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia (6); mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario (7). Será tambien obligacion del heredero desempeñarlas, si estaban en una cantidad igual, ó mayor que su valor, ya lo supiese, ó ya lo ignorase el testador (8). Pueden por último legarse las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado solo el derecho de prenda, pudiendo el heredero exigir al legatario la cantidad por que tenia empeñada su cosa (9); mas si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debía, y la legase al deudor, se entiende que le lega y condona la deuda (10), y es el legado de liberacion.

15. Los legados se dicen de *género*, de *especie*, y de *cantidad*. Género es en derecho lo que en filosofia especie, v. gr. un caballo, un libro. Especie equivale á un individuo, v. gr. el caballo tal, la obra de Tapia; y

(1) La misma. — (2) La misma. — (3) L. 1, tit. 14, P. 3. — (4) L. 43, tit. 9, P. 6. — (5) L. 41 del mismo. — (6) La misma. — (7) La misma. — (8) La misma. — (9) L. 16, tit. 9, P. 6. — (10) L. 47 del mismo.

cantidad es un género determinado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto, es facil fijar ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perezca la cosa legada, y en otros casos. 1ª *La especie legada no perezca para el heredero, sino para el legatario* (1), á menos que aquel sea moroso en entregar, ó que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado á prestar la leve (2). 2ª *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere, pertenece al legatario*, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador. 3ª *Para que el legado de género sea útil es necesario que sea de género infimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*, por ejemplo, un caballo es legado de género infimo; pero un animal es de supremo, y sería ridiculo legarlo. 4ª *Ni el género ni la cantidad perecen* (3), por manera que legado, por ejemplo, un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo, y en su poder perezca, queda en la obligacion lo mismo que antes.

16. En el legado de género tiene la eleccion el legatario, si el testador tenia cosas de aquel género, como v. g. caballos, mas no podrá escoger el mejor; pero si no tenia, debe el heredero comprar uno medianamente bueno para darlo al legatario (4). Esto se entiende en aquellas cosas que están terminadas y son acabadas por la naturaleza, pues con respecto á aquellas que lo son por el arte y disposicion de los hombres, como las casas, se establece esta regla; que si se lega una casa sin señalar enal, y teniendo varias el testador, con cualquiera puede satisfacer el heredero al legatario: si solo tenia una, con esa, y si no tenia ninguna, no vale el legado (5). Mas si el testador concede al legatario la

(1) L. 34 del mismo. — (2) L. 41 del mismo. — (3) L. 41, tit. 9, P. 6. — (4) L. 23 del mismo. — (5) L. 23, tit. 9, P. 6, vers. *Pero*.

facultad de escoger entre cosas de un mismo género la que le parezca (que es lo que se llama legado de opción) podrá el legatario tomar la mejor; pero hecha la elección, no puede arrepentirse de ella variándola (1), y si no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger (2). Si la elección se deja al arbitrio de un tercero, y este por no querer ó no poder, no la hace dentro de un año, pasa al legatario el derecho de hacerla (3).

17. Para que valga el legado basta que el testador designe la persona del legatario y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el error en el nombre, si es de aquellos que se ponen por la voluntad de los hombres, como llamando Pedro al que es Juan, ó campo tusculano al que se dice ticiano, con tal que por otras señales conste ciertamente de la persona y cosa. Mas si el error fuere en un nombre en que los hombres de todos los países estén de acuerdo, como pan, paños, latón, oro y otros semejantes, no valdrá el legado, aun cuando el legatario intentase probar que la voluntad del testador fue que valiese en lo que era la cosa, cuyo nombre erró, como si queriendo legar latón, le llamase oro (4). Si el testador dijere que legaba cien pesos que tenia en tal arca, deberá darlos el heredero al legatario, si en efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare menos, cumplirá dando lo que hallare, y si esto fuere mas, solo debe dar los cien pesos (5), lo que indica que en caso de duda la presunción está á favor del heredero.

18. Los legados se pueden hacer puramente, para dia cierto, con condicion, con demostracion, con causa, ó con modo. Cuando se lega puramente no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni aconteci-

(1) L. 23 del mismo tit. — (2) La misma. — (3) La misma. — (4) L. 28, tit. 9, P. 6. — (5) L. 18 del mismo.

miento, y el dominio del legado pasa al legatario luego que muere el testador, de manera que aunque falleciese aquel antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, pertenecería esta á su heredero. Mas en los condicionales, en los que deben guardarse las mismas reglas que asentamos en el título anterior para la institucion condicional de heredero, si muere el legatario antes del cumplimiento de la condicion, no vale el legado, y el dominio de la cosa legada queda en el heredero (1). Y si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento, como si hubiera construido una casa en el lugar legado, ó se hubiere aumentado por aluvion, ó cosa semejante, pertenecerá al legatario el aumento (2), y los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia (3), aunque Gregorio Lopez (4) juzga muy probable, que se le deban desde la muerte del testador, supuesta la ley 1 del título 4 del libro 3 de la Recopilacion, que es la 1 del título 18 del libro 3 de la Novisima. Si se legare el usufructo de alguna cosa, se debe al legatario luego que el heredero entre en la herencia, y no antes (5).

19. Legado desde algun dia es el que tiene término para comenzar; y hasta cierto dia es aquel en que se señala el tiempo que debe durar. En el primero el legado se debe luego, pero no se puede cobrar hasta que llegue el dia; mas el segundo se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para dia cierto se transmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el dia, como haya sido despues de la muerte del testador (6); pero si el dia es incierto, como para cuando se case ú ordene, no se transmite por reputarse condicional (7). Con demostra-

(1) L. 34, tit. 9, P. 6. — (2) L. 37 del mismo. — (3) La misma. — (4) Greg. Lop. glos. 4. — (5) L. 33, tit. 9, P. 6, vers. *El cuarto*. — (6) L. 34 del mismo tit. y P. — (7) L. 31 del mismo.

cion se dice que lega un testador siempre que hace descripcion de la persona, ó de la cosa legada. La falsa demostracion no vicia el legado, con tal que conste de la persona (1), de modo que se sepa de quien habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido (2); pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quien habló el testador, no vale el legado (3). El causal, que es cuando el testador expresa el motivo por que hace el legado, vale aunque la causa sea falsa, como por ejemplo: *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*, valdria aunque no hubiese sido así (4); pero no si la causa fuera final y no impulsiva, como v. g. *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*, pues no habiéndolos gastado, no subsistiría el legado (5). Finalmente, bajo de modo se dice un legado, cuando el testador expresa el fin para que lo deja, como: *lego á Juan cincuenta pesos para que me haga un sepulcro*, y este deberá entregarse desde luego al legatario, dando fiador de que cumplirá con lo que mandó el testador, y ganará el dominio del legado, luego que cumpliere con aquello, ó hiciere lo que estuviere de su parte para ello (6).

20. Cuando se lega por el testador dos veces una misma cosa á un mismo sugeto, no tiene el heredero obligacion de darla mas que una vez, aunque sea determinada cantidad de dinero, ó de aquellas cosas que se cuentan, pesan ó miden, si no es que el legatario pruebe que la voluntad del testador fue que se le diese las veces que expresó (7). Pero si habiéndose legado cierta

(1) LL. 49 y 20, tit. 9, P. 6. — (2) Paz in Prax., tit. 4, p. 4, c. 1, n. 19. — (3) L. 9, tit. 9, P. 6.

(4) LL. 20, 21 y 23 del mismo. Alvarez asienta que no vale el legado, si el heredero prueba que el testador no habria legado, si hubiera conocido la falsedad de la causa. Lib. 2, tit. 20.

(5) L. 20 citada. — (6) L. 21, tit. 9, P. 6. — (7) L. 34, § 3 de legat.

cantidad en testamento, se legase otra vez en codicilo, deberá el heredero pagarla dos veces, á menos que pruebe que la voluntad del testador fue que se diese una sola (1); de manera que en el primero de estos dos casos está la presuncion á favor del heredero, y en el segundo del legatario.

21. Si el testador lega una cosa á uno, y despues la misma á otro, y se entiende que la voluntad del testador fue revocar por el segundo el primer legado, se dará la cosa al segundo; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente, ó *in solidum*, se entregará al que primero la pida, y al otro su estimacion (2). Si la lega á los dos á un tiempo, ya sea en una oracion ó en dos, la partirán igualmente entre sí, y si alguno de ellos muriere, ó renunciare su parte, habrá lugar al derecho de acrecer respecto del otro (3); mas para esto son necesarios dos requisitos: 1º Que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, pues si le sobrevive, aunque sea por un momento, pasa el legado á sus herederos, y no acrece al otro (4). 2º Que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. gr. *á Pedro y á Juan les lego mi hacienda*; pero si á uno se lega la casa, y al otro el campo, ó á cada uno la mitad de la hacienda, ni son conjuntos, ni hay derecho de acrecer (5). La conjuncion puede ser en la cosa, en las palabras, ó mixta. Se dice que la hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma, aunque sea en diversas proposiciones: en las palabras cuando lo son en una sola, asignándoles partes no físicas, sino intelectuales, y mixta cuando se lega una misma cosa á muchos en una proposicion, y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que

(1) L. 43 del tit. y P. cit. — (2) L. 33, tit. 9, P. 6. — (3) La misma. — (4) La misma. — (5) L. 33, tit. 9, P. 6.

el testador, acrecerá al otro, presumiéndose así de la voluntad del testador por no expresarse cosa en contrario (1).

22. El legatario es libre para admitir ó no el legado; pero no podrá admitir una parte de él, y repudiar otra, aun cuando la cosa legada sea un todo compuesto de muchas partes, como un rebaño que se compone de muchas cabezas; mas muerto el legatario sin haber aceptado ni repudiado la herencia, si deja varios herederos, puede uno de estos aceptar la parte que le toque, y el otro repudiar la suya; y tambien el legatario á quien se dejan muchas cosas podrá aceptar la que quisiere, y desechar las otras, si no es que le dejaren una con carga y otra sin ella, pues en este caso no podria tomar esta y desechar aquella (2).

23. El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que este, ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos (3); pero si muere despues del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, ni el legatario el legado, transmite su derecho á sus herederos (4). Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde more el heredero, ó donde esté la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquier lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se pueda contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó en donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse (5). Para cobrar el legado competen tres acciones al legatario contra el

(1) L. 33, tit. 9, P. 6. — (2) L. 36, tit. 9, P. 6. — (3) L. 34 del mismo. — (4) La misma. — (5) L. 48, tit. 9, P. 6.

heredero. La primera es personal por el cuasi contrato de la adición de la herencia: la segunda es real en los legados en especie por la traslación del dominio de la cosa legada al legatario en el instante que muere el testador, y la tercera hipotecaria por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados. El legatario puede seguir la via ejecutiva contra el heredero, segun Paz, aunque otros lo niegan (1); pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del heredero (2), y tomándola pierde el derecho (3), si no es que tenga licencia tácita ó expresa del testador para ello (4).

24. Los legados se extinguen ó porque se quitan, ó porque se transfieren, ó porque espiran. Se quitan, ó por palabras, cuando el testador los revoca en testamento, ó codicilo posterior (5), ó por hechos, si borra ó tilda el legado por sí, ó por medio de otro (6): si en vida del testador acaba la cosa legada (7) ó su parte principal, como si legado un carro ó una carreta, en cuyo caso se debe dar la bestia que la tiraba (8), se muere esta; pues si el testador no pone otra en su lugar, se acaba el legado, por la razon de que destruido lo principal, no subsiste lo accesorio: si el mismo testador muda la forma á la cosa legada, de manera que no pueda restituirse á su primitivo estado, como si de la lana hizo paños; pues si se puede, subsiste el legado, como si de la plata hizo un vaso (9). Por último, se quita el legado por excepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de voluntad, lo que probándose por el heredero, hace perder el legado al legatario; y así si el testador dió la cosa legada, se presume que revocó el legado, y

(1) Molina, tr. 2, d. 194, n. 17. — (2) L. 1, tit. y P. cit. — (3) L. 37 del mismo. — (4) L. 3, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 34, lib. 11 de la N. — (5) L. 39, tit. 9, P. 6. — (6) La misma. — (7) L. 42 del mismo tit. y P. — (8) La misma. — (9) La misma.

lo contrario si la empeñó ó vendió, y en este caso tendrá el heredero la obligación de dar al legatario el precio en que fue vendida ó empeñada, aunque en uno y otro caso podrá probarse lo contrario de la presunción por el que se interesare en ello (1).

25. Se transfieren los legados : 1º Si se muda la persona del legatario; como dejando á Pedro lo que se legaba á Juan; mas debe hacerse repitiendo el nombre del primer legatario, porque de otra suerte no sería traslación, sino conjunción, ó legar una misma cosa á dos : 2º Si el testador muda la cosa que legaba : 3º Si muda la persona á quien se mandaba que pagase el legado, y 4º Si muda la naturaleza del legado, como si de puro lo hace condicional. Asi quitar, como transferir los legados se puede hacer en testamento, ó en codicilo, y para quitarlos no se requiere solemnidad, pues no la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presunción de que el testador mudó de voluntad, aunque debe probarse.

26. Espiran los legados : 1º Si el legatario muere antes que el testador (2), pues en ese caso no llega á adquirir dominio en la cosa legada : 2º Si esta perece sin culpa ó mora del heredero, entendiéndose esto del legado en especie, pues el género y la cantidad nunca perecen (3) : 3º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad, como si no se otorgó con el competente número de testigos, pero no si lo fuere en cuanto á la institución de heredero (4) : 4º Si el legatario no cumple la condicion posible, bajo la cual se le dejó el legado (5), estando en su mano cumplirla; pues cuando no puede por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entónces se tiene por cumplida y se debe pagar

(1) LL. 17 y 40, tit. 9, P. 6. — (2) L. 35, tit. 9, P. 6. — (3) L. 41 del mismo tit. y P. — (4) LL. 1 y 2, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 1 y 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (5) L. 21, tit. 9, P. 6.

el legado (1) : 5º Cuando el legatario adquiere el dominio de la cosa por donacion ú otro titulo lucrativo; mas no si la adquiere por compra, cambio, ú otro oneroso, pues entónces puede pedir al heredero su estimacion (2). Esto se funda en el axioma de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona acerca de una misma cosa* (3), reputándose titulo lucrativo el que nada cuesta, como la donacion, y oneroso el que cuesta algo, como la compra; por esta razon : si dos testadores, cada uno en su testamento, legasen una misma cosa á Pedro, y este en virtud de uno de ellos consiguiera la posesion y propiedad de ella, nada podria pedir por el otro testamento; mas si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de la cosa, bien podria pedir despues en virtud del otro la cosa misma (4).

27. El titulo 11 de la Partida 6ª adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribuido en ellos el todo de su caudal, de manera que nada quede á aquel por la adición de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fue que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros por la ley 1ª tantas veces citada del titulo 4º del libro 5º de la Recopilación, ó sea la del titulo 18 del libro 10 de la Novísima, opina Antonio Gomez (5) con otros, que no tiene lugar entre nosotros; mas Pichardo (6), Matienzo (7), Molina (8), Castillo (9) y otros, defienden la contraria que nos parece mucho mas probable.

(1) L. 22 del mismo tit. y P. — (2) L. 43, tit. 9, P. 6. — (3) § 6, Inst. de legat. — (4) L. 44, tit. y P. cit. — (5) Gomez, lib. 1, var., cap. 12, n. 11. — (6) Pichard. in Inst. pr. de lege falcidia, n. 33 et seqq. — (7) Matienzo in. d. l. 1, glos. 19, nn. 18 et 19. — (8) Molina de Hisp. primog., lib. 1, cap. 17, nn. 10 et 11. — (9) Castillo de usufr., cap. 60.

28. La falcidia no tiene lugar respecto del heredero forzoso (1), pues este deberá sacar su legitima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. Para sacarla debe considerarse el valor que tenían los bienes del testador al tiempo de su muerte; de manera que el aumento ó disminucion que despues hayan tenido, es en favor ó daño del heredero, que deberá pagar á los legatarios la misma porcion en cualquiera de los dos casos (2); mas antes de sacar la cuarta se deben bajar y pagar las deudas, los gastos funerarios, y los que se hicieren por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto (3), aunque con respecto á los gastos de entierro debe tenerse presente, que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto; pues dejándose á alguno, son carga de él (4). Si hechas estas deducciones nada quedare al heredero por la distribución de la herencia en legados, tomará integra la cuarta parte; pero si le quedare algo, tomará lo necesario para completar su cuarta.

29. No están sujetos á la deducción de la falcidia los legados piosos, ni los que se dejan en testamento militar (5), ni los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enagenarla (6). Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demas cumplidamente, si no es que despues de que comenzó á pagar se descubra alguna deuda grande del testador, que antes no se sabia; pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar (7). No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohíbe (8); y se pierde el derecho á ella, si el heredero no hizo inventario (9).

(1) Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 1, tit. 11, P. 6. — (2) L. 3, tit. 11, P. 6. — (3) L. 2, tit. y P. cit. — (4) L. 13, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 6, lib. 10 de la N. — (5) L. 4, tit. 11, P. 6. — (6) L. 6, tit. 11, P. 6. — (7) La misma. — (8) La misma. — (9) L. 7 del tit. y P. cit.

ó canceló maliciosamente el testamento, ó los legados, ó hurtó, ú ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

30. Fideicomiso en general es *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno; ó en otros términos, es una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro* (1). Para el fideicomiso, se necesitan tres personas: el que deja el fideicomiso que se llama *fideicomisante*: aquel á quien se manda que restituya la herencia á otro, y se llama *heredero fideuciario*, y aquel á quien se restituye, que se llama *heredero fideicomisario*. El fideicomiso puede ser universal, cuando es de toda la herencia, que se llama, entonces *fideicomisaria*, ó singular, cuando es solo de una cosa. Puede hacerse tácita, ó expresamente. Será expreso cuando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia, ó parte de ella, y tácito cuando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige, como por ejemplo: *Pedro sea mi heredero, pero con la condicion de que no haga testamento*; pues equivale á: *ruego á Pedro que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos*. Esta especie de fideicomisos es muy semejante á los mayorazgos, y está comprendido en las disposiciones novisimas sobre vinculaciones, de que hablaremos en el titulo siguiente.

31. El fideicomiso podia establecerse por todo el que podia hacer testamento (2); podia ligarse con él á todo el que recibiese alguna parte de la herencia con titulo de heredero, con tal que no fuese en mas de lo que recibió y á favor de todo el que pudiese serlo, ya en testamento, ó ya en codicilo, puramente, ó bajo de

(1) L. 8, tit. 11, P. 6. — (2) L. 14, tit. 3, P. 6.

condicion para ó hasta día cierto; y los fideicomisarios tenían derecho á la cuarta trebelianica en los mismos términos que hemos explicado en el número 22 del título 5 de este libro, hablando de la sustitucion fideicomisaria.

32. Lo que hemos dicho en los dos números anteriores se entiende de los fideicomisos universales; y por lo que hace á los singulares, ya hemos dicho en el número 12 de este título, que no hay ninguna diferencia entre ellos, y los legados en cuanto á sus efectos, que son en todo iguales, sino únicamente en cuanto á su forma ó modo de establecer unos y otros.

33. Albacea, al que llaman tambien testamentario, ejecutor, cabezalero, y mansesor, es aquel á quien el testador encarga la ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno, ó á muchos para que se sucedan uno al otro, ó para que obren de mancomun; y aquel á quien se hace no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos (1). Los albaceas pueden ser *testamentarios, legítimos ó dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador, y dativos los que nombra de oficio el juez en caso de que el nombrado en el testamento, ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. El incapaz de testar lo es tambien de ser albacea, y pueden serlo las mugeres, aunque les estaba prohibido (2), la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia expresa de su prelado, á excepcion de los que profesan la regla de S. Francisco, á

(1) Carpio de executorib. testamentar., lib. 1, cap. 19 y 20. — (2) Por la ley 8, tit. 5, lib. 3 del Fuero Real se les prohibía; pero está derogada por costumbre contraria. Tapia, lib. 2, tit. 2, cap. 17, n. 2.

quienes está absolutamente prohibido (1), y el menor de veinticinco años, si ha cumplido los diez y siete (2).

34. A nadie se puede obligar á que sea albacea (3); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó expresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas, ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos (4). Aceptando, puede por sí dar á los legatarios las mandas que les hayan sido hechas, y tomar para sí mismo el legado que le hubiere dejado el testador (5); mas perderá este, si renuncia el albaceazgo (6).

35. La ley (7) previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y que no haciéndolo pierda lo que se le hubiere legado, y la misma obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de pagar el daño al interesado, y una multa de dos mil maravedís. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea se entiende solo del abierto otorgado sin escribano, aunque Acevedo opina lo contrario y añade que la pena solo tiene lugar en la ocultacion dolosa (8). Para comenzar á ejercer su encargo el albacea deberá presentarse ante el juez secular, aun cuando aquel sea eclesiástico, pues es el competente en el negocio, acreditando su encargo, y pidiendo se cite á quienes interese (9), y deberán ser citados aun los

(1) Cap. *Religiosus executor* 2 de *testam.* in 6, y *Clement. de Religios. executor.* — (2) L. 19, tit. 5, P. 6. — (3) Covarr. in cap. 19 de *testament.*, n. 3. — (4) Sanz. 1, *Cons.*, c. 1, d. 42, n. 7. — (5) L. 20, tit. 10, P. 6. — (6) Sanz. cit. — (7) L. 14, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 5, tit. 18, lib. 40 de la N. — (8) Acevedo sobre la l. 14, tit. 4, lib. 5 de la R., contra Montalvo y Matienzo. — (9) L. 13, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 18, lib. 40 de la N.

eclesiásticos, porque mas que citacion, es un aviso (1) para poder proceder al inventario, y demas diligencias concernientes al desempeño de su oficio. Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun quando les releve de ello (2); pues esa cláusula solo remite la averiguacion nimia y escrupulosa en quanto á la culpa, mas no en quanto al dolo, sobre lo cual cita Febrero varias ejecutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibicion del testador (3). Mas si este encargó á su albacea por cláusula en el testamento, ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*, no tendrá obligacion de dar cuenta ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder (4), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (5). Deben enagenar los bienes en publica almoueda (6), y les está prohibido comprar para si ninguno de ellos bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo que se aplica al fisco (7).

36. Para la ejecucion del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señaló deberán ejecutarlo lo mas breve que les sea posible conforme á lo que previene la ley de Partida que dice: *lo mas ayna que pudieren sin alongamiento, ó sin escatima ninguna* (8); no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y legados, si antes de él pudieren hacerlo, y lo mismo las

(1) Solorzano Política indiana 3, c. 7. — (2) L. 3, tit. 10, P. 5 y sobre ella Gregor. Lop. — (3) L. 7 del mismo tit. y P. — (4) Clement. de Testam. — (5) Sanz. l. 4, Cons. c. 1, d. 49. — (6) L. 62, tit. 18, P. 3. — (7) L. 14, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 18, lib. 10 de la N. — (8) L. 6, tit. 10, P. 6.

deudas del difunto. Mas mientras durare la formacion del inventario no pueden los acreedores y legatarios molestar al albacea ó heredero, para que cumpla el testamento (1); aunque si manifestare no querer hacer el inventario, ni gozar del tiempo que para él concede el derecho, podrá ser convenido despues de los nueve dias de la muerte del testador (2). Si son muchos los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecuten (3); y para precaver éste embarazo suele conferirse á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion sin necesidad de avisar á los otros, ni de que estos se mezclen en cosa alguna. Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas (4); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte (5). Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva ó en general, cumplen con dar la que quieran, aunque sea la menos preciosa (6); pero si las palabras se dirigen al legatario, á él corresponde la eleccion, como hemos dicho en el n. 16 de este título.

37. El oficio del albacea acaba por su muerte; por la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre ambos; por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario; por el transcurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa por que fue constituido. Algunos (7) quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio; pero lo niegan otros (8).

(1) L. 7, tit. 6, P. 6. — (2) L. 13, tit. 9, P. 7. — (3) L. 6, tit. 10, P. 6. — (4) L. 7, tit. 6, P. 6. — (5) Sanz., l. 4, Cons., c. 1, d. 38. — (6) Sanz., tr. 14, cap. 3, n. 177. — (7) Espin. glos. 28, n. 36. — (8) Molin., tr. 2, d. 247, n. 14.

En retribucion del trabajo del albacea le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenia ó no derecho para cobrarlo, fuera del caso en que lo hubieran convenido asi el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, en atencion á ser este un encargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

## TITULO VII.

## DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 7, lib. 3 de la Recop. ó tit. 17, lib. 10 de la N.

1. Necesidad de hablar de las leyes antiguas sobre mayorazgos.
2. A falta de leyes patrias, se deciden los casos de mayorazgos por las romanas sobre fideicomisos.
3. Qué cosa es mayorazgo, y de la licencia para fundarlo.
4. Origen de los mayorazgos.
- 5 y 6. Especies de los mayorazgos.
7. De las reglas de los mayorazgos: 1ª El orden de suceder en ellos es el mismo de la corona de España.
8. 2ª y 3ª Son indivisibles y perpetuos.
9. 4ª Para la sucesion se debe atender á cuatro cosas: linea, grado, sexo y edad.
10. 5ª Extinguida una linea, se sigue la otra, con exclusion de los ilegítimos.
11. 6ª El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion, y al que lo es por rescripto prefieren los descendientes del fundador.
12. 7ª La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.
13. 8ª En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.

14. 9ª Por la muerte del poseedor pasa la posesion al sucesor sin necesidad de ningun acto por su parte, siendo indudable el llamamiento.
15. 10ª Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo pertenecen á él.
16. 11ª El mayorazgo se prueba por la escritura de su fundacion, por informacion de testigos, ó por costumbre inmemorial.
17. 12ª En los mayorazgos todo cede á la voluntad del fundador, con tal que lo que exija sea posible y honesto.
18. De los mayorazgos incompatibles.
19. Supresion de los mayorazgos, prohibicion de fundarlos en lo de adelante, y libertad de los bienes de los que existian: y fecha de que deben regir estas disposiciones.
20. Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra para su sucesor, partiéndose tambien los gravámenes.
21. Requisitos para hacer la division de los bienes de mayorazgos, fideicomisos familiares ó electivos.
22. Estas disposiciones no tienen lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor; y terminos en que se ha de reclamar.
23. La supresion de los mayorazgos y libertad de los bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieran gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorata de las dos mitades.
24. Los títulos y prerogativas de honor de los mayorazgos suprimidos siguen el orden de suceder prescrito en las fundaciones.

1. A primera vista y con noticia de las leyes de 27 de setiembre de 1820 y 7 de agosto de 1823, podrá parecer excusado y aun inútil hablar de los mayorazgos que han sido abolidos por ellas; mas ellas mismas nos obligan á dar, aunque muy en breve, una idea de estos establecimientos y de las leyes que arreglan su sucesion, asi porque sin conocimiento de estas no será fácil entender bien aquellas, como porque quedando por

En retribucion del trabajo del albacea le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenia ó no derecho para cobrarlo, fuera del caso en que lo hubieran convenido asi el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, en atencion á ser este un encargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

## TITULO VII.

## DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 7, lib. 3 de la Recop. ó tit. 17, lib. 10 de la N.

1. Necesidad de hablar de las leyes antiguas sobre mayorazgos.
2. A falta de leyes patrias, se deciden los casos de mayorazgos por las romanas sobre fideicomisos.
3. Qué cosa es mayorazgo, y de la licencia para fundarlo.
4. Origen de los mayorazgos.
- 5 y 6. Especies de los mayorazgos.
7. De las reglas de los mayorazgos: 1ª El orden de suceder en ellos es el mismo de la corona de España.
8. 2ª y 3ª Son indivisibles y perpetuos.
9. 4ª Para la sucesion se debe atender á cuatro cosas: linea, grado, sexo y edad.
10. 5ª Extinguida una linea, se sigue la otra, con exclusion de los ilegítimos.
11. 6ª El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion, y al que lo es por rescripto prefieren los descendientes del fundador.
12. 7ª La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.
13. 8ª En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.

14. 9ª Por la muerte del poseedor pasa la posesion al sucesor sin necesidad de ningun acto por su parte, siendo indudable el llamamiento.
15. 10ª Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo pertenecen á él.
16. 11ª El mayorazgo se prueba por la escritura de su fundacion, por informacion de testigos, ó por costumbre inmemorial.
17. 12ª En los mayorazgos todo cede á la voluntad del fundador, con tal que lo que exija sea posible y honesto.
18. De los mayorazgos incompatibles.
19. Supresion de los mayorazgos, prohibicion de fundarlos en lo de adelante, y libertad de los bienes de los que existian: y fecha de que deben regir estas disposiciones.
20. Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra para su sucesor, partiéndose tambien los gravámenes.
21. Requisitos para hacer la division de los bienes de mayorazgos, fideicomisos familiares ó electivos.
22. Estas disposiciones no tienen lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor; y terminos en que se ha de reclamar.
23. La supresion de los mayorazgos y libertad de los bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieran gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorata de las dos mitades.
24. Los títulos y prerogativas de honor de los mayorazgos suprimidos siguen el orden de suceder prescrito en las fundaciones.

1. A primera vista y con noticia de las leyes de 27 de setiembre de 1820 y 7 de agosto de 1823, podrá parecer excusado y aun inútil hablar de los mayorazgos que han sido abolidos por ellas; mas ellas mismas nos obligan á dar, aunque muy en breve, una idea de estos establecimientos y de las leyes que arreglan su sucesion, asi porque sin conocimiento de estas no será fácil entender bien aquellas, como porque quedando por

estas ligada aun para la sucesion, la mitad de las vinculaciones ó bienes amayorazgados, no podrán decirse los casos ocurientes si se carece en lo absoluto del conocimiento de la naturaleza y especies de los mayorazgos, y de las reglas para suceder en ellos.

2. La institucion de los mayorazgos es tan célebre, como ruínosa en los países que estan, ó han estado bajo el dominio de la España; y como se semejan mucho á los fideicomisos familiares de los romanos, á falta de leyes patrias, ocurren los autores muchas veces á las romanas que hablaron de estos para las cuestiones ó casos que suelen ofrecerse.

3. El mayorazgo, segun Molina (1) es un derecho de suceder en los bienes dejados con la obligacion de que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo, sin que obste á esta definicion que en algunos mayorazgos, no suceda el primogénito, y otros no sean perpetuos, pues estos ó no son mayorazgos, ó lo son impropiamente. Aunque á la fundacion de un mayorazgo debia preceder la licencia del rey (2), llegó á creerse innecesario este requisito (3), aunque no respecto de aquellos en que se vinculaban todos los bienes, teniendo ya el fundador herederos forzosos: (4) se renovó posteriormente la prohibicion de hacerlo sin él, (5) declarándose tambien no estar comprendidas en la prohibicion las vinculaciones hechas con anterioridad (6) á las que se declaró unicamente sujetas á pagar el 15 por 100 para el fondo de amortizacion (7).

4. Se pretende hallar el origen de los mayorazgos en el derecho de primogenitura de que se habla en varios

(1) Luis de Molina, de *Primogen. hispan.*, lib. 1, cap. 1, n. 21. — (2) L. 3, tit. 7, lib. 3 Rec. ó 2, tit. 17, lib. 10, Nov. — (3) Molina de *Primog. hispan.*, lib. 1, cap. 1, n. 23. — (4) Murillo: *Curso jur. canon.*, lib. 3, tit. 20, n. 193. — (5) L. 12, tit. 17, lib. 10, Nov. — (6) L. 13, tit. 17, lib. 10, Nov. — (7) L. 14, tit. y lib. cit.

lugares de la sagrada Escritura; mas es bien notable la diferencia que hay de uno al otro, y está hoy muy demostrado por el sabio Jovellanos (1) y otros, lo injusto y perjudicial de esta institucion para que se le pueda creer fundada en el derecho divino.

5. Se dividen en regulares, que son en los que se sucede segun el orden prescrito para la sucesion del reino de España en la ley 2ª del tit. 13 de la Partida 2ª é irregulares, que son aquellos cuya sucesion se desvia poco ó mucho del modo de suceder señalado en esa ley. De estos se numeran nueve especies principales (2), á saber: 1ª de agnacion verdadera: 2ª de agnacion fingida: 3ª de masculinidad nuda: 4ª de femineidad: 5ª de eleccion: 6ª alternativos: 7ª saltuarios: 8ª de segundogenitura: 9ª incompatibles.

6. De agnacion verdadera es aquel á cuya sucesion son admitidos los varones descendientes de varon en varon del fundador sin mediar hembra alguna. De agnacion fingida ó artificial es el mayorazgo á cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó á algun extraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes varones de varones. El de pura ó simple masculinidad es en el que se admiten solamente á la sucesion los varones sin distincion de si vienen por varon ó por hembra, y de femineidad en el que solamente suceden las hembras, ó por lo ménos son preferidas á los varones. Electivo ó de eleccion es aquel en que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador de elegir por sucesor al hijo ó pariente suyo que le pareciere, con tal que existiendo parientes del fundador sea uno de ellos, y esta facultad, aunque esté indefinida, no es tan libre, segun los autores (3)

(1) Jovellanos, *Informe sobre la ley agraria*, n. 183. — (2) Rojas de Almanso: *De incompatibil.*, disp. 1, quæst. 1, n. 3. — (3) Rojas de Almanso: *De incompatibil.*, disp. 1, quæst. 1, § 6, n. 135.

que el poseedor pueda elegir á un extraño habiendo parientes. Alternativo es en el que llama el fundador á uno de una línea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que así siga en adelante la sucesion, alternando las líneas. Saltuario llaman aquel en que no se atiende á la primogenitura, sino solo á la prerogativa de mayor edad entre todos los parientes del fundador, de manera que muriendo el poseedor, sucede el mas viejo de los parientes aunque no sea hijo ó descendiente de él; y por esto se llama saltuario. En el de segundogenitura son siempre llamados los segundogénitos por orden sucesivo, y el incompatible es el que no puede estar juntamente con otro en una misma persona.

7. Explicadas las especies mas comunes de los mayorazgos irregulares, daremos brevemente las reglas de la sucesion en los regulares. 1.<sup>a</sup> El orden de suceder en los mayorazgos debe decidirse por las leyes que arreglan la sucesion de la corona de España, no comprendiéndose entre estas el auto acordado 5 del título 7 del libro 5 de la Recopilacion, ó sea la ley 5 del título 1 del libro 3 de la Novísima, que solo debe entenderse de la sucesion de aquella monarquia, y no de los mayorazgos, que siempre se gobiernan por lo establecido en la ley 2 del título 15 de la Partida 2, debiendo tenerse presente que en caso de duda el mayorazgo se reputa regular (1).

8. La 2.<sup>a</sup> regla fija la indivisibilidad de los mayorazgos, y la 3.<sup>a</sup> la perpetuidad de su sucesion; mas una y otra deben entenderse destruidas por las leyes modernas que hemos citado al principio, y que explicaremos despues; segun las antiguas (2), solo podian dividirse los mayorazgos en el caso de que naciesen dos varones

(1) L. 13, tit. 7, lib. 5 de la R. ó 8, tit. 17, lib. 40 de la Nov. —  
(2) L. 12, tit. 33, P. 7.

de un parto, y á falta de estos, dos hembras, pero de tal manera, que no se pudiese saber quien nació primero; y de la perpetuidad de la sucesion se deducia que los bienes amayorazgados fuesen inenagenables, é incapaces de prescribirse por el término de 10 ó 20 años, y segun Gomez (1) ni por el de 30 ó 40, aunque sí por tiempo inmemorial (2).

9. 4.<sup>a</sup> En la sucesion se debe atender á cuatro cosas: primera, la línea, para que los de la del último poseedor sean primero que los de las otras: segunda, el grado, esto es, que el pariente mas próximo del último poseedor excluye al mas remoto; tercera, el sexo, porque siempre el varon excluye á la hembra, siendo de la misma línea y grado; pues siendo de mejor, no se entiende excluida por los varones mas remotos, sino que se juzga llamada despues de la ley 13 del título 7 del libro 5 de la Recopilacion, ó 8 del título 17 del libro 10 de la Novísima, que no quiere sean excluidas las hembras de los mayorazgos, si no es que expresa y claramente lo diga así la fundacion, y no por presunciones ni conjeturas: y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexo, debiendo tenerse presente, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion no solo en la línea recta, sino tambien en la transversal, y así los hijos ocupan el lugar de sus padres, aunque hubiesen muerto antes de fundarse, sino es que expresamente se prevenga lo contrario en la fundacion.

10. 5.<sup>a</sup> Terminada la línea del primogénito, sigue la del segundogénito, y así sucesivamente, pero entendiéndose que sean legítimos los descendientes de esa línea, aun cuando el fundador llame simplemente á sus

(1) Antonio Gomez en la ley 40 de Toro, n. 90. — (2) Molina de *Primog.*, lib. 4, cap. 10, y Gregorio Lopez glos. 3 de la ley 10, tit. 26, P. 4.

descendientes; y deben entenderse por legítimos, no solo los nacidos de matrimonio verdaderamente legítimo, sino también los de putativo contraído según el rito de la iglesia, pero ignorando los contrayentes, ó alguno de ellos el impedimento que tenían (1).

11. 6ª El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, desde que sus padres contrajeron el matrimonio; de manera que si su padre ántes de este matrimonio, y nacido ya el legítimo hubiese contraído otro y tenido en él un hijo legítimo, este, y no el legitimado se reputa primogénito, y será el sucesor, pues la legitimacion no se retrotrae en perjuicio del hijo legítimo (2). Si fuere legitimado por rescripto, ó decreto del soberano, será preferido por todos los descendientes del fundador (3); y si fuere adoptivo ó arrogado, será enteramente excluido.

12. 7ª La proximidad del parentesco en los mayorazgos se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador (4), y esta regla tiene lugar en los laterales, pero solo en el caso de que el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador, porque á estos solo pertenece la sucesion (5).

13. 8ª En los mayorazgos no se sucede al último poseedor, por derecho hereditario, sino de sangre (6), y así es que el primogénito le sucede, aunque hubiese sido desheredado; mas al fundador todos le suceden por derecho hereditario (7), y de aquí es, que el poseedor debe pagar las deudas del fundador, á menos que

(1) L. 1, tit. 13, P. 4. — (2) Antonio Gomez en la l. 9 de Toro, n. 63, y siguientes, y Molina de *Primog.*, lib. 3, cap. 1, n. 7. — (3) Rojas, de *incompatibil.*, part. 1, cap. 6, § 6, y Molina, lib. 1, cap. 4, n. 44, y lib. 3, cap. 3. — (4) Rojas, part. 1, cap. 6, § 10. — (5) Molina, lib. 3, cap. 3, n. 2. — (6) LL. 9, tit. 1, y 2, tit. 13, P. 2, y Greg. Lop. glos. 18 de esta. — (7) Molina, lib. 1, cap. 8, n. 10.

fuesen contraídas despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; y por el contrario no está obligado á pagar las que contrajo su antecesor si no fueron absolutamente necesarias para conservar los bienes del mayorazgo (1).

14. 9ª Muerto el poseedor pasa por virtud del mismo derecho, y por ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes al sucesor sin ningun acto de aprension, aun cuando otro haya tomado la posesion de ellos en vida del tenedor, ó muerto este (2), y por esta circunstancia llaman los autores á esta posesion *civilisima*, y convienen en que tiene lugar aun cuando el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato, ó póstumo (3), y también en los mayorazgos fundados sin licencia (4), y se extiende á las cosas incorporales ó derechos (5); pero esto se entiende no habiendo duda en el llamamiento (6).

15. 10ª Pertenecen al sucesor todas las mejoras hechas á las casas y edificios del mayorazgo sin obligacion de dar parte alguna de la estimacion á las mugeres de los que las hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos ni herederos (7); y aunque la ley solo habla de las mejoras y gastos hechos en los edificios, los autores opinan que las puso por modo de ejemplo, y que debe entenderse de los hechos en todos los bienes (8).

16. 11ª El mayorazgo se puede probar según la

(1) Molina, lib. 1, cap. 10, y Gomez, l. 40 de Toro, n. 72. — (2) L. 8, tit. 7, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 24, lib. 11 de la Nov. — (3) Molina, lib. 3, cap. 12, n. 24. Gomez en la l. 43 de Toro, n. 112, y Mieres de *mayorat.*, part. 3, quest. 2. — (4) Molina, lib. 1, cap. 1, n. 24 y sigs., y Cobar., lib. 3, Var., cap. 3, contra Ant. Gom. en la l. 43 de Toro, n. 116. — (5) L. 8, tit. 7, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 24, lib. 11 de la Nov. — (6) Villadiego: Forma de libelar, part. 2, n. 162. — (7) L. 6, tit. 7, lib. 5 de la R. ó 6, tit. 17, lib. 10 de la Nov. — (8) Azevedo en la l. 6, n. 2, y Molina, lib. 1, cap. 26, n. 13 y sigs.

ley (1), de tres modos. 1º Por la escritura de la fundación con la de la licencia. 2º Por testigos que depongan del tenor de esas escrituras. 3º Por costumbre inmemorial probada *con las calidades que incluyan haber tenido y poseído los pasados aquellos bienes por mayorazgo*, esto es, según las reglas de mayorazgo, y que los testigos sean de buena fama, y digan que así lo vieron ellos pasar por tiempo de 40 años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que así es la pública voz y fama entre los vecinos y moradores de aquella tierra; debiendo entenderse según Molina (2) el primer modo de los mayorazgos fundados con licencia, pues en los fundados ántes que esta fuese necesaria, no se requiere la escritura de licencia, y el segundo en el caso de que se hubiese perdido la escritura de fundación, la que en opinión de Azevedo (3) según el tenor de la ley no es necesario que sea pública, pues dice *siendo tales las dichas escrituras que hagan fe*, y algunas privadas la hacen, y por lo que hace al tercero advierte Azevedo (4) que el modo de probar la prescripción inmemorial que hemos explicado arriba, es peculiar en este punto de mayorazgos, pues en los demas no se requiere que digan los testigos que así lo oyeron á sus mayores, y así está admitido en la práctica, según observa Cobarruvias (5).

17. 12ª En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador (6) que puede poner las condiciones que le pareciere, siendo posibles y honestas y obligando de tal modo á su cumplimiento, que no cum-

(1) L. 1, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 17, lib. 10 de la N. — (2) Molina, lib. 2, cap. 8. — (3) Azevedo en la l. 1, n. 6 y sigs. tit. 7, lib. 3 de la R. — (4) Azevedo en la l. 1, tit. 7, lib. 3 de la R., n. 27. — (5) Cobarruvias en el cap. Possessor, part. 2, § 3, n. 7. — (6) LL. 3 y 14, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 3 y 9, tit. 17, lib. 10 de la Nov.

pliéndolas, pierda el mayorazgo aquel á quien correspondía por derecho de sangre; lo que asegura como indudable Molina (1), notando cuando las condiciones deben tenerse como tales, y cuando solamente como modos, de cuya diferencia suelen resultar los mayorazgos irregulares y que se llaman de cláusulas.

18. Antes de concluir el extracto de las disposiciones antiguas sobre mayorazgos, debemos notar aquí las especies que hay de incompatibles, que como hemos dicho son los que no pueden reunirse en una misma persona. La incompatibilidad puede ser por la ley ó por disposición del fundador: tácita ó expresa: en una persona sola, ó en toda una línea: absoluta, ó respectivamente: para adquirir, ó para retener los mayorazgos. Por la ley es la establecida por ella (2), y es solo la que tienen dos mayorazgos que se unen por razón de matrimonio, de los cuales uno tenga de renta anual dos cuentos, que esto es, 58,823 reales, ó 3,347 ducados 6 reales 18 maravedises, los que deben dividirse entre los hijos, teniendo el derecho de elegir el primogénito, y pasando el otro al segundo, y en su defecto á las hijas; mas si solo hubiere un hijo, tendrá los dos, y la división se hará cuando haya entre quienes. Si la reunión se verifica por derecho de sucesión, no están de acuerdo los autores en si tiene ó no lugar esta incompatibilidad (3). Por disposición del fundador es la que viene de su voluntad. Expresa, es la que se anuncia con palabras terminantes de la ley ó del fundador, como la legal de que acabamos de hablar; y tácita, la que no expresándose se infiere de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundación, como cuando el fundador previene que el poseedor use solo de su es-

(1) Molina, lib. 2, cap. 12, n. 34. — (2) L. 7, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 7, tit. 17, lib. 10 de la Nov. — (3) Hermen. de Rojas, part. 8, cap. 4, n. 26, y siguientes, y Rojas de Almansa, disp. 3, quaest., n. 3 y siguientes.

cudo de armas, en cuyo caso es incompatible con otro que exija simplemente el uso del escudo del fundador, pues no es posible llevar solamente el de uno, y al mismo tiempo el del otro. Personal, es la que impide á una persona que tiene un mayorazgo poder tener otro, pasando su derecho en cuanto al que no quiera á su primogénito, ó inmediato sucesor, y lineal, que también llamamos real, es la que impide que el poseedor de un mayorazgo y toda su línea pueda obtener otro que deberá pasar á su hermano segundo, ó á su línea. La calificación de si la incompatibilidad es real ó personal, es uno de los puntos mas difíciles en esta materia, que trata con extension Rojas de Almansa (1) inclinándose á que en caso de duda debe reputarse mas bien real que personal, y estableciendo la razon por que la incompatibilidad de los oficios que se decian de república, y la de los beneficios y dignidades es mas bien personal que real. Absoluta se llama la que impide al poseedor de un mayorazgo tener otro, sea el que fuere; y respectiva la que solamente impide obtener ciertos y determinados, de estas ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas. Para adquirir, es la que impide al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro de cualquier manera que sea; y así es que si vacare otro que por derecho de sucesion le correspondia, saltándole, se deferiria al pariente mas próximo. Para retener, es la que impide al que posee un mayorazgo poder retenerlo juntamente con otro que le viene despues, porque en este caso se le difiere el segundo, y pasan á él el dominio y la posesion de los bienes por ministerio de la ley (2) en los términos que dijimos en el núm 14; pero con la obligacion de dejar uno de los dos dentro de dos me-

(1) Rojas de Almansa, disp. 1, quest. 4 y 5. — (2) L. 8, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 24, lib. 11 de la Nov.

ses; y así esta pertenece propiamente á la incompatibilidad que establece la ley (1) de que hemos hablado. Los modos de fundar los mayorazgos eran los mismos que para hacer las mejoras de tercio y quinto (2).

19. Estas son las disposiciones de las leyes antiguas en orden á este asunto; véamos ahora las de las modernas. La de 27 de setiembre de 1820 suprimió por el artículo 1º todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y toda clase de vinculaciones de bienes de cualquiera especie, dejándolos absolutamente libres, y por el 14 prohibió que en lo sucesivo pudiesen fundarse mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanias, obras pias, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes, ni derechos, ni prohibir directa ó indirectamente su enagenacion, extendiéndose la prohibicion á vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extrangeros. Mas como esta ley no se publicó en Méjico, el primer congreso declaró en los tres primeros artículos de su decreto de 7 de agosto de 1823, que las vinculaciones habian cesado desde la fecha y á virtud de la ley de las Cortes de Madrid, prohibiendo que pudiesen hacerse en lo de adelante; que estaban y habian estado desde aquella fecha en clase de libres los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos, ó capellanias laicas, y toda especie de vinculaciones de cualquiera clase de bienes, y que los poseedores podian y habian podido desde la misma fecha disponer libremente de la mitad de los bienes para que aquella ley los facultaba, derogándola expresamente por el artículo 14 en cuanto á la prohibicion de fundar capellanias, obras pias, y adquisicion de manos muertas, de que hablan los artículos 14 en parte, 15 y 16, y dejando sobre esto vigentes las antiguas leyes relativas á la adquisicion de bienes raices por las manos muertas, y amortizacion.

(1) L. 7, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 7, tit. 17, lib. 10 de la Nov. — (2) L. 4, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 17, lib. 10 de la Nov.

20. Estas leyes aboliendo los mayorazgos y demas vinculaciones, concedieron á los poseedores que lo eran al tiempo de su expedicion y publicacion, la facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes, y reservaron la otra al que debiese suceder inmediatamente en el mayorazgo, con la misma facultad de disponer libremente de ella (1) y declarándola libre de toda responsabilidad por las deudas contraidas ó que contrajese el que era poseedor (2), mas con respecto á los créditos ó gravámenes que reportase la vinculacion, deberian dividirse por mitad entre los bienes cuya libre disposicion se dejaba al poseedor, y los que se reservaban á su inmediato sucesor; de manera que si algunos bienes ó fincas particulares reportasen censos ó gravámenes con hipoteca especial, y esos bienes estuviesen en la parte que se reservaba al sucesor, debería el poseedor redimirle ó indemnizarle de ese gravamen con parte de los bienes de que podía disponer (3).

21. Para verificar la enagenacion de la mitad para que se faculta al poseedor, debe formarse inventario, y tasacion ó division de todos los bienes con rigurosa igualdad, é interviniendo el inmediato sucesor, y siendo este desconocido, menor, ó estando en la patria potestad, intervendrá en ello el sindico del pueblo en que resida el poseedor, sin exigir derechos ningunos, y no concurriendo estos requisitos, es nulo el contrato de enagenacion (4). En los fideicomisos familiares, cuyos rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de diferentes lineas, debió hacerse la tasacion y repartimiento entre los perceptores de las rentas á proporcion de lo que percibian y con intervencion de todos, y podrá cada uno disponer libremente de la mitad de la parte que le toque, reservando la otra al que deba sucederle para que haga lo mismo, pero

(1) Art. 3 de la ley de 7 de agosto de 1823. — (2) Art. 4. — (3) Art. 5. — (4) Art. 6 de la ley de 7 de agosto de 1823.

con los requisitos que dejamos referidos (1). Mas si el mayorazgo, fideicomiso, patronato ó capellania laica, que sigue en todo la naturaleza del primero, fuese electivo, siendo la eleccion absolutamente libre, han podido disponer como dueños los poseedores del todo de los bienes; pero si á la eleccion fuesen llamadas personas de familia ó comunidad determinada, solo han tenido los poseedores facultad para disponer de la mitad, reservando la otra con la misma facultad al sucesor que se elija; pero haciéndose siempre la tasacion y division con los requisitos indicados (2).

22. Ninguna de estas disposiciones podia tener lugar respecto de aquellos bienes vinculados sobre los cuales hubiese pendiente juicio de incorporacion, ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de fundacion, ó cualquiera otro que pudiese en duda el derecho del que era poseedor actual; pues ni este ni su sucesor podia disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinase á su favor en propiedad el juicio ó juicios pendientes conforme á las leyes dadas hasta 27 de setiembre de 1820, ó que en adelante se diesen. Y para evitar dilaciones maliciosas está declarado, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablare el de propiedad dentro de cuarenta dias precisos contados desde el en que se le notificó la sentencia, ó si habiéndose entablado, y dadose sentencia, en primera instancia, ó en vista, no interpusiese el recurso de apelacion ó suplicacion, ó interpuesto no lo siguiere dentro del término de cuatro meses, no tenga despues derecho para reclamar, y aquel á cuyo favor se hubiere declarado la tenuta, posesion ó propiedad, será considerado como poseedor legítimo, y podrá usar de las facultades concedidas en esta ley (3).

(1) Art. 7. — (2) Art. 8 de la ley de 7 de agosto de 1823. — (3) Art. 9 de la ley de 7 de agosto de 1823.

23. Estas disposiciones no perjudican á las demandas de incorporacion, ó reversion que en lo sucesivo pudieran instaurarse, aunque los bienes que fueron vinculados hayan pasado como libres á otros dueños (1), ni tampoco á los alimentos ó pensiones, que los que eran poseedores debiesen pagar á sus madres viudas, hermano, sucesor inmediato, ú otras personas con arreglo á las fundaciones ó convenios particulares, ó á las determinaciones en justicia, pues quedan sujetos los bienes que fueron vinculados aunque pasen como libres á otros dueños, al pago de estos alimentos ó pensiones, mientras vivieren los que á la fecha de la ley los percibían, ó mientras conserven el derecho de percibirlos si fuere temporal; si no es que los alimentistas sean los sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que entren en la sucesion, cesando despues las obligaciones de pagar tales pensiones y alimentos; mas si los poseedores que eran á la fecha de la ley, no invirtiesen en los expresados alimentos y pensiones la cuarta parte líquida de las rentas del mayorazgo, quedaban obligados á contribuir con lo que queda en la misma cuarta parte del valor de los bienes de que podia disponer para dotar á sus hermanas y auxiliar á su madre y hermanos que carezcan de arbitrios, y esta obligacion pasa á los sucesores inmediatos por lo respectivo á la parte de bienes que se les reservó (2). Tampoco perjudican estas disposiciones á la parte de renta de las vinculaciones que sus poseedores tuvieran consignadas legitimamente á sus mugeres para cuando quedasen viudas, pues se les deberá pagar mientras deban percibir las segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad de los bienes que dejare libres su marido, y la otra de los que quedaren al sucesor; y si nada tuviesen consignado á sus mugeres, careciendo estas de

(1) Art. 10 de la ley de 7 de agosto de 1823. — (2) Art. 11.

arbitrios en el estado de viudez, deberán percibir durante su vida la quinta parte de las rentas líquidas del mayorazgo, que se les pagará en los mismos términos (1).

24. Por lo que hace á los títulos, prerogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que disfrutasen los poseedores de vinculaciones como anexas á ellas, subsisten en el mismo pie, y siguen el orden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion, ú otros documentos de su procedencia, y lo mismo los derechos de presentar para beneficios eclesiásticos, ú otros destinos; mas si los títulos fuesen dos ó mas, y los poseedores tuviesen mas de un hijo, se distribuirán como mejor parezca al padre, reservando el principal para el sucesor inmediato (2).

A mas de las disposiciones modernas sobre mayorazgos, de que se hace mención en los números 19 y siguientes, hay los decretos de 15 de mayo y 19 de junio de 1821. En el primero se manda que la resolucion que allí se expresa, tomada sobre las vinculaciones de D. Andres Fernandez de Viedma, sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias. La resolucion es, que se concedió permiso á Viedma para disponer del total de sus vinculaciones mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto grado; pero con calidad de producir una informacion de testigos sobre que por su muerte quedarian sus bienes reducidos á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, en el pueblo del poseedor, en los lugares donde se hallaban los bienes, y en la capital del reino, con el fin de que se publicaran en la gaceta ministerial y otros papeles públicos que tuviese por conveniente el juez de primera instancia,

(1) Art. 12 de la ley de 7 de agosto de 1823. — (2) Art. 13.

ante quien debiera seguirse la causa; y citándose y emplazándose á los que se juzgasen con derecho á suceder para que compareciesen dentro del citado término, con apercibimiento de declararse libres los bienes, y el poseedor con facultad de disponer de ellos á su voluntad, segun la práctica observada en las causas de mostrencos, vacantes é intestados.

En el segundo de los decretos citados se declara que el poseedor actual de bienes vinculados, podrá enagenar los equivalentes á la mitad ó menos de su valor, sin previa tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden, con el cual ya no tendrá acción cualquier otro que pueda sucederle legalmente para reclamar lo hecho y ejecutado. Si el inmediato fuere desconocido ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el sindico procurador del lugar donde resida el poseedor actual; cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales, cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores. Si se negare al consentimiento el que debiere darlo, y se tratare de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se hará la tasacion general que prescribe la ley de 27 de septiembre de 1820; pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que queda sin vender mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorizará la venta por el juez, y procederá desde luego á ella.

## TITULO VIII.

## DE LAS SUCESIONES INTESADAS.

Tit. 13, P. 6, y tit. 8, lib. 3 de la Recop. ó 20, lib. 10 de la Novísima.

1. Quién se dice intestado; y de los tres órdenes de personas que pueden suceder al que lo es.
2. Primer órden, el de los descendientes: quiénes se comprenden bajo este nombre: los hijos legítimos excluyen á todos los demas parientes, aun cuando aquellos son póstumos, con tal que no sean abortivos.
3. Cuando concurren hijos de primer grado y de grados ulteriores, suceden aquellos por cabezas, y estos por familias; y de esto pueden ocurrir tres casos.
4. Cómo y cuando suceden los legitimados.
5. Los ilegítimos, no habiendo legítimos, si son naturales, suceden al padre en la sexta parte: mas si son espurios, en nada. A la madre la suceden unos y otros, pero no los sacerdotes ó de punible ayuntamiento.
6. Cómo y cuando suceden los adoptivos.
7. Segundo órden, el de los descendientes que excluyen á los laterales, y los mas cercanos á los mas remotos; siendo de diversas líneas, suceden por líneas, sin distincion de bienes; y siendo no legítimos suceden como los hijos ilegítimos. Los padres adoptantes no suceden por intestado.
8. Tercer órden, el de los laterales: tres reglas respecto de los que sean legítimos.
9. Los ilegítimos suceden de diverso modo cuando la ilegitimidad es de parte de los parientes, y cuando es de parte del difunto.
10. Solo pueden suceder los laterales que están dentro del cuarto grado. Se impugna la indecision de Sala.
11. Los religiosos no pueden suceder por intestado.
12. Con qué deducciones se han de entregar los bienes á los herederos, y qué cantidad deben gastar estos en beneficio del alma del difunto, sin que por este motivo pueda mezclarse nin-

ante quien debiera seguirse la causa; y citándose y emplazándose á los que se juzgasen con derecho á suceder para que compareciesen dentro del citado término, con apercibimiento de declararse libres los bienes, y el poseedor con facultad de disponer de ellos á su voluntad, segun la práctica observada en las causas de mostrencos, vacantes é intestados.

En el segundo de los decretos citados se declara que el poseedor actual de bienes vinculados, podrá enagenar los equivalentes á la mitad ó menos de su valor, sin previa tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden, con el cual ya no tendrá acción cualquier otro que pueda sucederle legalmente para reclamar lo hecho y ejecutado. Si el inmediato fuere desconocido ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el sindico procurador del lugar donde resida el poseedor actual; cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales, cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores. Si se negare al consentimiento el que debiere darlo, y se tratase de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se hará la tasacion general que prescribe la ley de 27 de septiembre de 1820; pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que queda sin vender mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorizará la venta por el juez, y procederá desde luego á ella.

## TITULO VIII.

## DE LAS SUCESIONES INTESADAS.

Tit. 13, P. 6, y tit. 8, lib. 3 de la Recop. ó 20, lib. 10 de la Novísima.

1. Quién se dice intestado; y de los tres órdenes de personas que pueden suceder al que lo es.
2. Primer órden, el de los descendientes: quiénes se comprenden bajo este nombre: los hijos legítimos excluyen á todos los demas parientes, aun cuando aquellos son póstumos, con tal que no sean abortivos.
3. Cuando concurren hijos de primer grado y de grados ulteriores, suceden aquellos por cabezas, y estos por familias; y de esto pueden ocurrir tres casos.
4. Cómo y cuando suceden los legitimados.
5. Los ilegítimos, no habiendo legítimos, si son naturales, suceden al padre en la sexta parte: mas si son espurios, en nada. A la madre la suceden unos y otros, pero no los sacerdotes ó de punible ayuntamiento.
6. Cómo y cuando suceden los adoptivos.
7. Segundo órden, el de los descendientes que excluyen á los laterales, y los mas cercanos á los mas remotos; siendo de diversas líneas, suceden por líneas, sin distincion de bienes; y siendo no legítimos suceden como los hijos ilegítimos. Los padres adoptantes no suceden por intestado.
8. Tercer órden, el de los laterales: tres reglas respecto de los que sean legítimos.
9. Los ilegítimos suceden de diverso modo cuando la ilegitimidad es de parte de los parientes, y cuando es de parte del difunto.
10. Solo pueden suceder los laterales que están dentro del cuarto grado. Se impugna la indecision de Sala.
11. Los religiosos no pueden suceder por intestado.
12. Con qué deducciones se han de entregar los bienes á los herederos, y qué cantidad deben gastar estos en beneficio del alma del difunto, sin que por este motivo pueda mezclarse nin-

gun juez en inventariar los bienes. 13. No existe ya el juzgado de intestados.

1. Intestado se llama, segun el derecho de las Partidas (1), al que murió sin haber hecho testamento; al que lo hizo nulo; al que aunque hubiese sido válido se le rompió o rescindió en los términos que hemos explicado (2); y finalmente, al que omitió la institucion de heredero, ó la hizo de un modo nulo; porque aunque el testamento subsiste en cuanto á lo demas, segun la ley que tantas veces hemos citado de la Recopilacion (3), para la sucesion se le reputa intestado: en cualquiera de estos casos deben entrar á la sucesion de los bienes aquellas personas que se supone amaba mas el difunto, y son sus parientes; y como estas son de tres clases, á saber, descendientes, ascendientes, y laterales, son tambien tres los órdenes de suceder por intestado (4).

2. El primero es el de los descendientes, y bajo de esta denominacion se comprenden los hijos legítimos, cuyo nombre se dá á los hijos que se llaman *hijos de primer grado*, y á los nietos, biznietos y demas descendientes legítimos, á los que se llaman *hijos de grados ulteriores*, los legitimados, los ilegítimos, y por último los adoptivos. Por lo que hace á los hijos legítimos, suceden todos indistintamente á sus padres con exclusion de otros cualesquiera parientes (5), sin diferencia de grados, pues el nieto y el biznieto son llamados lo mismo que el hijo, con tal que no tengan padre que esté mas inmediato que ellos, y que hayan nacido, ó al menos hayan sido concebidos en vida de su abuelo, ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como se verifica en los póstumos, que suceden cuando han na-

(1) L. 1, tit. 13, P. 6. — (2) Tit. 5 de este lib., nn. 35, 36 y 37. — (3) L. 1, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. — (4) LL. 2 y sigs., tit. 13, P. 6. — (5) L. 3, tit. 13, P. 6.

cido en los términos y con los requisitos que hemos explicado en otra parte (1), pues de otro modo no sucederán ni se subrogarán en el lugar de su padre (2). Tampoco se atiende á la distincion de sexos, y lo mismo suceden los hombres que las mugeres, y esten ó no en la patria potestad (3).

3. Aunque en el llamamiento á la sucesion de los padres no hay diferencia de grados, si la hay para la parte que deben percibir cuando concurren de diversos, pues los del primero suceden *por cabezas*, esto es, en representacion propia, y los de ulteriores *por familias*, esto es, en representacion de sus padres, como hemos explicado ya (4), y deben distinguirse tres casos. 1º Si solo hay hijos de primer grado, todos suceden por cabezas, y á todos corresponden partes iguales. 2º Si solo hay hijos de los grados ulteriores, todos suceden por familias, y se harán de la herencia tantas porciones iguales cuantos sean los hijos representados, sin consideracion al número de nietos ó biznietos que los representen. 3º Si concurren hijos del primer grado y de los ulteriores, los del primero suceden por cabezas, y los de los otros por linages ó familias; y se harán tantas porciones iguales cuantos sean aquellos, y los representados por estos; de manera que si un padre deja dos hijos, sus bienes se dividirán en dos partes iguales, de las que se dará una á cada uno, pues suceden por cabezas. Si en lugar de los hijos deja un nieto de uno, y dos del otro, se harán dos partes, de las que se dará una al nieto único que representa á su padre, y la otra será para los otros dos, siendo la sucesion por familias. Si deja un hijo, y tres nietos de otro, estos llevarán juntos igual porcion á la que lleve aquel, aunque la dividirán entre si en partes iguales, y

(1) Tit. 2, n. 2 del lib. 1, y tit. 5, n. 2 del lib. 2. — (2) Tapia Febrero Novísimo, lib. 2, tit. 2, cap. 9, n. 10. — (3) L. 3, tit. 13, P. 6. — (4) Tit. 5, n. 2 de este libro.

en este caso la sucesion es por cabeza y por familias.

4. Los legitimados, si lo son por subsiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos (1), y si por rescripto ó decreto de la autoridad suprema, es necesario distinguir, si la legitimacion es para suceder, ó no: en este segundo caso nada recibirán; mas en el primero sucederán, si no hay legítimos, ni legitimados por matrimonio, pues habiéndolos no pueden concurrir con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes (2).

5. Los ilegítimos, si son naturales, suceden al padre que no tiene hijos legítimos en la sexta parte del caudal (3), sin que lo impida la viuda del difunto (4), mas si son espurios en nada suceden (5), aunque así á estos como á aquellos, parece equitativo que se les den alimentos del quinto de los bienes, de que pudo disponer el padre, si hubiera hecho testamento. A la madre, no teniendo legítimos, suceden en todos los bienes, no solo los naturales, sino tambien los espurios, con tal que no sean sacrílegos, ni de dañado y punible ayuntamiento (6).

(1) L. tit. 13, P. 4. — (2) L. 10, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 7, tit. 20, lib. 10 de la N. — (3) L. 8, tit. 13, P. 6. Febrero fundado en la ley 10 de Toro, que es la 8 del título 8, del libro 3, de la Recopilacion, ó 6 del título 20, del libro 10 de la Novísima, asienta que la sucesion de los hijos naturales á sus padres que no tienen legítimos debe ser en el quinto de sus bienes, porque eso es lo que esa ley les permite dejarles; pero Tapia observa (\*) que esa ley habla solamente de la sucesion por testamento, y no la cree aplicable al caso del intestado, por lo que se decide por la sexta parte que previene la ley de Partida, conforme á la cual se ha explicado Sala. Alvarez (\*\*) parece inclinarse á la opinion de Febrero en la nota en que cita su doctrina.

(4) L. 9, tit. 13, P. 6. — (5) L. 7, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 5, tit. 20, lib. 10 de la N. — (6) La misma. En el n. 2, del tit. 6, del lib. 1, se explicó quienes son hijos naturales, y en el n. 3, del tit. 3, del lib. 2, los que se llaman espurios.

(\*) Febrero Novísimo, tom. 2, lib. 2, tit. 2, cap. 6, n. 10 y su nota. — (\*\*) Instituciones, lib. 3, tit. 1, § 1.

6. Los adoptivos, si lo son propiamente, suceden en todos los bienes del adoptante, y siendo adrogados en la cuarta parte de los del adrogador (1); mas esto debe entenderse segun los intérpretes (2), y atendidas varias leyes (3), cuando no hay hijos legítimos; pues habiéndolos, en nada suceden (4), y Acevedo es de opinion, que lo mismo debe suceder cuando solo hay ascendientes legítimos y naturales.

7. El segundo orden de suceder por intestado es el de los ascendientes los cuales suceden sin limitacion de grados, y con exclusion de los parientes colaterales; mas no tiene en ellos lugar el derecho de representacion, y debe observarse la siguiente regla: *En la sucesion por intestado, los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos; y si son de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas, y si son de distintas, la dividen por líneas* (5), lo cual no es ni por cabezas, ni por familias, sino un medio entre ambos modos, que algunos autores llaman por líneas; y así, por ejemplo, si el intestado deja abuelo de una parte y bisabuelo de la otra, solo aquel heredará, porque el mas cercano excluye al mas remoto; si concurren los dos abuelos de una parte con los dos de la otra, partirán la herencia por igual, y siendo uno de una parte y dos de la otra, no se dividirá por tercias partes, sino que el uno llevará una mitad, y los otros dos la otra (6). Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de manera que los paternos fuesen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de madre,

(1) LL. 8 y 9, tit. 16, P. 6. — (2) Gregor. Lop. Iglos. 3 de la ley 8, y Pichardo, lib. 3 inst., tit. 1, § 4, n. 4. — (3) LL. 3, tit. 6, lib. 3 y 1, tit. 22, lib. 4, del Fuero Real, y 1 y 10, tit. 8, lib. 3 de la R., que son 1 y 7, tit. 20, lib. 10 de la N. — (4) Acevedo sobre la l. 1, tit. 8, lib. 5 de la R., n. 66. — (5) LL. 4, tit. 13, P. 6 y 1, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 20, lib. 10 de la N. — (6) L. 4, tit. 13, P. 6.

pues toda la herencia se debe partir indistintamente por mitad para cada línea (1), á no ser que haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el descendiente intestado, ó como se explica la ley (2): de tornar los bienes al tronco, ó la raíz á la raíz. Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos ilegítimos á sus padres, madres y demas ascendientes (3); mas si los hijos fueren adoptivos, no les suceden por intestado los padres adoptantes (4), sino sus parientes mas cercanos.

8. El tercer orden es el de los parientes laterales, que entran á falta de descendientes, y de ascendientes con los cuales nunca concurren los laterales segun la ley de la Recopilación (5), que corrige á la de partida (6), que llamaba á los hermanos de ambos lados y sus hijos juntamente con los ascendientes. Por lo que hace á los parientes legítimos, de los que solo hablamos en este párrafo, deben tenerse presentes estos dos axiomas. 1º *En la línea lateral la representación no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos, cuando concurren con sus tíos.* 2º *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el derecho de preferencia por el mayor parentesco ó su doble vínculo, y supuestos ellos, se asientan tres reglas para esta sucesion.* 1ª Los hermanos enteros ó de ambos lados, sean varones, ó mugeres, y sus hijos, excluyen á todos los demas colaterales (7), y suceden los hermanos por cabezas, y los hijos de estos por familias (8). 2ª Si solo hay hijos de hermanos enteros del difunto, que son sus sobrinos, heredarán todos por cabezas, y repartirán entre si con

(1) La misma. — (2) L. 1, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 20, lib. 10 de la N. — (3) L. 8, tit. 13, P. 6. — (4) L. 5, tit. 22, lib. 4 del Fuero Real. — (5) L. 4, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 20, lib. 10 de la N. — (6) L. 4, tit. 13, P. 6. — (7) L. 6, tit. 13, P. 6. — (8) L. 5, tit. 8, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 20, lib. 10 de la N.

igualdad la herencia del tío (1). 3ª Si solamente hubiere medios hermanos del difunto por una línea, estos y sus hijos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternos y los que fueren de madre los maternos (2), y unos y otros partirán con igualdad lo que el difunto adquirió por su industria, arte, ú oficio, ó de otro cualquier modo (3).

9. Mas por lo que hace á los ilegítimos debemos distinguir dos casos, porque ó la ilegitimidad es de parte del difunto, ó de parte de los que deban sucederle. Si el que murió era natural, le sucederán sus hermanos de parte de madre, y los hijos de estos (4), y si algunos de sus hermanos son hijos legítimos, serán preferidos á los que no lo sean, segun se da á entender por el texto de la ley (5), y lo asienta Gregorio Lopez (6), aunque Antonio Gomez defiende lo contrario (7), y añade que los hermanos naturales por ambos lados excluyen á los que lo son solamente por uno, y de esta misma opinion es Gregorio Lopez (8). Y si solo tuviere hermanos por parte de padre, sucederán estos, prefiriéndose los legítimos, si los hay (9). Si el difunto era legítimo, pero no los parientes que dejó, le sucederán los que lo sean por parte de madre (10); mas los de parte de padre estarán del todo excluidos, aunque sean hermanos. Esta opinion que no hemos visto en ninguno de los intérpretes, nos parece muy segura, atendido el tenor de la ley 12 del título 13 de la Partida 6 que dice: *Otro si, decimos, que los hijos naturales non han derecho de heredar*

(1) L. 5, tit. 13, P. 6 y 13, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real. — (2) LL. 5 y 6, tit. 13, P. 6. — (3) Las mismas. — (4) L. 12, tit. y P. cit. — (5) L. 12 citada, vers. *Fueras ende* y sigs. — (6) Greg. Lop. glos. 2 de esta l. 12. — (7) Ant. Gom. en la ley 9 de Toro, nn. 49 y 30. — (8) Greg. Lop. glos. 3 de la ley 12. — (9) L. 12 cit., vers. *Fueras ende*. — (10) La misma.

los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros, que les pertenecen por parte de su padre; pues la palabra legítimos de que usa se refiere claramente á *hijos* que no se repite porque acaba de expresarse, y así es como si dijera: *los hijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los hijos legítimos*, y es claro que los hijos naturales y legítimos de un mismo padre son hermanos entre sí. Las otras palabras de la ley: *nin de los parientes otros*, confirman esta opinion, pues no pueden entenderse sino de personas que sean parientes de los hermanos, y uniéndoseles con la conjuncion *nin* que es exclusiva, el sentido de toda la ley es, que están excluidos de suceder al legítimo sus hermanos naturales, y todos los demas parientes por parte de padre. Gregorio Lopez (1), y Antonio Gomez (2), con otros, defienden la opinion contraria, fundados en que la sucesion debe ser reciproca, y que de consiguiente si el hermano legítimo sucede al natural, este deberá suceder á aquel. Pero ademas de que esta opinion no se conforma con la sentencia de la ley, como hemos visto, es de notar, que si ella hubiera querido establecer la reciprocidad en la sucesion, lo habria expresado así, como lo expresa la 8ª del mismo título 13, hablando de la linea recta. Tampoco se comparan en la ley naturales con naturales, como sucede en la 8ª, sino naturales con legítimos; y es bien notorio ser mejor la condicion de estos, y tal la hace la misma ley 12, y por tanto debe creerse, que quiso esta desigualdad en la sucesion. Por último, aunque es cosa regular que la sucesion sea reciproca, no es indispensable, y así vemos que el adoptado por otro que no sea ascendiente suyo, es su heredero, y no al contrario.

(1) Greg. Lop. glos. 7 de la l. 12, tit. 13, P. 6. — (2) Ant. Gom. en la l. 9 de Toro, n. 48.

10. El derecho de suceder por intestado en los parientes laterales, se extendia conforme á la ley de Partida (1) hasta el décimo grado; pero por disposiciones posteriores (2) está limitado al cuarto, y en defecto de ellos deben pasar los bienes del intestado al fisco, sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, que tenga lugar ya la sucesion de la muger (3). Esta es la opinion de Gutierrez, reformador de Febrero (4), y fue la de Sala en otra obra (5), aunque no le parece tan segura en esta, fundado en el capítulo 9º de la instruccion de 26 de noviembre de 1783 (6), en el 2º de la cédula de 25 de setiembre de 1798, y en un caso práctico que refiere, en el que fueron declaradas herederas por intestado las hijas de dos primos hermanos del difunto con quien estaban en quinto grado. Sobre este último fundamento indica el mismo Sala la respuesta, y es que para esto se sigue la computacion canónica, y Alvarez (7) que opina resueltamente lo mismo que Gutierrez, dice que es dudoso si este cuarto grado se debe computar canónica, ó civilmente. Los otros dos fundamentos nos parecen aun mas débiles, pues el capítulo 9 de la instruccion citada se contrae á fijar los casos en que la justicia real podia tomar conocimiento de las causas de intestado, y previene que los subdelegados reciban informacion de que el difunto falleció sin testamento, y de que no se le conocen parientes dentro del cuarto grado, y con esta justificacion inhíban á la justicia real. Para desvanecer al argumento que Sala forma del capítulo 2º de

(1) L. 6, tit. 13, P. 6. — (2) LL. 3, tit. 9, lib. 1 de la R. ó 3, tit. 20, lib. 10 de la Nov., y 9, tit. 10, lib. 4 de la R. ó 1, tit. 11, lib. 2 de la Nov. — (3) L. 12, tit. 8, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 22, lib. 10 de la Nov. y el art. 7 de la Instruccion de 26 de agosto de 1786, inserta en la l. 6, tit. 22, lib. 10 de la Nov. — (4) Febrero reformado, part. 1, cap. 2, § unic., n. 9. — (5) Instituciones Romano-Hispanas, de suces. cognat., n. 12. — (6) Inserta en la l. 6, tit. 22, lib. 10 de la Nov. — (7) Alvarez, Instituciones, tom. 3, tit. 1, § 3.

la cédula de 25 de setiembre de 1798, que estableció una contribucion sobre los legados y herencias en las sucesiones trasversales, que se conocia con el nombre de *derecho de transversalidad*, ni parece conveniente copiarlo á la letra. *Siendo la sucesion por testamento ó abintestato entre hermanos, hermanas, tíos, tías, sobrinos y sobrinas, contribuirán uno y medio por ciento: si entre parientes de los demas grados hasta el cuarto inclusive, dos por ciento: si entre otros parientes de grados mas remotos, tres por ciento, y seis por ciento siempre que la herencia, ó el legado sea á favor de personas extrañas, cuerpos, comunidades, y demas manos muertas; y por su tenor se conoce que hablando en su principio de la sucesion por testamento, ó por intestado, se contrajo despues á solo la que proviene de testamento, pues habla de la de personas extrañas, que no suceden por intestado; y debe inferirse que nada innovaba respecto de lo establecido para la sucesion de los parientes, cuando menciona á los de grados mas remotos que el cuarto, sino que los supone llamados por testamento.*

11. Aunque está permitido á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, ser herederos por testamento (1), se les ha prohibido expresamente suceder por intestado á sus padres ó parientes, por su absoluta incapacidad personal, y por su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos sus derechos temporales (2), quedando por consecuencia sin accion los conventos á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representacion, ni otro alguno. La razon de esta prohibicion milita igualmente para la sucesion por testamento; y aunque Sala parece inclinarse, á que atendiendo el espíritu de la ley podría

(1) Cédulas de 29 de noviem. de 1796 y 29 de abril de 1804. — (2) L. 17, tit. 20, lib. 10 de la Nov. que es la pragmática de 6 de julio de 1792.

hacerse extender la prohibicion á la institucion de los religiosos por testamento, no estando expresamente derogada la habilitacion que les conceden otras leyes, no creemos se pueda sostener esa opinion, aunque no negamos su conveniencia.

12. Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar á aquellos que tienen derecho á sucederles del modo y con el orden explicado; mas en las sucesiones trasversales se previno (1) se deduzca de los bienes libres el dos por ciento para la hacienda pública, sin distincion de grados, exceptuándose expresamente las sucesiones entre ascendientes ó descendientes (2). Los herederos por intestado deben invertir algunos bienes en beneficio del alma del difunto; mas para saber cuanto debe ser, es necesario hacer distincion de casos, y herederos. Estos, ó son legitimos y forzosos, ó trasversales, y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, y el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son descendientes ó ascendientes, ya haya fallecido el pariente absolutamente intestado, ó ya bajo poder para testar sin que el comisario usase de él en el tiempo prefinido por las leyes, no están obligados á distribuir todo el quinto por su alma, sino á pagar los funerales, y aplicarle los sufragios que sean de costumbre en el pais, atendido el caudal, calidad y circunstancias del difunto, sin que para esto haya de hacer el juez el inventario de los bienes (3); y lo mismo debe decirse de los trasversales, que heredan al que murió absolutamente intestado; pero si heredan al que falleció bajo poder para testar del que no usó el comisario en el tiempo de la ley, deben invertir el quinto integro en beneficio del alma.

(1) Cédula de 11 de junio de 1801, art. 5 del reglamento inserto. — (2) Art. 1 del mismo. — (3) L. 16, tit. 4, lib. 3 de la R. 644, tit. 20, lib. 10 de la Nov.

del difunto (1); y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compelerá á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en inventariar los bienes (2). Mas esta prohibicion que tienen los jueces para mezclarse en formar inventario de los bienes del intestado que deja descendientes, ó ascendientes, debe entenderse, como lo indica la ley, limitada al caso de que pretendan hacerlo porque el heredero no aplique lo que debe en beneficio del alma del difunto; pues siendo menor el heredero, ó estando ausente, podrá el juez formar el inventario, concurriendo personalmente siempre que sea necesario por haberse de contar dinero ó inventariar alhajas preciosas, sin gastar en ello mas de dos dias, ni percibir mas derechos que treinta reales por mañana y otros tantos por tarde (3).

13. Para el conocimiento de las testamentarias, y recaudacion y distribucion de los bienes de los que morian intestados sin dejar notoriamente herederos, ó con testamento pero con herederos que vivian fuera del distrito de cada audiencia, se estableció, el  *juzgado de bienes de difuntos* , de cuya ereccion y facultades se trata largamente en el titulo 32 del libro 2 de la Recopilacion de Indias, y en la Recopilacion de Beleña desde el núm. 119 hasta el 132 del último foliage. Mas habiéndose extinguido los juzgados privativos por la ley de 9 de octubre de 1812, se devolvió el conocimiento de los intestados á los jueces de primera instancia conforme el art. 32 del cap. 2. Las diligencias que deben

(1) La misma. — (2) Cédula de 20 de junio de 1766 en que se inserta la pragmática de 2 de febrero del mismo año, y es la ley 14, tit. 20, lib. 10 de la Nov. — (3) En apoyo de esta doctrina cita Sala á Febrero, que la funda en el arancel de Tenientes de Corregidor de Madrid de 11 de abril de 1768. Febrero de Tapia, tom. 6, tit. 1, cap. 1, n. 12.

practicarse en el caso de un intestado que no deje herederos, se explican en el lib. 3.

### APENDICE.

SOBRE LAS DEDUCCIONES QUE DEBEN HACERSE DE UN CAUDAL MORTUORIO, Y LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE QUE SOBREVIVE.

1. Debe deducirse la dote: cómo y cuándo debe pagarse, y su calidad privilegiada.
2. Se deducen los parafernales y extradotales.
3. El capital llevado al matrimonio.
4. El cónyuge que sobrevive tiene derecho á la mitad de los gananciales: deducciones que deben hacerse de estos, y de dónde han de sacarse los gastos de la testamentaria.
5. La viuda tiene derecho: 1.º á las arras ó donas á su eleccion: en qué tiempo la ha de hacer, y cómo han de deducirse: 2.º al futo: de dónde se ha de sacar, y cuándo debe restituirla: 3.º al lecho cotidiano: de dónde se saca, y si debe restituirse.
6. En qué casos tiene derecho á los alimentos, y de qué fondos se han de sacar.
7. Por una ley de Partida lo tiene tambien á la cuarta marital: en qué consiste esta, y si se extiende al viudo pobre. Sala opina que subsiste este derecho, mas Alvarez es de opinion contraria.
8. El cónyuge que sobrevive, si contrae de nuevo matrimonio, tiene obligacion de reservar para los hijos del anterior cierta clase de bienes: cuáles son estos.
9. Estos bienes se dividirán entre los hijos de aquel matrimonio por iguales partes; y qué deberá hacerse si el padre los engena.
10. Casos en que cesa la obligacion de reservarlos.

1. Para concluir la materia de testamentos creemos oportuno dar una breve idea de las deducciones que deben hacerse de un caudal mortuario, explicando al

mismo tiempo los derechos y obligaciones que el cónyuge que sobrevive tiene con respecto á los bienes del otro. La primera deducción que debe hacerse es la de la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido. La devolución de la dote deberá hacerse, como hemos dicho en otra parte (1), por los herederos, comisarios ó ejecutores del testamento, inmediatamente si los bienes dotales eran raíces, ó dentro de un año si eran muebles (2), á no ser que se pactase otra cosa en la carta de dote (3); y los frutos de la dote pertenecen á la viuda desde la muerte de su marido, si no es que consista en dinero, cuyo producto es del que negocia con él (4); y este derecho de la muger pasa á sus herederos, si muere sin hijos antes que su marido, aunque cesa en los casos que hemos explicado (5). La acción de la muger por su dote contra los bienes del marido, es hipotecaria (6), y su pago es preferente á los demás créditos, aunque sean hipotecarios privilegiados (7), entre los que ella es el primero, y á los que solo prefieren los singularmente privilegiados, de que hablaremos despues, como tambien del derecho de la viuda á los alimentos.

2. En segundo lugar se deben deducir los bienes parafernales ó extradotales, de que hemos hablado en otra parte (8), que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y á que es responsable el marido, si ella se los entregó. Si este los enagenó con consentimiento y para utilidad de su muger, como por ejemplo para satisfacer alguna deuda de ella, no tiene lugar la deducción despues de muerto el marido, debiendo tenerse presente que no se llama utilidad de la muger el haber

(1) N. 12, del tit. 3, del lib. 1. — (2) L. 31, tit. 11, P. 4. —  
 (3) Gomez en la ley 30 de Toro, n. 46. — (4) El mismo, n. 47. —  
 (5) N. 12, del tit. 3, del lib. 1. — (6) LL. 17 y 23, tit. 11, P. 4. —  
 (7) L. 33, tit. 13, P. 3. — (8) N. 14, del tit. 3, del lib. 1.

gastado sus parafernales en alimentarla, porque el marido tenia obligacion de hacerlo (1); mas si la enagenacion se hizo sin consentimiento de la muger, podrá esta repetirlos del comprador, ó de los bienes que dejó su marido, sea que la enagenacion se hiciese por el justo precio, ó por menor, y haya habido ó no gananciales; y ademas se le deberán satisfacer los daños é intereses por haberse enagenado contra su voluntad. Igualmente se deberán deducir los bienes extradotales que acredite la muger haber recaido en ella durante el matrimonio por testamento, ó por intestado, ó por cualquiera otro titulo lucrativo; y si en la escritura de dote se obligó el marido á tener por aumento de ella esos bienes hereditarios, deberán deducirse con los dotales, y ántes de los parafernales; pero los frutos de estos se han de dividir entre los dos cónyuges (2).

3. Deducidos del cuerpo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger, ó su importe si no existen, se deben bajar, si hay gananciales, los bienes que se acredite haber llevado el marido al matrimonio; mas si los gananciales son solo aparentes porque resulten comprados ó adquiridos muchos bienes, pero al mismo tiempo tantas deudas que excedan al importe de estos, se deducirán primero las deudas que el capital del marido, al que se aplicará únicamente el residuo. Si ninguno quedare, porque las deudas consuman el capital y los gananciales, no deberá pagar ninguna parte de ellas la muger, sino solo el marido, aunque nada le quede. (R)

4. El cónyuge que sobrevive tiene derecho á la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio, y hechas en su caso las deducciones que hemos explicado; mas ántes de hacer la aplicacion de esa mi-

(1) L. 9, tit. 3, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 11, lib. 10 de la N. —  
 (2) LL. 4 y 5, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 3 y 5, tit. 4, lib. 10 de la N. Febrero de Tapia, cap. 3, del tit. 2, del tom. 6.

tad, deben deducirse las cargas que sean de la compañía, y hemos explicado en otra parte (1), y las deudas que ella ocasiona. Por lo que hace á las costas de inventarios, avalúos, particion y demas diligencias hasta entregar á cada partícipe el testimonio de su haber, ó adjudicacion, asienta Febrero (2) que la viuda nada debe pagar de estos gastos por su dote, arras, si las hubo, lecho cotidiano y luto que la ley le concede, pues en todo esto es acreedora de los bienes de su marido, pero no es lo mismo por la parte de gananciales, que demanda como socio de la compañía que se ha disuelto por la muerte del otro socio; y así es que si solo hubo gananciales, los derechos de que hablamos se pagarán por mitad por la viuda y los herederos del difunto; y si no hubo ningunos, nada deberá pagar la muger, á ménos que sea legataria, que pagará con proporecion á su legado. Por lo que hace á los herederos, si son forzosos y no hubo mejora, pagarán todos con igualdad; pero si hubo mejora, ó por ser extraños han sido instituidos en porciones diversas, pagarán á proporecion de su respectivo haber; y en estos no se comprenden los derechos que se causen por el discernimiento de tutela, curaduría, ó defensoria de algun menor ó ausente, pues estos los deberá pagar el interesado en ellos.

5. Tiene ademas la viuda derecho contra los bienes de su marido: 1º por las arras ó donas, segun ella elija, debiendo hacerlo dentro de veinte dias despues de requerida por los herederos ó albaceas del difunto, y si pasado el término no eligiere, pierde el derecho de hacerlo, y recibirá la que aquellos quieran darle de las dos cosas; si no hubo arras, tiene derecho á lo que el esposo le dió siendo desposados (3). Si ella incorporó

(1) N. 23, del tit. 3, del lib. 1. — (2) Febrero de Tapia, nn. 12, 13 y 14, del cap. 7, del tit. 2, del tom. 6. — (3) LL. 1, 2 y 4, tit. 2, lib. 3 de la R. 66, 1 y 3, tit. 3, lib. 10 de la N.

las arras en la carta dotal, deberán deducirse del cuerpo del caudal juntamente con la dote: si no las incorporó en la dote, pero las llevó al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, se deducirán despues de la dote al tiempo que las parafernales. Y si solamente le fueron ofrecidas y hubo gananciales despues de haber deducido la dote, los parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido, y la mitad de gananciales que corresponde á la muger, la otra mitad se une al capital del marido, y de esta suma se deduce la décima parte que es la tasa de las arras; si no hubo gananciales, se deduce solamente del capital del marido (1): 2º por el luto que deberán darle los herederos de su marido, y si casare dentro del año de la viudedad y el luto fuere apreciable, estará obligada á restituirlo en el estado en que se halle. Su importe no debe deducirse del caudal inventariado, pues entónces costearia ella la mitad, sino del propio del marido y no del quinto de este, segun prueba Febrero (2) con varias razones y citando á diversos autores: 3º por el lecho cotidiano y decente conforme á su estado y calidad, que le concede la ley (3), mas con la obligacion de restituirlo, si vuelve á casarse, en el estado en que se halle. Febrero (4) dice que si hubo gananciales, debe deducirse del cúmulo de ellos, y entónces en caso de restitucion solo debe hacerse de la mitad; mas si no los hubo, debe sacarse del caudal del marido y restituirse integro llegado el caso. Para la facilidad de esta restitucion es muy conveniente avaluarlo al tiempo de la muerte del cónyuge.

6. Sobre los alimentos de la viuda es necesario distinguir diversos casos. Si queda embarazada, se le de-

(1) Febrero de Tapia, nn. 4 y 5, cap. 12, tit. 2, del tom. 6. — (2) Febrero de Tapia, n. 2, cap. 13, tit. 2, del tom. 6. — (3) L. 6, tit. 6, lib. 3, del Fuero Real. — (4) Febrero de Tapia, nn. 7 y 8, cap. 13, tit. 2, del tom. 6.

ben dar de los bienes del marido, aun cuando ella los tenga propios, y se le haya restituido la dote, pues se dan verdaderamente al postumo que debe ser alimentado con los bienes de su padre, guardándose las precauciones que previene la ley 17 del tit. 6 de la Partida 6 para evitar el fraude, aunque, como advierte Febrero (1), no todas son necesarias, y deberá estarse á la costumbre. Si no queda embarazada, pero si con hijos que viven con ella, lo gastado y consumido por todos en sus alimentos se ha de deducir del cúmulo del caudal inventariado (2); si ni quedó embarazada ni con hijos en su compañía, se debe distinguir si trajo dote y hay gananciales ó no. Si ni trajo dote ni hay gananciales, no se le deben alimentos; si hubo gananciales, se le darán, descontándosele de la parte que le corresponda; y si trajo dote, se le darán los alimentos durante la retención de aquella, si en efecto se retuviere, pero no se sacarán del caudal del marido, porque aunque este es deudor de la dote, y la viuda acreedora por ella, ninguna ley manda que el deudor alimente á su acreedor, sino de cuenta de los herederos, porque la dote, interin no se restituye, retiene los privilegios que tenía durante el matrimonio, y como uno de ellos es la obligacion de alimentos en el marido, tienen la misma sus herederos mientras no la restituyen (3); mas esto se entiende por solo el año en que legalmente pueden retener la dote, y pasado él, cesa la obligacion por la accion que tiene la viuda para obligarlos judicialmente á la devolucion; y si pedida no se la entregaren, podrá exigir los intereses de dote retardada (4).

7. La ley 7 del título 13 de la Partida 6 da á la viuda pobre derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legitimos, y esta es la que

(1) Febrero de Tapia, n. 2, cap. 14, tit. 2, del tom. 6. — (2) El mismo, n. 3. — (3) Gomez en la ley 30 de Toro, n. 48. — (4) El mismo, vers. *Post annum vero*.

se llama *cuarta marital*, la cual no es matemática, pues puede pasar de cien libras de oro, sea cual fuere el caudal del marido (1), aunque Gutierrez (2) opina que debe estarse á la práctica de los tribunales. Algunos autores extienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su muger; mas Febrero (3) asienta que la práctica ha sido contraria. La cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, como deuda legal á cuyo pago están sujetos, aun cuando el marido haya muerto bajo de testamento, si no es que fuese tan rico que dejando ménos á su muger, fuese bastante para su cómoda subsistencia, segun lo indican las palabras de la ley que dice: *que si non dejare á tal muger en que pudiere bien y honestamente vivir*. Este derecho no se puede entender derogado por las leyes de la Recopilacion que hablan de la sociedad legal, aunque posteriores á la de Partida que lo establece; porque aquellas nada previenen en perjuicio de los acreedores cual es la muger. Alvarez (4) sin embargo opina que no subsiste supuesta la ley 1 del título 8 del libro 5 de la Recopilacion, que es la 1 del título 20 del libro 10 de la Novisima, por la que se establece el derecho de los ascendientes y descendientes para heredarse recíprocamente *en todos sus bienes*, y que para el objeto de la ley de la Partida, que fué que la viuda no se viese por la muerte de su marido reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, puede bastar la mitad de gananciales á que tiene derecho. La cuarta marital está sujeta á la reserva de que vamos á hablar.

(1) Del valor de estas libras habla Cobarruvias *de veter. num.*, col., cap. 6 y Antonio Gomez 2, var., cap. 4, n. 6. Segun Escobar *de ratiocin. comput.*, un. 16 y 17, y *comput.* 25, cada libra tiene 62 castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos 483 maravedis. — (2) Gutierrez *de jur. confirm.*, part. 1, cap. 4. — (3) Febrero de Tapia, n. 52, cap. 9, tit. 2, lib. 2, tom. 1. — (4) Alvarez, lib. 3, tit. 1, § 1 en la nota.

8. El cónyuge que sobrevive, sea el varón (1) ó la mujer, si contrae de nuevo matrimonio, tiene obligación de reservar á favor de los hijos del anterior cierta clase de bienes, que son todos los que hubo de su marido (hablando respecto de la viuda, lo que en su caso debe entenderse del varón) por arras, testamento, fideicomiso ó legado, donación entre vivos, ó por causa de muerte, ó por cualquier otro título lucrativo, aunque ántes de casarse se los haya donado francamente, y pertenezcan á la que llaman *sponsalitia largitas*. En virtud de esta obligación no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos, ni disponer de ellos entre los hijos del siguiente matrimonio, ni entre otros parientes ni extraños, pues pierde la propiedad de ellos, y solo conserva el usufructo mientras viva, aunque sus hijos sean casados y velados, debiendo usar de ellos á arbitrio de buen varón, y quedando hipotecados tácitamente á su responsabilidad todos los demás bienes que tenga (2). Deben reservarse igualmente los bienes adquiridos por los padres en virtud de sucesión intestada de alguno de sus hijos (3), entendiéndose esto de los que el hijo había heredado de su padre ó madre difunta, y no de los que hubo por otra parte (4), y también los adquiridos por la mujer por donación de los parientes y amigos de su marido (5). Mas no se extiende la obligación de reservar á los adquiridos por testamento de alguno de los hijos, ó por algun otro acto voluntario de ellos (6), ni tampoco á la mitad de ganancias que debè haber por la muerte del cónyuge (7), por la razón que da Antonio Gomez (8) de que

(1) L. 3, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 7, tit. lib. 10 de la N. — (2) L. 26, tit. 13, P. 5. — (3) L. 4, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real. — (4) Gomez en la ley 13 de Toro, n. 4. — (5) El mismo en la ley citada, n. 7. — (6) El mismo, n. 2. — (7) L. 6, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 4, lib. 10 de la N. — (8) Gomez en la ley 14 de Toro, n. 4.

estos le pertenecen al cónyuge, no por la voluntad del otro, sino por disposición de la ley.

9. Los bienes reservados se deben dividir con igualdad entre los hijos, sin que pueda darse por el padre mas á uno que á otro (1); y si algunos se enagenaren por el que debia reservarlos, se sostendrá la enagenación durante su vida, y se revocará en su muerte, porque podria suceder que sus hijos muriesen ántes, en cuyo caso subsistiria la enagenación (2).

10. Como el fundamento de la reservación es el agravio que se supone hace al cónyuge difunto el que sobrevive pasando á otro matrimonio, y el fin procurar que los hijos de aquel no resulten perjudicados por el nacimiento de los del último, cesa la obligación de reservar, si cuando muere el cónyuge que debió hacerlo, ya no existen los hijos, á menos que hayan dejado descendientes, en cuyo favor subsistiria la obligación (3). Cesa también si el cónyuge que murió primero dió su consentimiento ó beneplácito al que le sobreviva para que contrajese otro matrimonio, y también si este se contrae de consentimiento de los hijos á quienes debia aprovechar la reservación (4). Se disputa entre los autores, si bastará que el consentimiento sea tácito, y Acevedo (5) se inclina á la afirmativa, con tal de que esté comprobado con algun hecho. En estos casos retiene el cónyuge la propiedad que deberia perder por el nuevo matrimonio (6). Se disputa igualmente si estaria obligada á la reservación la viuda que sin pasar á otro matrimonio viviese injuriosamente; y aunque Antonio Gomez (7) se decide por la negativa, nos pa-

(1) El mismo en la ley 13, n. 3. — (2) El mismo en esta ley, n. 5. — (3) Acevedo en la l. 4, tit. 4, lib. 3 de la R., n. ult. — (4) Gomez en la ley 14 de Toro, n. 6. — (5) Acevedo en la ley 4, tit. 4, lib. 3 de la R., n. 36. — (6) Acevedo en el lugar citado y Gomez en la ley 14, n. 3. — (7) Gomez en la misma ley 14, n. 16.

rece mas fundada la afirmativa que defiende Acevedo (1).

### TITULO IX.

#### DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tit. 46, lib. 5 de la R. Tit. 4, lib. 40 de la N.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Obligación: se define.   | 20. Literales.   |
| 2. Su división.   | 21. Unilaterales.  |
| 3. Se explica la <i>puramente natural</i> .   | 22. Bilaterales.   |
| 4. La <i>puramente civil</i> .  | 23. Cuáles se llaman <i>stricti juris</i> , cuáles de buena fe, y por qué razón.   |
| 5. La <i>mixta</i> .  | 24. Acciones que hay en los contratos bilaterales y en los unilaterales.   |
| 6. La que nace inmediatamente de la equidad natural.  | 25. Cómo son estas acciones.   |
| 7. La que nace de hecho.  | 26. Las obligaciones <i>mixtas</i> son en rigor las verdaderas.  |
| 8. Convención: se define.   | 27. Lo que basta entre nosotros para que el pacto produzca obligación.   |
| 9. Contrato: qué es.  | 28. Pactos reprobados por derecho.   |
| 10. Nombre y causa: se explica lo que son. Causas de que nace obligación por derecho.                         | 29. En los contratos se deben distinguir unas cosas <i>esenciales</i> y otras <i>accidentales</i> . Cuáles son unas y otras. |
| 11. Consentimiento: de cuántas maneras puede ser. Reglas de equidad natural sobre el consentimiento presunto. | 30. <i>Prestación del daño</i> . Qué es daño. Puede hacerse por dolo, por culpa ó por caso fortuito.                         |
| 12. División de los contratos.  | 31. Regla única en cuanto al dolo.   |
| 13. Qué son contratos verdaderos.   | 32. Qué es culpa lata, leve y levisima.  |
| 14. Cuasi contratos.  |  |
| 15. Nominados.  |  |
| 16. Innominados.  |  |
| 17. Especies de estos.  |  |
| 18. Contratos reales.   |  |
| 19. Consensuales.   |  |

(1) Acevedo en la 4 citada, n. 10 y siguientes.

- que esta conste á los interesados, ni en las de herencia ántes de pasados los nueve dias de la muerte del testador.
44. Disposición del derecho romano que está en práctica sobre transacciones de alimentos futuros que se deben por testamento.
45. La transacción respecto de los delitos es permitida cuando se trata de ellos civilmente. Delitos en que es permitida aun en lo criminal. Efectos que produce respecto de estos.
46. Inteligencia de una ley recopilada que parece que alteró la de Partida que habla de transacciones en los delitos.
47. Efectos de la transacción en los delitos que no merezcan muerte ni pérdida de miembro.
48. Causas porque se puede revocar la transacción.
33. Hay contratos útiles al que dá, otros al que recibe y otros á los dos.
34. Reglas sobre la prestación de la culpa.
35. Regla sobre el caso fortuito.
36. Transacción, pertenece á los contratos innominados.
37. Qué es transacción.
38. En qué términos se puede extender á todos los pleitos y desavenencias de los litigantes.
39. Es de los contratos *stricti juris*.
40. Quiénes no pueden celebrarla. Como han de estar autorizados los procuradores para poder hacerla.
41. Casos en que es nulo este contrato.
42. Requisitos indispensables de la transacción.
43. No puede haber transacción en las causas matrimoniales, ni en las de legados y herencias por disposición testamentaria ántes de
1. Obligación es segun la ley (1), una necesidad moral que nos impone el derecho, de dar ó hacer alguna cosa. De esta definición se deduce el siguiente axioma: La obligación no pasa de la persona que la contrae. De suerte que en virtud de ella nunca se tiene acción contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó.
2. Las obligaciones se dividen en puramente natura-

(1) Arg. de la l. 3, tit. 42, P. 5.

rece mas fundada la afirmativa que defiende Acevedo (1).

### TITULO IX.

#### DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tit. 46, lib. 5 de la R. Tit. 4, lib. 40 de la N.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Obligación: se define.   | 20. Literales.   |
| 2. Su división.   | 21. Unilaterales.  |
| 3. Se explica la <i>puramente natural</i> .   | 22. Bilaterales.   |
| 4. La <i>puramente civil</i> .  | 23. Cuáles se llaman <i>stricti juris</i> , cuáles de buena fe, y por qué razón.   |
| 5. La <i>mixta</i> .  | 24. Acciones que hay en los contratos bilaterales y en los unilaterales.   |
| 6. La que nace inmediatamente de la equidad natural.  | 25. Cómo son estas acciones.   |
| 7. La que nace de hecho.  | 26. Las obligaciones <i>mixtas</i> son en rigor las verdaderas.  |
| 8. Convención: se define.   | 27. Lo que basta entre nosotros para que el pacto produzca obligación.   |
| 9. Contrato: qué es.  | 28. Pactos reprobados por derecho.   |
| 10. Nombre y causa: se explica lo que son. Causas de que nace obligación por derecho.                         | 29. En los contratos se deben distinguir unas cosas <i>esenciales</i> y otras <i>accidentales</i> . Cuáles son unas y otras. |
| 11. Consentimiento: de cuántas maneras puede ser. Reglas de equidad natural sobre el consentimiento presunto. | 30. <i>Prestación del daño</i> . Qué es daño. Puede hacerse por dolo, por culpa ó por caso fortuito.                         |
| 12. División de los contratos.  | 31. Regla única en cuanto al dolo.   |
| 13. Qué son contratos verdaderos.   | 32. Qué es culpa lata, leve y levisima.  |
| 14. Cuasi contratos.  |  |
| 15. Nominados.  |  |
| 16. Innominados.  |  |
| 17. Especies de estos.  |  |
| 18. Contratos reales.   |  |
| 19. Consensuales.   |  |

(1) Acevedo en la 4 citada, n. 10 y siguientes.

- que esta conste á los interesados, ni en las de herencia ántes de pasados los nueve dias de la muerte del testador.
44. Disposición del derecho romano que está en práctica sobre transacciones de alimentos futuros que se deben por testamento.
45. La transacción respecto de los delitos es permitida cuando se trata de ellos civilmente. Delitos en que es permitida aun en lo criminal. Efectos que produce respecto de estos.
46. Inteligencia de una ley recopilada que parece que alteró la de Partida que habla de transacciones en los delitos.
47. Efectos de la transacción en los delitos que no merezcan muerte ni pérdida de miembro.
48. Causas porque se puede revocar la transacción.
33. Hay contratos útiles al que dá, otros al que recibe y otros á los dos.
34. Reglas sobre la prestación de la culpa.
35. Regla sobre el caso fortuito.
36. Transacción, pertenece á los contratos innominados.
37. Qué es transacción.
38. En qué términos se puede extender á todos los pleitos y desavenencias de los litigantes.
39. Es de los contratos *stricti juris*.
40. Quienes no pueden celebrarla. Como han de estar autorizados los procuradores para poder hacerla.
41. Casos en que es nulo este contrato.
42. Requisitos indispensables de la transacción.
43. No puede haber transacción en las causas matrimoniales, ni en las de legados y herencias por disposición testamentaria ántes de
1. Obligación es segun la ley (1), una necesidad moral que nos impone el derecho, de dar ó hacer alguna cosa. De esta definición se deduce el siguiente axioma: La obligación no pasa de la persona que la contrae. De suerte que en virtud de ella nunca se tiene acción contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó.
2. Las obligaciones se dividen en puramente natura-

(1) Arg. de la l. 3, tit. 42, P. 5.

les, puramente civiles, ó mixtas (1); y en unas que nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras que nacen de ella mediante algun hecho que produce obligacion.

3. Obligacion *puramente natural* es la que nace del derecho natural, sin estar apoyada por el civil; por ejemplo, la que producen entre nosotros los esponsales contraidos sin escritura pública.

4. Obligacion *puramente civil* es la que nace del derecho civil sin estar apoyada por el natural; por ejemplo, la que produce el contrato literal.

5. Obligacion *mixta* es la que nace de los derechos natural y civil; por ejemplo, la obligacion de pagar el precio prometido (2).

6. Obligacion que nace inmediatamente de la equidad natural, es la que se produce siempre que se exige alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios: 1º *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa que ningun daño le trae á él, y aprovecha al otro.* 2º *Todo hombre está obligado á hacer lo que debe segun la recta razon.* Por ejemplo, el poseedor de una cosa está obligado en virtud del primer principio á mostrarla á otro cuando se lo pide para investigar si es la suya que ha perdido. El padre está obligado en virtud del segundo principio á alimentar á su hijo. En ninguno de estos casos interviene hecho alguno que produzca la obligacion, y por eso se dice que esta nace inmediatamente de la equidad natural.

7. Obligacion que nace de hecho es la que proviene de convencion ó delito. De estas segundas se tratará en el titulo XXII.

8. La convencion es en derecho lo mismo que pacto, y se define así: *Consentimiento por el cual dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa.* Se dice que es

(1) L. 3, tit. 12, P. 3. — (2) L. 3, tit. 12, P. 3.

*consentimiento*, porque sin este no hay hecho obligatorio licito. Ha de ser entre *dos ó mas*, porque uno solo no se puede obligar respecto de sí mismo. Se ha de *convenir en dar ó hacer algo*, porque de lo contrario no habria objeto para la convencion; y se puede *convenir en no dar ó no hacer algo*, cuyas convenciones se llaman pactos remisorios. *La convencion*, segun queda definida, se llama tambien pacto nudo.

9. *La convencion que tiene nombre y causa, se llama contrato*, y es lo mismo que el pacto no nudo ó vestido.

10. Para entender esta definicion, es necesario saber qué es *nombre* y qué es *causa*. Por *nombre* entendemos aquel con que se determina el contrato de que se habla, y del cual toma nombre la accion que él produce. Por *causa* entendemos una cosa presente de la cual nace obligacion por derecho. Estas *causas* no son mas que tres, á saber: *la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento.* Así por ejemplo, la *venta* es una convencion que tiene este nombre, y produce la accion de *compra y venta*; y tiene *causa*, que es el consentimiento. Por eso la *venta* es un *contrato*.

11. Todo contrato, como que es convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser verdadero y expreso, ó ficto, que se llama tambien presunto. Este último se funda en las siguientes reglas de equidad natural. 1ª *Ninguno se presume que quiere sin razon alguna enriquecerse á costa de otro.* 2ª *El que quiere lo que antecede, no debe rehusar lo que se sigue.* 3ª *Se presume que cualquiera ha de aprobar lo que redunde en utilidad suya.*

12. Los contratos unos son *verdaderos* y otros se llaman *cuasi contratos*. Son *nominados ó innominados, reales, consensuales ó literales; unilaterales ó bilaterales.*

13. Los *verdaderos* son los que nacen del consentimiento verdadero y expreso.

14. Los *cuasi contratos* son los que nacen del consentimiento ficto ó presunto. De estos se tratará en el título XXI.

15. Los *nominados* son contratos verdaderos que tienen nombre y causa. Estos producen acción que lleva su mismo nombre.

16. Los *innominados* son contratos verdaderos que tienen causa, pero carecen de nombre. Estos no producen acción especial.

17. Los contratos innominados son de cuatro especies, que los romanos expresaban así: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias*, expresiones que entre nosotros se han adoptado traducidas literalmente en estos términos: *te doy porque me des; te doy porque me hagas; te hago porque me des; te hago porque me hagas*. Aunque pudiera decirse que los contratos nominados pueden comprenderse bajo estas cuatro formas, pues por ejemplo, la compra y venta no es otra cosa que *te doy porque me des*; pero realmente no es así, porque en los contratos nominados interviene precisamente moneda; y en los innominados, ó no interviene, ó no es como precio ó merced, sino como honorario que no es necesario que esté definido por pacto.

18. Contratos *reales* son los que se perfeccionan por la tradición de la cosa.

19. *Consensuales* los que se perfeccionan por solo el consentimiento.

20. *Literales* los que se perfeccionan por letras solemnes (1).

(1) Esta definición trae Álvarez (tom. 3, tit. 14) quien la tomó de las *Recitaciones de Heineccio* (lib. 3, tit. 14. *De obligationibus*), en las cuales (lib. 3, tit. 22. *De litterarum obligationibus*) la obligación de letras se define así: *Contractus quo quis qui chirographo*

21. *Unilaterales* son aquellos en que una sola persona de las que contraen queda obligada, como en el mutuo.

22. *Bilaterales* son aquellos en que ambos contrayentes quedan obligados como en la compra y venta.

23. Los unilaterales se llaman también del derecho riguroso (*stricti juris*) y los bilaterales se llaman de buena fé, no porque esta pueda faltar en aquellos, sino porque en los primeros nada más se puede pedir que lo que expresamente se prometió; y en los segundos se debe todo lo que dicta la equidad, aunque no se haya pactado expresamente: por ejemplo, en el mutuo no se cobran las usuras, si no se prometen, porque es contrato de riguroso derecho; pero en la compra y venta, el comprador que dilata el pago está obligado solo por esto á las usuras, porque es contrato de buena fé.

24. En los contratos bilaterales hay dos acciones, por lo mismo que ambos contrayentes quedan obligados; y en los unilaterales no hay más que una, porque uno solo de los contrayentes queda obligado.

25. Las dos acciones que nacen de los bilaterales,

*se ex mutuo debere factus est, cumque intra biennium non retractavit, ex his ipsis litteris obligatur et conveniri potest, etiamsi pecuniam numeratam non acceperit.* Esto es conforme á la l. 9. tit. 1. P. 3. El mismo Álvarez citando esta ley dice despues (tit. 22), que la obligación de letras es un contrato, por el cual, el que confiesa por medio de un vale ó otro instrumento (la ley dice carta) que ha recibido cierta cantidad por causa de mutuo y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago aunque no haya recibido el dinero que se menciona. Heineccio en el tit. citado *De obligationibus* dice así: *Qui contractus per solemnes litteras capit substantiam dicitur contractus litteralis, quem primus Justinianus in hodiernam formam redegit.* Parece pues que esta definición es la del contrato literal antiguo, y la otra la del mismo contrato según su actual forma.

ó son ambas directas, ó lo es una sola, y la otra es contraria. Son ambas directas cuando la obligación de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato: por ejemplo, en la compra y venta los dos contrayentes quedan obligados desde el principio en virtud del mismo contrato, y de ahí nacen las dos acciones llamadas de *compra y venta* que son directas. Es una directa y la otra contraria, cuando uno de los contrayentes se obliga desde el principio y el otro después: por ejemplo, en el mandato solamente el mandatario queda obligado desde el principio en virtud del contrato; pero el mandante podrá estarlo después, porque el mandatario hiciese algunos gastos por él, ó recibiese daño por causa de la ejecución del mandato. La acción contra el mandatario es directa, y la que se da contra el mandante es contraria. Regla general: *toda acción contraria se da para indemnizarse.*

26. Debe advertirse que en rigor no hay verdaderamente mas obligaciones que las *mixtas*, porque son las que producen todo su efecto. Las *puramente civiles* no producen ninguno por lo regular, pues se rescinden por la *restitucion in integrum*. Las puramente naturales solo producen excepcion y no acción (1).

27. Entre nosotros (2) todo pacto que es conforme á derecho produce obligación, siempre que conste la vo-

(1) Alvarez, lib. 3, tit. 14, Heinec. Recitat., lib. 3, tit. 14 de obligat.

(2) Ley 2, tit. 16, lib. 5 de la R. ó tit. 1, lib. 10 de la N., cuyas palabras son estas: *Pareciendo que alguno se quiso obligar á otra por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenuta de cumplir aquello á que se obligó, y no pueda poner excepcion que no fué hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato á obligacion entre ausentes ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daría otro ó haría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.*

luntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, porque ninguna se necesita.

28. Hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo ninguna obligación producen; tales son: 1º El que se conoce con el nombre latino de *quota litis*, y es el que hace el litigante con su abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser objeto del pleito. Este pacto, á mas de no ser válido, inhabilita al abogado para serlo de otro, porque la ley (1) lo declara infame. 2º El que se llama *antichreseos*, y consiste en que el acreedor que tiene en prenda alguna cosa del deudor, perciba sus frutos, siendo así que por la ley (2) deben ser todos de este. El derecho canónico reprueba tambien este pacto como usurario (3). 3º Todos aquellos que se hacen con dolo y por fuerza (4), á los cuales opinamos que pueden referirse algunos que las leyes romanas reprobaban expresamente, aunque las nuestras no lo hayan hecho así; por ejemplo, el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde, y los de futura sucesion de uno que vive, sin haber obtenido su consentimiento. De estos pactos trata Antonio Gomez en la ley 22 de Toro.

29. Se deben distinguir en los contratos unas cosas que son *esenciales*, otras que se llaman *naturales*, y otras puramente *accidentales*. *Esenciales* son aquellas sin las que no puede subsistir el contrato; por ejemplo, el precio es cosa esencial en la venta. *Naturales* son las que forman la naturaleza ordinaria del contrato segun las leyes; por ejemplo, la eviccion á que está obligado el vendedor. Estas circunstancias naturales pueden omitirse por pacto de los contrayentes, sin que se perjudique la esencia del contrato; y así el vende-

(1) L. 14, tit. 6, P. 3. — (2) L. 2, tit. 13, P. 3. — (3) Cap. 1 y 2, De usur., cap. 4 y 6, De pignor. En las Decretales de Gregorio IX. — (4) LL. 28 y 30, tit. 11, P. 3.

dor y el comprador pueden pactar que el primero no quede sujeto á la eviccion, y no por eso dejará de subsistir la venta. *Accidentales* son aquellas cosas que no pertenecen por las leyes á la naturaleza ordinaria de los contratos, y por lo mismo dependen absolutamente de la voluntad de los contrayentes; por ejemplo, que el precio se pague de una vez ó por plazos, y en moneda de plata, ú oro, etc.

30. En esta materia de contratos se versa la del resarcimiento, ó como suele decirse *prestacion* del daño. El juriconsulto Heineccio, hablando de este asunto, dice que *daño es todo aquello que disminuye nuestro patrimonio*. Esto puede suceder por dolo, por culpa ó por caso fortuito. Por dolo, siempre que el daño se hace con propósito ó intencion (1). Por culpa, cuando se daña por negligencia ó descuido (2). Por caso fortuito, cuando el daño viene de casualidad que no puede preverse (3).

31. Regla única en cuanto al dolo. *El dolo siempre se ha de prestar ó resarcir en todo contrato*. De suerte que aunque los contrayentes pactaran que no se prestase, no valdría este pacto, por ser inductivo á un mal que ofende la moral pública. En ciertos contratos no solo se presta el dolo, sino que tambien queda infame el que lo comete; tales son, el depósito, la sociedad y el mandato, y lo mismo sucede en la tutela (4). La razon de las leyes para esto es, que semejantes encargos se hacen por lo comun entre amigos, y es una traicion muy execrable el engañar á un amigo. Podria añadirse que lo es tambien el faltar á la confianza que un hombre hace de otro, aunque no medie la amistad.

32. La culpa se divide en *lata*, *leve* y *levísima* (5). La primera es lo mismo que culpa grande, es semejante al engaño, y se comete cuando se obra sin el cuidado

(1) L. 1, tit. 16 y L. 11, tit. 33, P. 7. — (2) L. 11, tit. 33, P. 7. — (3) La misma. — (4) L. 3, tit. 6, P. 7. — (5) L. 11, tit. 33, P. 7.

que suele poner cualquier hombre regular. La segunda es como culpa mediana, y se comete cuando se obra sin el cuidado que suelen poner los hombres diligentes. La tercera consiste en no poner el cuidado que ponen los hombres diligentísimos.

33. Hay contratos que son útiles al que da, otros al que recibe, y otros á los dos.

34. En lo dicho se fundan las reglas siguientes sobre lo que se llama prestar la culpa. 1ª *Cuando toda la utilidad es para el que da y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levísima, y este solamente la lata*. Por ejemplo, en el depósito, el que deposita está obligado hasta por la culpa levísima porque para él es la utilidad de este contrato, y el depositario no está obligado mas que á la culpa lata, porque para él es todo el trabajo. 2ª *En los contratos cuya utilidad es de ambos contrayentes, cada uno está obligado por la culpa leve*. Por ejemplo, en la venta, locacion, conduccion, compañía y prenda. 3ª *Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este queda obligado hasta por la culpa levísima*. Por ejemplo, en el comodato. 4ª *El que se ofrece voluntariamente á un contrato en que se requiere una diligencia muy exacta, queda obligado hasta por la culpa levísima*. Por ejemplo, la administracion voluntaria de bienes ajenos. 5ª *El que ofrece á otro una cosa, no puede exigir mas que la culpa lata*.

35. Regla única sobre el caso fortuito: *Ninguno está obligado al caso fortuito, hablando en general* (1). La razon es, porque á nadie se puede hacer cargo de lo que no puede impedir; pero se exceptúan estos tres casos. 1º Cuando alguno se obliga voluntariamente al caso fortuito. 2º Cuando hubiere morosidad en la entrega ó restitucion de la cosa. 3º Cuando por su culpa dió ocasion al caso fortuito (2).

(1) Arg. de la L. 3, tit. 2, P. 5, y L. 11, tit. 33, P. 7. — (2) L. 3, tit. 2, P. 5.

36. A los contratos innominados pertenecen las transacciones segun la opinion de juristas célebres (1), y ciertamente aunque tiene nombre, no explica su naturaleza y objeto; pues recayendo unas veces sobre asuntos litigiosos, otras sobre contratos y herencias que ofrecen dudas, suele producir enagenacion de alhajas, dinero ó acciones, revistiéndose de las formas de todos los contratos sin pertenecer en realidad á ninguno.

37. La transaccion es: *Decision convenida, no gratuita, de cosa dudosa*. Se dice que es *decision*, porque decide ó termina los pleitos: *convenida*, porque se hace en virtud de convencion de las partes: *no gratuita*, porque no puede haberla sin que los que las celebran se den ó remitan el uno al otro alguna cosa, y en esto se distingue de la amigable composicion, que debe ser gratuita, aunque en la práctica se usa indistintamente de esta voz ó de la de transaccion: *de cosa dudosa*, esto es, sobre la que haya, ó amenace, ó pueda haber pleito.

38. Se puede hacer transaccion, no solamente con especialidad sobre la cosa que se litiga, sino extenderla con este motivo á todos los pleitos y desavenencias que puedan tener los litigantes entre sí. Pero cuando no hubiere disputa no podrá transigirse con esta generalidad para evitar que se finjan pleitos que no puede haber, y que esto sirva de pretexto para perjudicar á los incautos (2).

39. La transaccion es de los contratos que se llaman *stricti juris*, como enseñan unánimemente los autores.

40. Como la transaccion es una especie de enagenacion, es claro que no pueden hacerla los que no pueden enagenar; tales son los furiosos, los pródigos, los mentecatos, los infantes, los que no han llegado á la pubertad sin autoridad de sus tutores. Pueden celebrarla los procuradores que tienen poder especial para

(1) V. Greg. Lop. glos. 1 de la l. 3, tit. 6, P. 3. Valeron *De transact.*, tit. 1, quest. 3 y 4. — (2) Valer., tit. 2, quest. 1, n. 22.

ello, ó los que lo tuvieren general, libre y lleno para hacer cumplidamente en el pleito todas las cosas que el poderdante podria hacer, ó como se dice, con libre, franca y general administracion (1); pero Gregorio Lopez (2), de cuyo sentir son otros autores, advierte bien que aunque la ley citada concede indistintamente esta facultad á semejantes procuradores generales, no debe entenderse que la tienen para aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los poderdantes, porque los escribanos cometen el abuso de poner aquella facultad como una fórmula de rutina, sin que los otorgantes sepan lo que importa. De aquí es que en la práctica nadie quiere transigir con procurador que no esté autorizado con poder especial.

41. De la definicion de este contrato resulta que será nulo cuando alguno de los contratantes sabe que no tiene derecho á la cosa ó negocio sobre que se transige. Tampoco será válido si hay sentencia ejecutoriada sobre el asunto litigioso, y entónces cualquiera de los contrayentes puede reclamar la cosa ó cantidad de que se haya desprendido en virtud de semejante transaccion (3).

42. Es requisito indispensable de la transaccion que los contrayentes no se reserven derecho alguno á la cosa sobre que se transige, ni queden obligados á su eviccion, pues ha de ser de cuenta del que adquiere su dominio en virtud de este contrato; pero tiene lugar la eviccion en las cosas no litigiosas que se dieren el uno al otro de los contratantes por via de indemnizacion. El efecto de la transaccion es terminar el pleito; tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepcion de pleito acabado.

43. No puede haber transaccion en los negocios siguientes

(1) L. 49, tit. 3, P. 3. — (2) Glos. 8 y 9 á la ley anterior. Cobarr. 1, Var. resol., cap. 6, n. 3, Valer. de transac., tit. 4, quest. 3, n. 27 y 28 citando á otros muchos. — (3) V. Febr. de Tap. tit. 4, cap. 25, n. 3.

tes. 1.º De causas matrimoniales, por tratarse en ellas de un vínculo indisoluble por derecho divino y que no depende de la voluntad de los hombres. En estas causas no se comprenden los esponsales de futuro, los cuales admiten transacción por depender únicamente del libre asenso ó disenso de los interesados. 2.º De alimentos y otros legados que se dejaren por testamento, sin que se abra previamente este ó sea el codicilo y consten sus disposiciones á los interesados, porque podría suceder que los otorgantes padeciesen engaño en la transacción que celebrasen antes (1). 3.º De herencia sin el preciso requisito expresado en el párrafo anterior, y es nula también la transacción que se hiciere sobre esta materia antes de los nueve días siguientes al fallecimiento del testador.

44. En cuanto á los alimentos futuros que se deben por testamento, dispusieron varias leyes romanas, que no se pudiese transigir sin autoridad del juez con conocimiento de causa, fundándose en varias razones, de las que la principal es precaver el engaño que podría sufrir el alimentario y los consiguientes de ceder una renta segura para vivir, por tomar de pronto una cantidad acaso pequeña y desproporcionada. Esta disposición del derecho romano no se halla en el nuestro; pero se practica y la defienden todos nuestros autores (2). Ella no se extiende á las deudas por alimentos pasados, ó que se deban por contrato, pues no hay para éstos la misma razón que para aquellos.

45. Respecto de los delitos no se puede transigir, como tampoco celebrarse pacto alguno sobre los futuros, porque permitiéndolos se daría ocasión de delinquir. Sobre los pasados se puede transigir si se trata de ellos civilmente. Si se trata criminalmente, los hay en

(1) L. 1, tit. 2, P. 6. — (2) Véase á Valeron *De transact.*, tit. 3, quaest. 3, y á Castillo *De alimentis*, cap. ult.

que es permitida la transacción (1). Tales son aquellos por los cuales los reos recibirían, como dice la ley (2), *pena en los cuerpos, de muerte ó de perdimiento de miembro*. En estos casos el reo que transige no se tiene por confeso; y la misma ley previene que valga la transacción; mas es preciso que se haga antes de la sentencia. Sus efectos son: 1.º Libertar al reo de la persecución del actor, porque ya no puede continuarla. 2.º Enervar la fuerza del proceso en virtud de la remisión de la parte agraviada. 3.º Libertar al reo de la pena de la vida y demás corporales, aunque el delito las merezca (3). En el adulterio está prohibida expresamente la transacción por dinero; pero se permite el perdón gracioso (4). A ejemplo del adulterio exceptúan los autores el estupro innaturo, y todo delito análogo á él con alguna otra calidad no común agravante, y que en su virtud merezca pena capital; y lo mismo aquellos delitos que aunque no sean de estos exceptuados, hayan sido cometidos con reincidencia, después de haber sido remitidos algunas veces, pues en ellos y cuantos se reservan, sin embargo de su remisión se procede á imponer la pena corporal que merezcan (5).

(1) Téngase presente la ley 17, tit. 8, lib. 7 de la R. de Indias que dice: «Mandamos á los presidentes, oidores, jueces y justicias que no hagan composiciones en las causas de querrelas ó pleitos criminales, si no fuere en algún caso muy particular, á perdimento y voluntad conforme de las partes, y siendo el caso de tal calidad que no sea necesario dar satisfacción á la causa pública por la gravedad del delito, ó por otros fines; estando advertidos que de no ejecutarse así, se hacen los reos licenciosos y osados, para atreverse en esta confianza á lo que no harían si se administrase justicia con rectitud, severidad y prudencia.»

(2) L. 22, tit. 1, P. 7. — (3) Gregorio Lopez trata extensamente este punto en la glos. 11 á la ley ult. cit. y pone varias restricciones al tercero de los efectos de la transacción V. también la *Materia criminal forense* de Vilanova, tom. 1, pag. 501. — (4) L. 22, tit. 1, P. 7. — (5) V. á Vilanova en la obra cit., tom. 1, pag. 505

46. Parece que una ley de la Recopilacion (1) alteró la de Partida en cuanto á que se puedan aplicar penas corporales, cuando hay transaccion, pues dice así: *Por quanto somos informados que algunos han querido poner duda y dificultad, si en los delitos en que se procede á instancia y acusacion de parte, habiendo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal, declaramos que aunque haya perdon de parte, siendo el delito y persona de calidad que justamente pueda ser condenado en pena corporal, sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras por el tiempo que segun la calidad de la persona y del caso pareciere que se puede poner.* Pero Vilanova (2) dice que esta ley no habla de los delitos en que cabe transaccion, sino de los que no la admiten. Y parece claro, segun la misma ley, que todo lo que se puede hacer, es condenar á galeras por los delitos que merezcan pena corporal, aunque perdone la parte.

47. En los delitos que no merezcan muerte ni perdimiento de miembro, sino *pena de pecho* ó de destierro, si se *aviniere el acusado con el acusador* *pechándole algo*, se le tiene por confeso del delito, y el juez puede imponerle la pena que corresponda, excepto el delito de falsedad, que no se entiende confesado por la transaccion. Pero si el acusado, cierto de su inocencia, transigió pagando á su contendor ó acusador por libertarse de la vejación de seguir el pleito, y pudiese probarlo, no se entiende que confesó el delito, ni debe sufrir ninguna pena, y ántes bien el acusador pagará el cuádruplo de lo que recibió, si se pide dentro de un año, ó el duplo, si se le pide pasado este tiempo (3).

48. La transaccion hecha se puede revocar por cinco causas. 1ª Por dolo (4) ó falsedad cometida en ella

(1) L. 10, tit. 24, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 40, lib. 12 de la Nov. — (2) *Materia crim. for.*, tom. 1, pag. 503. — (3) L. 22, tit. 1, P. 3. — (4) L. 34, tit. 14, P. 3.

aunque haya intervenido juramento; mas la revocacion no se puede pedir sino solamente por la parte agraviada. Y si la falsedad ó el dolo obraren contra una parte de la transaccion, y no contra toda esta, se rescindiría no mas aquella parte, y quedaría firme lo restante. 2ª Por error substancial, el cual siempre quita el consentimiento. 3ª Por fuerza ó miedo grave. 4ª Por cuenta errada, á ménos que la transaccion haya sido sobre este yerro. 5ª Por lesion enormísima. Dicen algunos autores que por esta última causa no se puede revocar la transaccion (1). En todo caso el que pide la revocacion debe empezar por restituir á su contrario lo que percibió de este en virtud del contrato (2).

## TITULO X.

## DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tit. 3, P. 3. Tit. 11 y 12, lib. 3 de la R. Tit. 12, lib. 10 de la N.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Se anuncia que se va á tratar de los contratos consensuales.  | 5. Explicacion de las palabras <i>vendedor y comprador</i> .   |
| 2. Todos son bilaterales, de buena fe, y pueden celebrarse entre ausentes y de cualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento. | 6. Circunstancias esenciales de este contrato: cosa vendible, precio, aptitud en los contrayentes y su consentimiento. |
| 3. Son cuatro: <i>compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato</i> .  | 7. Cosas que se pueden vender.   |
| 4. Definicion del de <i>compra y venta</i> : cómo se perfecciona y cómo se consume.  | 8. La cosa ha de ser del vendedor, ó ha de te-   |

(1) Ferrar., *Biblot*, verb. *Transactio*, num. 29. Parlad differ. 44, num. 8. Véase también sobre este punto á Valeron, *tit. 6, quest. 2* y á Castillo, *lib. 8, controvers. y De alimentis*, cap. 36 desde el num. 34. — (2) Molin., *De primog.*, lib. 4, cap. 9, n. 43.

46. Parece que una ley de la Recopilacion (1) alteró la de Partida en cuanto á que se puedan aplicar penas corporales, cuando hay transaccion, pues dice así: *Por quanto somos informados que algunos han querido poner duda y dificultad, si en los delitos en que se procede á instancia y acusacion de parte, habiendo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal, declaramos que aunque haya perdon de parte, siendo el delito y persona de calidad que justamente pueda ser condenado en pena corporal, sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras por el tiempo que segun la calidad de la persona y del caso pareciere que se puede poner.* Pero Vilanova (2) dice que esta ley no habla de los delitos en que cabe transaccion, sino de los que no la admiten. Y parece claro, segun la misma ley, que todo lo que se puede hacer, es condenar á galeras por los delitos que merezcan pena corporal, aunque perdone la parte.

47. En los delitos que no merezcan muerte ni perdimiento de miembro, sino *pena de pecho* ó de destierro, si se *aviniere el acusado con el acusador pechándole algo*, se le tiene por confeso del delito, y el juez puede imponerle la pena que corresponda, excepto el delito de falsedad, que no se entiende confesado por la transaccion. Pero si el acusado, cierto de su inocencia, transigió pagando á su contendor ó acusador por libertarse de la vejación de seguir el pleito, y pudiese probarlo, no se entiende que confesó el delito, ni debe sufrir ninguna pena, y ántes bien el acusador pagará el cuádruplo de lo que recibió, si se pide dentro de un año, ó el duplo, si se le pide pasado este tiempo (3).

48. La transaccion hecha se puede revocar por cinco causas. 1ª Por dolo (4) ó falsedad cometida en ella

(1) L. 10, tit. 24, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 40, lib. 12 de la Nov. — (2) *Materia crim. for.*, tom. 1, pag. 503. — (3) L. 22, tit. 1, P. 3. — (4) L. 34, tit. 14, P. 3.

aunque haya intervenido juramento; mas la revocacion no se puede pedir sino solamente por la parte agraviada. Y si la falsedad ó el dolo obraren contra una parte de la transaccion, y no contra toda esta, se rescindiría no mas aquella parte, y quedaría firme lo restante. 2ª Por error substancial, el cual siempre quita el consentimiento. 3ª Por fuerza ó miedo grave. 4ª Por cuenta errada, á ménos que la transaccion haya sido sobre este yerro. 5ª Por lesion enormísima. Dicen algunos autores que por esta última causa no se puede revocar la transaccion (1). En todo caso el que pide la revocacion debe empezar por restituir á su contrario lo que percibió de este en virtud del contrato (2).

## TITULO X.

## DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tit. 3, P. 3. Tit. 11 y 12, lib. 3 de la R. Tit. 12, lib. 10 de la N.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Se anuncia que se va á tratar de los contratos consensuales.  | 5. Explicacion de las palabras <i>vendedor y comprador</i> .   |
| 2. Todos son bilaterales, de buena fe, y pueden celebrarse entre ausentes y de cualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento. | 6. Circunstancias esenciales de este contrato: cosa vendible, precio, aptitud en los contrayentes y su consentimiento. |
| 3. Son cuatro: <i>compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato</i> .  | 7. Cosas que se pueden vender.   |
| 4. Definicion del de <i>compra y venta</i> : cómo se perfecciona y cómo se consume.  | 8. La cosa ha de ser del vendedor, ó ha de te-   |

(1) Ferrar., *Biblot*, verb. *Transactio*, num. 29. Parlad differ. 44, num. 8. Véase también sobre este punto á Valeron, *tit. 6, quest. 2* y á Castillo, *lib. 8, controvers. y De alimentis*, cap. 36 desde el num. 34. — (2) Molin., *De primog.*, lib. 4, cap. 9, n. 43.

- ner poder especial de su dueño. Casos en que valdrá ó no la venta hecha por quien no es dueño de la cosa, y cuál es el efecto cuando vale.
9. Venta de cosas pertenecientes á varios individuos. Derecho del fisco en cuanto á la venta de las cosas en que tiene parte.
10. Cosas que no se pueden vender por estar fuera del comercio.
11. Casos en que pueden venderse las cosas sagradas.
12. Ya no son vendibles ningunos oficios públicos de jurisdicción. Están vigentes, á lo ménos en el distrito y territorios de la federación, las disposiciones del gobierno español relativas á las ventas y renunciaciones de los oficios públicos de escribanos. Hay penas contra los compradores de oficios públicos que se proveen por votación.
13. No se puede vender ni comprar lo que se halla prohibido especialmente por las leyes.
- 14, 15, 16, 17 y 18. Cosas que por esta razón no se pueden vender.
19. Disposición vigente sobre libertad para la venta de varias cosas que estaban sujetas á tasa y á otras restricciones.
20. El tabaco se halla estancado. Modo con que se hace su venta.
21. Salinas: disposiciones acerca de ellas y de la venta de sus productos.
22. Artículos extranjeros cuya importación se halla prohibida. Artículos nacionales que no se pueden exportar.
23. Debe entregarse al comprador la alhaja vendida con todo lo que le pertenece y le esté unido.
24. Entregada la alhaja al comprador, le pertenecen su comodidad y frutos aun los que están pendientes.
25. Opiniones contradictorias en cuanto á si son del comprador los frutos que se producen después de perfecto el contrato y antes de la tradición.
- 26 y 27. Casos en que el provecho ó el daño que hay en la alhaja después de perfeccionado el contrato de venta, es de cuenta del comprador, ó del vendedor. La venta condicionada vale, aunque la condición se cumpla después de la muerte de alguno de los contrayentes ó de ambos.
28. Facultades del vendedor cuando el comprador falta al requerimiento que aquel le hace delante de testigos para

- que ocurra á gustar, pesar ó medir la cosa vendida.
29. Qué es precio.
30. Moneda en que debe pagarse.
31. El precio ha de ser verdadero, justo y cierto. Explicación de estos requisitos, y de la *lesion enorme y enormísima*.
32. Acciones que se pueden intentar en caso de lesión.—33. Por quién.—34. Dentro de qué término.—35. Cuando no tienen lugar.
36. En qué consiste lo cierto del precio.
- 37 y siguientes hasta 51. Quiénes pueden y quiénes no pueden comprar y vender.
52. Impuesto sobre la adquisición de bienes permanentes.
53. Adquisición de bienes por extranjeros no naturalizados.
54. Ninguno puede ser precisado á comprar ni á vender sino en los casos que se expresan.
55. Lo que se pueda hacer en los casos de dolo.
56. Error: es esencial ó accidental. Lo que se puede hacer cuando hubiere uno ú otro.
- 57, 58 y 59. Obligaciones que nacen de este contrato.
- 60 y siguientes hasta 67. Acciones que nacen de este contrato.
68. Evicción, qué es.
69. El vendedor está obligado á hacer sana, segura y efectiva al comprador la alhaja.
70. Casos en que el vendedor de buena fe no está obligado á la evicción y saneamiento.
71. La evicción tiene lugar en los arrendamientos y demas que se expresan.
- 72 y siguientes hasta 86. Condiciones y pactos que se pueden poner en este contrato.
87. CAMBIO ó PERMUTA.—Su definición, en qué se diferencia de la venta.
88. Sus especies y lo dispuesto respecto de cada una.

1. Una de las divisiones de los contratos, segun dijimos en el título anterior, es la de consensuales. Vamos á tratar de ellos, que son los mas sencillos y frecuentes.

2. Debe advertirse respecto de tales contratos. 1.º Que todos son bilaterales, y asi producen acción por una y otra parte, ambas directas, ó una directa y otra contraria. 2.º Que son de buena fe por lo mismo que son

bilaterales, pues por ellos están obligados los contrayentes á prestarse mutuamente varios oficios. 3º Que todos se pueden celebrar entre ausentes y de cualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento.

3. Estos contratos consensuales son cuatro: *compra y venta, arrendamiento, compañía, y mandato.*

4. Las palabras *compra y venta* son correlativas y designan un solo contrato, que consiste en la *convencción de dos individuos para dar el uno cierta cosa al otro por precio determinado* (1). La ley (2) dice que es un *contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determinada por cierto precio.* Este contrato se perfecciona por el nudo consentimiento de los contrayentes, y se consuma por la tradición de la cosa vendida.

5. El que da la cosa se llama *vendedor*, y el que da el precio se llama *comprador*.

6. Las circunstancias esenciales de este contrato, segun su misma definición, son estas. 1ª Por parte del vendedor una cosa vendible. 2ª Por parte del comprador precio fijo. 3ª Aptitud en ambos para comprar y vender. 4ª Consentimiento del vendedor y del comprador.

7. COSA VENDIBLE. — Axioma 1º *Todas las cosas que estan en el comercio se pueden vender, ahora existan ó haya esperanza de que existirán* (3). Segun esto se pueden vender los bienes raices, muebles y semovientes, los derechos, acciones y servidumbres, los partos de vacas, yeguas y otros animales; los frutos de las tierras, viñas y árboles. La venta de las cosas futuras lleva la condicion tácita de *si llegan á existir*, y sin ella no vale, á ménos que el comprador reciba sobre sí el peligro y aventura (4).

(1) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 2, n. 2. — (2) L. 1, tit. 3, P. 3. — (3) L. 11, tit. 5, P. 5. — (4) Lo mismo.

8. La cosa que se vende ha de ser propia del vendedor, y no siéndolo ha de tener poder especial de su dueño para enagenarla, pues de lo contrario, aunque vale la venta, y el comprador puede prescribirla, si obró de buena fe, sin embargo el dueño tiene accion para reivindicarla, y demandarla en el término legal, donde quiera que estuviere. Se dice que esta venta vale, porque produce obligacion entre el comprador y el vendedor. Si el primero ignora que la cosa es agena, el segundo debe restituírle el precio con todos los daños y menoscabos que por su daño se le hayan irrogado. Pero si lo sabe, no solamente se le obliga á restituír la cosa á su dueño, sino que perderá el precio por su male fe, y el vendedor no tendrá obligacion de volvérselo, á no ser que hayan pactado lo contrario, y este se haya obligado á la evicción (1).

9. Cuando la cosa pertenece á varios individuos, cualquiera de ellos puede vender su parte, aunque esté indivisa, al consocio ó al extraño, y valdrá la venta, con tal que no esté contestado el juicio divisorio; bien que el consocio es preferido por el tanto al extraño. Pero la venta que á este se hiciere sin consentimiento de los socios, despues de contestado el juicio divisorio, será nula. El fisco puede vender ó dar su parte, aunque sea modica, á quien quisiere, aun contra la voluntad de sus consocios, y vender tambien la cosa íntegra (2) pagando á estos sus partes. Puede asimismo vender la hipoteca, satisfaciendo su deuda al acreedor anterior, y reteniendo el residuo para sí; pero si no tiene mas derecho sobre la cosa que el de hipoteca, y puede reintegrarse de otros bienes, no podrá venderla (3). Tampoco podrá

(1) L. 19, tit. 3, P. 3. L. 6, tit. 10, lib. 3 del Fuero Real. Véas tambien á Gomez, lib. 2, var., cap. 2, n. 8 y 42. Cobarr., lib. 3 Var., cap. 17, col. 2, vers. *Ad. cam.* — (2) L. 33 (verb. *Otro si decimos*) y 35, tit. 3, P. 5, et ibi glos. magna. Hermos. en la 33 cit., glos. 7, num. 1 al 3. — (3) Hermos. ibi. num. 4 y 9. Pere. rin.,

vender sino su parte, cuando no tenga mas que el usufruto de la cosa (1).

10. Axioma 2º *No pueden venderse las cosas que están fuera del comercio.* Por esto no pueden venderse las cosas sagradas, si no es como accesorias á algun territorio ó señorío (2), ó por causa de necesidad ó utilidad á la iglesia (3); ni las cosas públicas como las calles y plazas (4), ni el hombre libre (5), ni los mármoles, pilares, piedras ú otras cosas que estan formando algun edificio (6).

11. Los casos en que segun la ley (7) pueden venderse las cosas sagradas, son los siguientes: 1º Por deuda grande que la iglesia no pudiese pagar de otra manera. 2º Para redimir de cautiverio á sus parroquianos, si ellos no tuvieren con que redimirse. 3º Para dar de comer á los pobres en tiempo de hambre. 4º Para hacer templo. 5º Para comprar lugar ceretano á este con el fin de aumentar el cementerio. 6º Por bien de la iglesia para comprar otra mejor. Es muy digna de leerse sobre esta materia la doctrina de S. Ambrosio que está en el decreto de Graciano (8).

12. Ya no hay para que hablar de la venta de oficios públicos de jurisdiccion, pues si en otro tiempo fue lícita en ciertos casos y con ciertas condiciones, en el dia no hay oficio alguno de esa clase que se pueda vender, porque repugna á la naturaleza de las instituciones que nos rigen. Están vigentes, á lo ménos en el distrito y territorios de la federacion, las disposiciones del gobierno español relativas á las ventas y renunciadas

*De jure fisc.*, tit. 4, lib. 6, n. 23, vers. *Et secundum*. Castill. lib. 3, *contron.*, cap. 6, n. 26. — (1) Peregrin. *ibi*. vers. *Nam cum fiscus*. Castill. *ibi*. n. 27. Hermos. *ibi*. n. 8. — (2) L. 13, tit. 5, P. 3. — (3) L. 1, tit. 14, P. 1. — (4) L. 13, tit. 5, P. 3. — (5) La misma y la 8, tit. 10, lib. 3 del Fuero Real. Véase lo dicho sobre esclavos en el tit. 2, lib. 1. — (6) L. 16, tit. 5, P. 3. — (7) L. 1, tit. 14, P. 1. — (8) Cap. aur. 70, causa 12, quest. 2.

de los oficios públicos de escribanos (1). La ley (2) impone varias penas á los compradores y vendedores de oficios públicos que se proveen por votacion.

13. Axioma 3º *No se puede vender ni comprar lo que por las leyes se halla especialmente prohibido.* Por esto no se pueden vender armas, municiones ni viveres á los enemigos de la nacion (3), ni las cosas venenosas ni envenenadas, sino es para hacer medicamentos (4).

14. No deben venderse los créditos ilíquidos, ni los derechos, acciones y otros bienes litigiosos, hasta que el juicio se concluya; y el que despues de emplazado y pendiente el pleito sobre su dominio ó propiedad, los vende, cambia ó enagena de otro modo, á mas de ser nula y atentada la venta y enagenacion, incurre en varias penas. El emplazador y el comprador incurren asimismo en ellas, el primero, si pretextando ser suyos los bienes, los enagena despues del emplazamiento, y el segundo si sabe el engaño, y no de otra suerte (5). El comprador pierde el precio que dió, y el vendedor debe perder otro tanto. Si el comprador tuvo buena fe, recobrará el precio, y ademas percibirá del vendedor la tercera parte de lo que importe, aplicándose las otras dos al fisco. Véase la ley citada últimamente y las tres que siguen, las cuales no hablan de los derechos ilíquidos. La sentencia puede ejecutarse en el comprador, haya sido ó no de buena fe (6). La enagenacion

(1) V. el tit. 21, lib. 8 de la Rec. de Ind. el tit. 4, lib. 7 de la R. ó el tit. 8, lib. 7 de la N., y la *Rec. de autos acordados* esc. por el sr. Beleña, providencia 534 á la 567, tom. 1, pag. 270 á 274, y la nota 11, pag. 732 del mismo tomo. — (2) L. 8, tit. 2, lib. 7 de la R. ó 8, tit. 4, lib. 7 de la Nov. — (3) L. 22, tit. 5, P. 3. — (4) L. 17 del mismo. — (5) L. 13, tit. 5, P. 3. Valenz., com. 19, n. 32 y sig. Olen *De cesion jur.*, tit. 2, quest. 4, n. 32. Salg. *De reg. protecc.*, p. 4, c. 8, n. 171 al 178. Carlev. *De judic.*, tit. 3, disput. 11, n. 2. Vela disert. 14. Guzm. *De eccl.*, quest. 11, n. 42 y 43. — (6) Greg. Lopez citado por Febrero (Febr. de Tap., tit. 4, cap. 2, n. 7 nota.)

no será nula en los cuatro casos siguientes: 1º Cuando los bienes se dan por casamiento, ya sea con título de dote ó de donacion *propter nuptias*. 2º Cuando pertenecen á muchos y quieren partírselos y enagenarlos unos á otros. 3º Cuando se legan en testamento ú otra última disposicion. 4º Cuando se dan con título de transaccion y no interviene fraude (1). En los dos casos primeros el que recibe los bienes enagenados debe contestar á la demanda, y en el tercero el heredero del testador y no el legatario, quien tendrá derecho á ellos si el pleito se gana (2).

15. Es nula la venta hecha por quien receloso de que le han de emplazar sobre alguna cosa que posee, la vende ó enagena ántes del emplazamiento á persona mas poderosa que su contendor por razon del oficio, para molestarlo, ó á sugeto de otro fuero ó revoltoso. El actor tiene derecho para demandar al vendedor ó al comprador ó á la persona á quien se hizo la enagenacion. Y cuando lo así enagenado es accion ó derecho, el vendedor lo pierde, y el demandado no tiene obligacion de contestar á este ni al comprador ó persona á quien se enagenó (3).

16. Es nula tambien la venta del derecho que se espera tener á los bienes de sugeto determinado que vive, nombrándolo, para evitar que el comprador maquine contra su vida por gozar de los bienes enanto ántes; y á mas de la nulidad, el vendedor queda privado de suceder en los bienes. Lo mismo se entiende respecto del sustituto pupilar que vende el derecho que espera á los bienes del pupilo. Pero si aquel sugeto presta su

(1) Greg. Lop. en la l. 14, tit. 7, P. 3. — (2) La ult. l. cit. Castill. *controv.*, tom. 6, c. 113, n. 17 y sig. — (3) LL. 15 y 16, tit. 7, P. 3. Se ha de tener presente que estas leyes declaran hacerse las cosas litigiosas por la sola citacion, sin necesidad de litis contestacion. *Febrero adicionado* (Febrero de Tapia, tit. 4, cap. 2, n. 7 nota.)

consentimiento para la venta, podrá hacerse, y será válida, si permaneciere en este ánimo hasta su muerte. Tambien se podrán vender todas las ganancias y derechos que alguno tenga por razon de herencia, con tal que no haga relacion de las personas de quienes los espera. Puede un individuo vender todos sus bienes presentes y futuros cuando no hay prohibicion legal, como en la donacion gratuita, por cuanto el precio sucede en lugar de ellos, y no se priva de testar, pues podrá hacerlo del dinero que recibe (1).

17. No puede ser vendido el derecho de usufructuar; y si el usufructuario lo vende, lo pierde, como tambien el comprador, y pasa al dueño de la propiedad (2).

18. Los juros no podian ser vendidos sin licencia del rey, á iglesia, monasterio, clérigo religioso y extranjero (3), ni á los contadores y oficiales de la contaduría mayor, ni á otros ministros que expresa la ley (4).

19. Habia diversas disposiciones relativas á la venta de ciertos géneros, frutos y efectos; pero las cortes de España mandaron lo siguiente (5): Así en las primeras ventas como en las ulteriores ningun fruto ni pro-

(1) L. 13, tit. 5, P. 3. Gom., l. 2, var., cap. 2, n. 35. — (2) L. 24, tit. 31, P. 3 que dice así. « Otrosí decimos, que si aquel á quien fuere otorgado el usufruto ó el uso en alguna cosa, otorgase despues á otro alguno el derecho que él habia en ella, que se desata por ende el usufruto ó el uso, è tornase por ende el señor de la propiedad, è de allí adelante non lo debe haber nin el otro á quien él le otorgó. Ca como quier que este si tal que ha el usufruto en la cosa lo podria arrendar á otro si quisiese, con todo eso, el derecho que él en ella habia non lo puede enagenar. » El derecho personalísimo del usufruto es intransmisible á otro; pero no el aprovechamiento y utilidad de él. *Febrero adicionado* (Febr. de Tap., tit. 4, cap. 2, n. 11, nota.)

(3) LL. 17, tit. 15, lib. 5 de la R. Febr. de Tapia, tit. 4, cap. 2, n. 15. — (4) V. el cap. 47 de la l. 1, tit. 2, lib. 9 de la R. el aut. 2 y 3, tit. 15, lib. 5 de la R. ó las leyes 1, 2 y 3, tit. 14, lib. 10 de la N. Los juros son censos, y de ellos se trata en el tit. 14 de este libro. — (5) Decreto de 8 de Junio de 1813.

duccion de la tierra, ni los ganados y sus esquilmos, ni los productos de la caza y pesca, ni las obras del trabajo y de la industria estarán sujetas á tasas ni posturas, sin embargo de cualesquiera leyes generales ó municipales. Todo se podrá vender y revender al precio y en la manera que mas acomode á sus dueños, con tal que no perjudiquen á la salud pública; y ninguna persona, corporacion ni establecimiento tendrá privilegio de preferencia en las compras; pero se continuará observando la prohibicion de extraer á países extranjeros aquellas cosas que actualmente no se pueden exportar, y las reglas establecidas en cuanto al modo de exportarse los frutos que pueden serlo. Quedará enteramente libre el tráfico y comercio interior de granos y demas producciones de unas á otras provincias de la monarquía, y podrán dedicarse á él los ciudadanos de todas clases, almacenar sus acopios donde y como mejor les parezca, y venderlos al precio que les acomode, sin necesidad de matricularse, ni de llevar libros, ni de recoger testimonios de las compras.

20. El tabaco permanece estancado. El gobierno general celebró en Agosto de 1848 un contrato de compañía con particulares, por el cual estos administran la venta, poniendo el capital necesario para la negociacion, y el gobierno recibe el veinte por ciento de las ventas de dicho fruto. El término del contrato es el de cuatro años. La compañía goza de todos los privilegios fiscales como renta federal.

21. Las salinas que eran de la hacienda pública pertenecen á la federacion (1), y acerca de ellas y de la venta de sus productos se dictaron varias providencias en el decreto de 16 de noviembre de 1824 que está vigente.

22. En el arancel de aduanas marítimas y fronterizas (2) se hallarán los artículos extranjeros que no

(1) Ib. de 4 de agosto de 1824. — (2) Publicado por el Lic. Arrillaga en 1850, con todas las leyes concernientes á este asunto.

pueden introducirse en la República, así como los que no pueden exportarse de ella. Nosotros nos abstenemos de enumerarlos en esta obra, por parecernos inconducentes á su objeto, que es el derecho privado, y porque en la actualidad están pendientes en el congreso algunas iniciativas, para la reforma del arancel.

23. Se debe entregar al comprador la alhaja vendida y todo lo que le pertenezca y le esté unido. Si es una casa, serán del comprador las canales, los caños, acueductos, y todo lo demas que le pertenece, aun cuando no se halle dentro sino fuera de ella. Si hubiere materiales, que no fueren actualmente ni hubieren sido parte de la casa, aunque le estén destinados, no se comprenden en la venta (2). Lo mismo debe entenderse de las pértigas ó palos de las vides (3). Tampoco se comprenden los peces que hubiere en alguna fuente ó alberca de la finca vendida, ni las gallinas ú otros animales (4), ni los muebles que no están unidos á la casa, como mesas, sillas, cubas ó tinajas, que no estuvieren so'erradas y firmes; pero si lo estuvieren, se comprenden en la venta (5).

24. Entregada al comprador la alhaja, le pertenecen su comodidad y frutos, porque en virtud de la tradicion se constituye dueño de ellas y el dominio es el que da título para su adquisicion. Esto se entiende aunque no haya exhibido el precio, con tal que dé fianza ó hipoteca para su seguridad, ó el vendedor se la haya fiado, pues la alhaja fructifica para su dueño. Le pertenecen tambien los frutos pendientes en la finca al tiempo de su venta pura, y antes de su tradicion, ya estén ó no maduros, porque son parte de ella, y se entienden comprendidos en el precio, á ménos que los contrayentes hayan pactado otra cosa.

(1) L. 28, tit. 5, P. 3. — (2) L. 31, tit. 5, P. 3. — (3) L. 30, tit. 5, P. 3. — (4) L. 29, tit. 5, P. 3.

25. En cuanto á si son igualmente del comprador los frutos que se producen despues de perfecto el contrato y ántes de la tradicion, hay dos sentencias. La una sostiene que le pertenecen, aunque no le sea entregada la finca, ni él dé seguridad para el precio, ni el vendedor se la fie, á no ser que se haya pactado otra cosa: la razon es, que quien está al daño, debe estar á la utilidad, y que supuesto que la alhaja perece para el comprador, y este ha de pagar su precio, deben ser suyos tambien los frutos que produzcan ántes de la tradicion. La otra sentencia es que los frutos pertenecen al vendedor, y se funda en que la alhaja fructifica para su dueño, que lo es el vendedor mientras no la entrega, y se le paga ó asegura su precio, ó él conviene en fiarla por cierto tiempo. Se funda ademas en que se debe observar igualdad entre los contrayentes; y por lo mismo ninguno tiene obligacion de cumplir lo que le toca, si el otro no lo hace por su parte; de que se infiere, que si el comprador no cumple con la solucion del precio para trasladar al vendedor el aprovechamiento y dominio del dinero, tampoco este debe trasladarle el aprovechamiento de la alhaja, sino gozarlo él mismo como dueño (1).

26. El provecho ó el daño que hubiere en la alhaja despues de perfeccionado el contrato de venta simple, pura ó irrevocable, es de cuenta del comprador, si no se ha pactado que se otorgue escritura; pues en caso de haberse de otorgar son de cuenta del vendedor (2). Si se pone condicion en la venta, y ántes de cumplirse hay mejora ó deterioro en la alhaja, son de cuenta del comprador; pero si toda ella se pierde ó destruye, perece para el vendedor, aunque despues se cumpla la condicion. Si ántes de que esto se verifique

(1) Véase á Cobarr., lib. 2, var., cap. 5 y á los que cita. — (2) LL. 6 y 23, tit. 3, P. 3.

mueren el comprador ó el vendedor, ó los dos, vale sin embargo la venta, y deben estar á ella los herederos, verificada que sea la condicion (1).

27. Si lo que se vende consiste en número, peso ó medida, ó es de lo que acostumbran los hombres probar ó gustar ántes de comprarlo, y el comprador lo cuenta, pesa, mide ó prueba, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior, mas no el anterior; á no ser que para estas diligencias hayan prefijado día los contrayentes, y no habiendo concurrido el comprador, se deteriora despues la cosa, en cuyo caso el daño será de su cuenta. Tambien lo será, cuando no habiendo señalado día, requiere el vendedor al comprador delante de testigos para que ocurra á gustarla, pesarla ó medirla, y no lo hiciere. Si la cosa es de las que se venden por mayor (ó como se dice, *á vista ó á ojo*) será el peligro de cuenta del comprador despues que haya convenido con el vendedor en el precio (2). Pero si hubiere tardanza por parte de este para la entrega, de suerte que no la haga, aunque el comprador le ofrezca el precio delante de testigos, el peligro será á cargo del vendedor. Si este la entrega sin deterioro, y el comprador es moroso en recibirla, á este corresponde el peligro (3).

28. Cuando el comprador falta al requerimiento hecho por el vendedor, y de que hablamos en el párrafo anterior, la ley (4) da al segundo las facultades siguientes: 1<sup>a</sup> Que pueda vender la cosa á otro, y si padece menoscabo en la venta, recobrarlo del comprador moroso. 2<sup>a</sup> Que pueda alquilar á costa del comprador otros vasos ó cubas, si necesita de aquellos en que está el vino vendido. Y si no los hallare ni tuviere donde poner aquello que necesita echar en sus vasos,

(1) L. 26, tit. 3, P. 3. — (2) LL. 24 y 25, tit. 3, P. 3. — (3) L. 27, tit. 3, P. 3. — (4) L. 24, tit. 3, P. 3.

podrá arrojar á la calle lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo ántes.

29. **PRECIO.** Por *precio* se entiende el dinero contado que se da por la cosa que se recibe (1), aunque aquella palabra en toda su extension puede significar cualquiera cosa que se da por otra. De aqui se saca la diferencia que hay entre la compra y el cambio ó permuta: si se da dinero por la cosa, será compra, y si se da una cosa por otra, será cambio ó permuta (2).

30. El precio debe darse en la moneda que se estipule, y si no se hizo esto, en la que sea general y corriente en los contratos segun estilo del país (3).

(1) Prolog. y l. 1, tit. 13, P. 3. — (2) Prolog. de la l. 1, tit. 6, P. 3, l. 1, tit. 11, lib. 3 del Fuero Real.

(3) En tiempo del gobierno español no habia otra casa de moneda que la de esta capital. Con motivo de la guerra de independencia comenzada en 1810 se fabricó moneda en varias partes, como Chihuahua, Durango, Guadalupe, Guanajuato y Zacatecas: esta moneda llamada provisional no corrió por toda la nacion, sino solo en las provincias adonde no podia llegar la mejicana en cantidad suficiente.

Hecha la independencia mandó la junta provisional gubernativa en decreto de 19 de febrero de 1822, que la moneda fabricada en Zacatecas en 1821 se recibiese en las tesorías nacionales, aduanas y demas oficinas de hacienda pública por su valor representativo, tal como si fuese fabricada en la casa de moneda de México, por tener todas las calidades prevenidas por la ordenanza; y que la fábrica de moneda de Zacatecas se arreglase á las mismas ordenanzas que la de México.

El primer congreso nacional decretó en 9 de julio de 1822 las reglas para el reconocimiento y calificación de las monedas que se fabricaran en todas las casas, sobre lo cual hay un decreto adicional de 14 de octubre del mismo año que toca solamente á la casa de esta capital, y otro que es general, dado en 23 de marzo de 1824.

El mismo congreso decretó en 1º de agosto de 1823 el tipo de la moneda de oro, plata y cobre: el congreso constituyente mandó en 21 de julio de 1824 que se observara el mismo tipo, y es el que se usa hoy en todas las casas de la República, á lo ménos en la moneda de oro y la de plata.

31. El precio ha de ser *verdadero, justo, y cierto*. *Verdadero*, esto es, que sea real y no imaginario ni simulado, como sucedería si una cosa de mucho valor se diese por una moneda pequeña, lo cual no sería venta sino donacion. *Justo*, esto es, proporcionado á la cosa vendida, de suerte que no sea tan bajo ni tan alto que haya *lesion enorme ó enormísima*. La *enorme* consiste en algo mas ó ménos de la mitad del justo precio. La *enormísima* en un exceso ó defecto de

La acta constitutiva de la federacion (art. 13, parte 18) y la constitucion federal (art. 30, parte 13) atribuyen exclusivamente al congreso general la facultad de determinar y uniformar el peso, ley, valor, tipo y denominacion de las monedas en todos los estados de la federacion.

El congreso constituyente previno en decreto de 16 de noviembre de 1824, art. 2 y 7, que el secretario de estado y del despacho de hacienda ejerza sobre las casas de moneda, por sí y por medio de los comisarios generales, la inspeccion que reserva la constitucion al gobierno federal. Que esta inspeccion se reduzca á cuidar de que la moneda tenga el peso, ley, tipo, valor y denominacion determinados por el congreso general, y á que no se acuñe en las casas referidas mas cantidad de moneda de cobre que la decretada por el mismo. Para llevar á efecto la propia inspeccion, se prescriben medios en los art. 7 y 8 del decreto citado.

En 24 de marzo de 1829 se determinó la acuñacion de 600,000 pesos en moneda de cobre; se fijó el tamaño y peso de esta; se previno que su tipo fuese el señalado en el decreto de 19 de agosto de 1823; que no haya obligacion de recibir en moneda de cobre mas que la cuarta parte de cada cantidad; que se amortizase por el gobierno la antigua moneda de cobre, y que pasado un año ya no corriera esta, y la perdisen sus tenedores.

Este decreto se reformó por otro de 26 de marzo de 1830, disminuyendo el tamaño y peso de la moneda de cobre, y derogando lo dispuesto sobre que se amortizase y no corriese la antigua. Se mandó también que la moneda acuñada en virtud de aquel decreto se amortizara segun se fuese recibiendo en las oficinas recaudadoras. Posteriormente por diversas leyes se alteró el valor de la moneda de cobre, para evitar su falsificacion, hasta que por la órden de 2 de noviembre de 1842 se mandó cesase la acuñacion de esta moneda: así es que hoy muy poca corre en el comercio, y la muy necesaria para el menudeo.

dos ó tres tantos mas ó menos del precio justo (1).

32. Si la lesion fuere en mas ó menos de la mitad del justo precio, como si lo que valia diez se vendió por menos de cinco, se puede usar de esta alternativa: que se reponga el precio justo que tenia la alhaja cuando se hizo la compra, ó que se rescinda el contrato, llevando cada uno de los contrayentes lo que dió al otro, sin los frutos, porque de estos nada dice la ley, y el comprador tiene justo título y buena fe para retenerlos; á mas de que no incurre en mora, mientras el vendedor no pide la rescision, y seria inicu que este retuviese el precio y despues pidiese los frutos. La alternativa expresada tiene lugar, aunque la compra se haya hecho en almoneda.

33. Esta accion se debe intentar por el mayor de veinte y cinco años dentro de los cuatro primeros siguientes al dia en que se celebró el contrato ó remate, y no despues (2). Tampoco se puede intentar esta accion, cuando la alhaja está perdida, muerta ó muy deteriorada (3). No la pueden alegar los peritos en cosas de sus artes (4). Ni tiene lugar cuando la alhaja se vende en almoneda contra la voluntad de su dueño, y el comprador es apremiado á comprarla (5). Ni en las cosas que se venden por deudas fiscales (6), ni en los arrendamientos del fisco (7).

34. La demanda por lesion enormisima tiene lugar hasta veinte años despues del dia en que se celebró el contrato ó remate (8), aun en algunos de los casos an-

(1) LL. 36 y 37, tit. 3, P. 3, 1 y 6, tit. 11 de la R. ó 2, tit. 1, lib. 10 de la N. — (2) L. 1, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 1, lib. 10 de la N. — (3) L. 36, tit. 3, P. 3. — (4) L. 3, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 1, lib. 10 de la N. — (5) L. 6, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 1, lib. 10 de la N. — (6) LL. 48 y 20, tit. 7, l. 9 de la R. citadas por Alvarez, Instit., lib. 3, tit. 24. — (7) L. 1, tit. 9, lib. 9 de la R. citada en el Febrero de Tapia, tit. 4, cap. 2, n. 33. — (8) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N.

teriores, y sin embargo de que se haya renunciado (1).

35. Si el engaño no es en mas ó menos de la mitad del justo precio, ni hay dolo ó mala fe en el contrato, y los contrayentes son mayores de veinte y cinco años, no tiene lugar el remedio de la lesion (2).

36. La calidad de *cierto* que ha de tener el precio, consiste en que se determine cantidad fija; pero no es preciso que esto se haga en el momento de celebrarse la venta, y asi será cierto el precio: 1º Cuando se deja su regulacion á juicio de un tercero; mas si alguno de los contrayentes se considera perjudicado por la decision, tiene el arbitrio de reclamar ante el juez; y si antes de que este resuelva muere el que reclamó, será ineficaz la venta (3). 2º Cuando se determina por precio el que la cosa tenga en el tiempo que se prefiere; mas si se designa tiempo ambiguo ó imposible, no habrá contrato (4). 3º Cuando el vendedor conviene en recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saeo etc.; pero si no hubiere ninguno, tampoco habrá venta (5). 4º Cuando se señala por precio la cantidad que la cosa le costó al comprador; pero si no la compró por algun dinero, no valdrá el contrato (6). Tampoco valdrá si el precio se deja á voluntad de sugeto incierto (7), ó de alguno de los contrayentes, porque

(1) Alvar., Instit., lib. 3, tit. 24. — (2) L. 2, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 1, lib. 10 de la N., que dice así: «Cualquier que se obligare por cualquier contrato de compra, ó vendida, ó troque, ó por otra causa y razon cualquiera, ó de otra forma, ó calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en el tal contrato haya engaño que no sea mas de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo y con buena fe, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados sean tenidos de los cumplir.» La palabra engaño significa lesion, á diferencia del dolo que significa malicia ó mala fe en el contrayente: ó digamos que engaño es dolo en la cosa, en la persona. Febrero adicinado (Febr. de Tap., tit. 4, cap. 2, n. 33, nota.) — (3) L. 9, tit. 3, P. 3. — (4) V. LL. 9, 10 y 20, tit. 5, P. 3. — (5) L. ult. cit. — (6) La misma. — (7) Greg. Lop. en la l. 9, tit. 3, P. 3. glos. 1.

las leyes prohiben esto en los contratos onerosos (1).

37. **APTITUD PERSONAL DE LOS CONTRAYENTES.**— Pueden comprar y vender aquellos que pueden obligarse uno á otro (2), ya sea de palabra, por carta, ó por mensajero (3).

38. Los hijos de familia que están bajo la patria potestad, no pueden comprar ni vender, si no es á sus padres y estos á ellos, sus bienes castrenses y cuasi-castrenses (4); mas no los adventicios, y aunque la venta de estos sea jurada, no vale.

39. Los menores no pueden comprar ni vender sino por medio de sus tutores ó curadores, y con licencia judicial, previa informacion de utilidad ó necesidad grave, pues sin conocimiento de causa el juez no debe conceder la licencia. Si de la venta no resulta utilidad á los menores, pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad (5). Lo dicho se entiende respecto de los bienes raíces ó muebles preciosos que guardándolos se pueden conservar. Para la venta de los demas bienes muebles basta la licencia del curador, sin cuyo requisito será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa de cualquier poseedor (6). La misma solemnidad se requiere en el contrato hecho por los que son totalmente sordo-mudos de nacimiento, prodigos, locos, fatuos ó desmemoriados.

40. El contrato no vale cuando uno de los contrayentes es pupilo, aunque lo celebre con juramento; pero si ha llegado á la pubertad y jura no pedir restitución por su menor edad, lesión ú otro motivo, estará obligado á observarlo (1). Si precede relajacion de este juramento á efecto de litigar y excepcionar, podrá deducir su accion dentro de los cuatro primeros años despues de haber cumplido los veinte y cinco de su edad, probando no solamente que era menor cuando celebró el contrato, sino tambien que en él padeció lesión (2).

(1) Gom., lib. 2, var., cap. 2, n. 19. — (2) L. 2, tit. 3, P. 3. — (3) LL. 8 y 48, tit. y P. ult. cit. — (4) L. 2, tit. 3, P. 5. L. 22, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 17, tit. 1, lib. 10 de la N., y l. 8, tit. 12, lib. 10 de la N. — (5) L. 4, tit. 3, P. 5. — (6) LL. 39 y 60, tit. 48, P. 3; l. 48, tit. 16, P. 6; l. 22, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 17, tit. 1, lib. 10 de la N. Gom., lib. 2, var., cap. 14, num. 13, 14 y 15. Hermos. en la l. 4, tit. 3, P. 3, glos. 2 á la 8.

41. Los tutores y curadores, los cabezaleros, esto es, los testamentarios ó albaceas, y cualquiera persona que administre bienes de otra, no pueden comprarlos pública ni privadamente; y si lo hicieren, la venta es nula, y están obligados á restituirlos con el cuatro tanto de lo que valian, y esto será para el fisco (3). Acevedo (4) tratando de este punto, prueba que por compra se entiende cualquier acto ó contrato en que se transfiera el dominio, y examina (5) si la ley citada de la Rec. es ó no correctoria de la l. tit. 5, P. 5, en cuanto esta permite á los tutores la compra con ciertas circunstancias; y se inclina á la afirmativa contra Matienzo (6) y Gutierrez, poniendo algunas excepciones.

42. No se puede comprar ni vender á los estudiantes, ni darles al fiado, ni prestarles dinero sin consentimiento por su menor edad, lesión ú otro motivo, estará obligado á observarlo (1). Si precede relajacion de este juramento á efecto de litigar y excepcionar, podrá deducir su accion dentro de los cuatro primeros años despues de haber cumplido los veinte y cinco de su edad, probando no solamente que era menor cuando celebró el contrato, sino tambien que en él padeció lesión (2).

(1) L. 36, tit. 3 P. 3. Gom., lib. 2, var., cap. 2, n. 23.

(2) No es lo mismo el remedio contra la lesión por menor edad que contra la que resulta por exceso ó defecto del justo precio en mas ó menos de la mitad. La ley 16, tit. 3, P. 3, distingue muy bien, hablando de los fiadores, la diferente naturaleza de estos remedios. Es difícil que no haya engaño en un contrato con un menor que padeció lesión en mas de la mitad del justo precio. En tal caso el juramento que se le exija de renunciar los recursos legales, lleva el mismo vicio de dolo. *Febrero adicionado* (Febr. de Tap., tit. 4, cap. 2, n. 34, nota.)

(3) L. 23, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 12, lib. 10 de la N. — (4) Coment. sobre la l. ult. cit. de la R. cit., n. 12 y sig. — (5) *Id.*, n. 3. — (6) Glos. 1 de la l. ult. citada de la R.

limiento de su padre ó del que los tuviere en el estudio (1).

43. Las ventas al fiado hechas aun á los mayores de veinte y cinco años para euando se casaren ó heredaren, ó sucedieren en algun mayorazgo, son nulas. Ni se pueden hacer préstamos de dinero, plata, oro ó cualquier otro género, para que se paguen en los casos expresados (2).

44. Los gobernadores, corregidores, sus oficiales y demas individuos de su compañía no pueden comprar heredad alguna por sí ni por otro, en los términos de su jurisdicción, ni edificar casa, ni tener trato de mercaderías, ni introducir ganados, bajo la pena de perder lo que compraren ó edificaren, las mercaderías y los ganados, todo con aplicación al fisco (3).

45. Los jueces durante su oficio no pueden comprar por sí ni por otro cosa alguna de lo que mandan vender en almoneda, ni casa, heredad, ni otra alhaja raiz en el territorio de su jurisdicción; pero pueden vender las que tengan heredadas de su padre ó de alguno de los otros parientes, ó ganado de otra manera, ántes de que le hubiesen escogido para aquel oficio (4), y retraer las que venda algun consanguineo suyo, porque se subrogan en el lugar del comprador, y cesan los motivos de la prohibicion de comprar (5).

46. Los corredores, dice la ley (6), que no pueden comprar, ni vender, ni tratar en mercaderías de cualquier calidad que sean, por sí ni por interpuestas per-

(1) L. 4, tit. 7, lib. 1 de la R. ó 1, tit. 8, lib. 10 de la N. — (2) L. 2, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 1, lib. 10 de la N. — (3) L. 5, tit. 5, P. 5; l. 2, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 11, lib. 7 de la N. — (4) L. 5, tit. 5, P. 5; l. 22, tit. 8, lib. 2 de la R. ó l. 4, tit. 14, lib. 5 de la N. — (5) Gom. en la ley 70 de Toro, n. 12. Hermos. en la 5, tit. 5, P. 5. — (6) L. 26, tit. 11, lib. 5 de la R. ó l. 4, tit. 6, lib. 9 de la N.

sonas, ni las puedan tener siendo propias suyas, para vender, so pena de que por cada vez que cualquiera de ellos lo hiciere, pierda las mercaderías, y mas, caiga en pena de diez mil maravedis aplicados por tercias partes al fisco, juez y denunciador. Y que ninguno de los tales corredores pueda comprar por sí ni por interpósita persona cosa alguna de las que se dieren á vender á otro corredor, ni pueda dar á vender un corredor á otro las que se hubieren dado para que él venda; y por cada vez que lo contrario hiciere alguno de ellos, caiga en pena de diez mil maravedis aplicados en misma forma. (Véase el n.º 23 del apéndice de corredores.)

47. Los ropavejeros nada pueden comprar en almoneda por sí, ni por interpuesta persona, bajo la pena por primera vez de perder lo que compran: por segunda vez imponia la ley la pena de cien azotes (1); pero advierte Febrero (2) que esta ya no se observaba.

48. Los clérigos están privados por derecho canónico (3) y por el civil (4) de comprar y vender por vía de negociacion, ya sea por sí mismos ó ya por medio de otros.

49. Ninguno puede recibir por compra, trueque, empeño, dádiva, encomienda, guarda, ni en otra forma, joyas ni otras cosas de esclavo, ni de esclava, blanco ó negro, cristiano ó no cristiano, natural ó extranjero, bajo de graves penas, á no ser que tenga consentimiento de su señor ó sea comerciante recibido por tal (5).

50. No se pueden comprar trastos de casa, paja, lena ni otra cosa, aunque sea de comer, á criada ó cria-

(1) L. 17, tit. 12, lib. 5 de la R. ó 4, tit. 12, lib. 10 de la N. — (2) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 2, n. 24. — (3) Concil. Trid. sess. 22, *De reform.*, cap. 1, *Bul. Apostolica servitotus* de Benedicto XIV. — (4) L. 46, tit. 6, P. 5, *Abrev.* en la l. 7, tit. 18, lib. 9 de la R. — (5) L. 16, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 16, tit. 1, lib. 10 de la N.

do de servicio, bajo la pena de ser castigado el comprador, como encubridor del hurto (1).

51. Ninguno puede comprar alhaja enteramente suya; pero si no lo es en el todo, vale la venta en la parte aiena, y tambien la del derecho ó servidumbre que otro tenga en la propiedad del comprador (2).

52. El rey de España Carlos III mandó (3) en 1763, que por ningun caso se admitiesen instancias de manos muertas para la adquisicion de bienes; y el rey Carlos IV dispuso (4) en 1795, que con el invariable destino de extinguir los vales reales, se impusiera y exigiera un 15 por 100 de todos los bienes raices y derechos reales que de entónces en adelante adquiriesen las manos muertas de todos los reinos de Castilla y Leon, y demas de sus dominios, en que no se hallase admitida la ley de amortizacion, por cualquiera título lucrativo ú oneroso, por testamento ó entre vivos, etc.

53. En cuanto á la adquisicion de bienes por extranjeros, véase lo dicho en el título 2, libro I, números 14, 15 y 16 (5).

54. CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES. — Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas (6) ni á comprar las ajenas; y si para ello se le obliga con violencia ó miedo grave que precise á un varon constante, la venta será nula (7). Pero en algunos casos puede ser obligado cualquiera á comprar y vender, y valdrá la

(1) L. 3, tit. 20, lib. 6 de la R. ó 6, tit. 12, lib. 10 de la N. — (2) L. 18, tit. 3, P. 3. — (3) L. 17, tit. 5, lib. 1 de la N. — (4) L. 18 de los mismos lib. y lib. Véase sobre el derecho de amortizacion la nota que está al fin de este título.

(5) Las tierras repartidas á los descubridores y pobladores y á sus descendientes, no pueden venderse á iglesia, monasterio ni persona eclesiástica, bajo la pena de perderlas (l. 10, tit. 12, lib. 4 de la R. de Ind.). Sobre las ventas de los bienes de los que se llamaban indios véase la l. 27, tit. 1, lib. 6 de la R. citada, y lo que se dijo sobre esto en el tit. 7, lib. 1, n. 23.

(6) L. 3, tit. 3, P. 3. — (7) LL. 3 y 37, tit. 3, P. 3.

compra y venta. Por ejemplo: 1º Cuando hay escasez de mantenimientos precisos para la vida, ú otro motivo en que se interesa la utilidad pública; pues entónces la autoridad respectiva tiene facultad de compeler á los dueños de tales mantenimientos á venderlos por su justo precio, dejándoles los necesarios para sus familias (1). 2º En favor de la religion, como si una heredad es necesaria para la construccion de un templo, hospital, etc. 3º En favor de la libertad, v. gr. si un siervo pertenece á dos individuos, y uno de ellos lo quiere manumitir el otro está obligado á vender su parte (2). Hermosilla (3) pone otros varios casos. La constitucion federal de los Estados-Unidos Mejicanos (4) previene que si en algun caso fuere necesario para algun objeto de conocida utilidad general tomar la propiedad de un particular ó corporacion, no lo podrá hacer el presidente de la república sin aprobacion del senado, y en sus recesos del consejo de gobierno, indemnizando siempre á la parte interesada á juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno.

55. En cuanto al dolo ó engaño en la venta; es preciso distinguir los casos. Si el vendedor estaba determinado á vender, y el comprador lo engañare, encubriéndole alguna cosa de las que pertenecen á la heredad ó á la cosa vendida, ó haciéndole creer con engaño que algunas cosas pertenecientes á la heredad que estaban en poder de alguno eran difíciles de cobrar y que estaban perdidas, la venta vale; pero el comprador está obligado á enmendar el engaño, de suerte que el vendedor reciba el precio justo de la cosa vendida con sus pertenencias que fueron engañosamente encubiertas. Pero si no pensaba vender, ni conocia lo que vendia é ignoraba su estimacion, y vendió movido de las razo-

(1) Gom., lib. 2, var., cap. 2, n. 31 y allí Ayllon. — (2) LL. 2, tit. 22, P. 4 y 3, tit. 3, P. 5. — (3) En la l. 3, tit. 3, P. 3. —

(4) Art. 112, restriccion 3.

nes falsas sugeridas por el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por ménos de lo que vale la cosa (1).

56. El error impide tambien el conocimiento. Puede ser *esencial ó accidental*. Llamaremos error esencial al que consiste en la esencia de la cosa misma, v. g. comprar latón por oro (2), ó en el individuo, v. g. si el vendedor dijese que habia vendido tal viña, y el comprador que habia entendido otra (3), ó en los principales atributos de la cosa que sin ellos nos es enteramente inútil: v. g. si compramos como sano un caballo manco. Será accidental el error que consiste en circunstancias accidentales de la cosa. El error esencial anula el contrato (4). El error accidental no lo anula; pero da accion al que erró para que se le restituya todo lo que vale de ménos la cosa. Si el error fuere en la medida de un terreno que resultase tener mas ó ménos extension de la que se expresó al tiempo de la venta, esta sería válida; pero se puede dudar si se debe alterar el precio. Si el terreno se vendió considerando su medida, habrá lugar el aumento ó disminucion del precio; pero no lo habrá si se vendió sin aquella calidad. Esta opinion se funda, no en leyes patrias que no las hay para el caso, sino en la justicia de las romanas que adoptan varios autores (5).

57. OBLIGACIONES Y ACCIONES QUE NACEN DE ESTE CONTRATO. — Es obligacion del vendedor manifestar los vicios de la cosa vendida. Lo es tambien entregar la cosa vendida, y mientras no lo hace, no tiene accion para pedir el precio.

58. Es obligacion del comprador pagar el precio contratado. Si no lo paga, ni el vendedor quiere esperar lo,

(1) Véase la L. 57, tit. 3, P. 5. — (2) L. 21, tit. 3, P. 3. — (3) L. 20, tit. 3, P. 3. — (4) L. 21, tit. 3, P. 5. — (5) Gom. 2, var., cap. 2, n. 46 Ayl. Cobarr., *Pract. quest.*, cap. 3.

no se le transfiera el dominio de la cosa vendida, aunque haya intervenido tradicion (1).

59. De lo dicho se infiere que en este contrato la comodidad es igual para ambos contrayentes, y por lo mismo segun la regla segunda de las que pusimos en el título 9, n. 34, uno y otro estarán obligados al dolo, y á las culpas lata y leve (2).

60. Como este contrato es bilateral, y nacen de él dos acciones que son directas, porque nacen desde el principio, y por la naturaleza misma del contrato. Estas acciones tienen nombre, porque el contrato es nominado y se llama *compra y venta*. La de *compra* es la que tiene el comprador para conseguir la cosa. La de *venta* es la que tiene el vendedor para que se le pague el precio.

61. La accion de compra se da al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero, pero no contra tercer poseedor, porque es personal. Su efecto es conseguir todo lo que se debe en virtud de este contrato.

62. La accion de venta se da al vendedor, cuando ha entregado la cosa, ó á su heredero contra el comprador ó su heredero á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato.

63. Hay otras dos acciones peculiares del comprador, que són la *redhibitoria*, y la *estimatoria ó quanti minoris*. La primera se da en la venta de bienes que tienen vicios ó defectos que no se manifestaron al comprador. Este puede intentarla contra el vendedor dentro de los seis meses primeros siguientes á la celebracion de la venta. Su efecto es que el contrato se rescinde y se devuelve el precio al comprador, devolviendo este la cosa vendida (3).

64. Si se pasare el término señalado, sin que el com-

(1) L. 46, tit. 28, P. 3. — (2) L. 23, tit. 3, P. 3. — (3) L. 63, tit. 3, P. 3.

prador intente la accion redhibitoria, la venta queda válida; pero puede intentarse dentro de los seis meses que sigue la accion estimatoria ó *quanti minoris*. Su efecto es que el vendedor devuelva lo que vale de ménos la cosa vendida, por el defecto, tacha ó vicio que ocultó. Segun lo dicho, pasado el año no puede el comprador intentar ninguna de las dos acciones dichas (1). Si el vendedor manifestare el vicio de la cosa, ó el comprador renunciare las acciones referidas no podrán intentarse (2).

65. Gregorio Lopez (3) dice que los plazos referidos se contarán desde el día de la venta, si en ese día llegó á noticias del comprador el vicio ó defecto de la cosa, y se funda en las palabras del principio de la ley (4) que dicen: *luego que el comprador la entendiese*; pero la misma ley dice al fin: *Este tiempo de los seis meses é del año sobredicho se debe comenzar á contar desde el día que fué fecha la vendida*.

66. La ley (5) hablando de bienes raíces dice, que cuando el que vende casa ó torre que debe servidumbre, calla esta carga sin avisársela al comprador, puede este deshacer la venta, y está tenido el vendedor á devolver el precio *con los daños y menoscabos que le hubiere causado*. Y aunque no habla de la accion estimatoria, Gregorio Lopez (6) dice que el comprador puede elegir esta ó la redhibitoria, y que los daños y menoscabos se pagarán si el vendedor tenia noticia de

(1) L. 63, tit. 5, P. 3. — (2) L. 66, tit. 3, P. 3. Las leyes 63 y 65, tit. 5, P. 3, hablan la primera, de casa ó torre que debe servidumbre, y de campo que criase malas yerbas dañosas para las bestias que las paciesen; y la segunda de bestia que tuviese alguna mala enfermedad ó tacha por la que valiese ménos. Pero de estas dos leyes sacan los autores las acciones redhibitoria y estimatoria en la venta de toda clase de bienes. — (3) Glos. 11 de la l. 63, tit. 3, P. 3. — (4) L. 63, tit. 3, P. 3. — (5) L. 63, tit. 5 P. 3. — (6) Glos. 4 á la l. 63, tit. 3, P. 3.

la carga cuando vendió; pero no, si la ignoraba, á no ser que la ignorancia fuese supina.

67. Hermosilla (1) dice que en las ventas de bestias no solo se debe volver por el vendedor el precio como manda la ley (2) en el caso de la accion redhibitoria, sino tambien los daños y menoscabos, como en los bienes raíces. La ley (3) parece que exige, para que se den las acciones, que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha de la bestia, pues dice: *Si lo sabe el vendedor*; pero Gregorio Lopez y Hermosilla (4) juzgan que no es necesaria aquella circunstancia, sino que la ley la pone como por ejemplo. Este modo de pensar es conforme á una ley romana (5) que tiene buenos fundamentos.

68. EVICCIÓN Y SANEAMIENTO. — La compra y venta es el contrato en que ocurre con mucha mas frecuencia la necesidad de la evicción. Esta es: *Recuperacion que se hace en juicio de alguna cosa propia, quitándola al que la adquirió con legítimo título* (6).

69. El vendedor está obligado por la naturaleza del contrato á hacer segura, sana y efectiva al comprador la alhaja que le vende, aunque no se exprese (7) al celebrar la venta, y puede ser compelido á ello, si no se pactó lo contrario. En caso de pleito sobre la cosa vendida, el comprador debe requerir judicialmente al vendedor ó vendedores (porque siendo muchos debe citarlos á todos), á lo ménos ántes de la publicacion de probanzas, para que tenga tiempo de producir las suyas. Si ha muerto el vendedor, puede requerir á su heredero ó herederos (8). Los que sean responsables

(1) En la misma ley. — (2) L. 65, tit. 5, P. 3. — (3) La misma. — (4) Gregor. Lop. glos. 4 á la l. 63, tit. 3, P. 3. Hermos. en la adic. — (5) L. 1, § 2, *De artil. edic.* — (6) Pot. Greg., lib. 23, *Syntagm. jur.*, cap. 22, n. 5. Pichard, in § *Si finium* (6, lib. 4, *Instit. de offic. judic.*, n. 121. Ferrar. Bibliot. palabra *Evictio*. — (7) L. 32, 35 y 36, tit. 5, P. 3. — (8) L. 32, tit. 5, P. 3.

de la evicción, siendo así requeridos conforme á derecho, están obligados á defender á su costa al comprador, hasta dejarle en quieta y pacífica posesion, goce y usufructo de la cosa vendida. Y si no lo pudieren conseguir, están obligados al *saneamiento*, que consiste en dar al comprador otra cosa igual en todo á la que le habian vendido, ó restituirle el precio y reintegrarle de las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que hubiere sufrido. Hermosilla (1) pone varios casos en que está obligado el vendedor á la evicción, aunque no se le haga saber el pleito.

70. El vendedor de buena fe no está obligado á la evicción y saneamiento en los casos siguientes. Cuando el comprador compromete el pleito en arbitros sin consentimiento del vendedor. Cuando decae la posesion por culpa del comprador, ó este pierde ó desampara la alhaja; ó no apela de la sentencia que le es contraria, no estando presente el vendedor; ó no se vale de la prescripcion, si puede hacerlo; ó consiente que la cosa se haga eclesiástica; ó cuando la venta de la cosa se hizo estando jugando el vendedor, ó este la perdió al juego (2); bien que Gregorio Lopez y Hermosilla son de sentir, que esto se entiende, si el juego es de los prohibidos. La ley habla del de tablas ó dados. Cuando el juez diere sentencia injusta á sabiendas contra el comprador, no está obligado el vendedor al saneamiento, sino el juez (3). Gregorio Lopez, Hermosilla y Cobarruvias (4) opinan que lo mismo debe entenderse si la sentencia fué injusta por ignorancia del juez, y el primero saca sus razones de la ley 24, título 22, Partida 3. Tampoco está obligado el comprador por caso

(1) En la l. 32, tit. 3, P. 3, glos. 3, art. 6, n. 76 al 94. — (2) L. 36, tit. 3, P. 3. Guzm. *De evict.* quest. 39, 40, 41, 42. Cobarr., lib. 2, var., cap. 17. Ayllon, lib. 2, var., cap. 2. — (3) L. 36, tit. 3, P. 3. — (4) Greg. Lop. glos. 12 á la l. 36, tit. 3, P. 3. Hermos. en su *adición* Cobarr., lib. 3, var., cap. 17, n. 40.

superveniente (1), ni cuando el soberano se apodera de la alhaja (2) aunque esto tiene limitaciones; ni cuando vende todo el derecho que tiene á los bienes del que lo instituyó heredero, y sale fallida alguna porción de ellos; pero si esto sucede con todos los bienes, ó su mayor parte, entónces debe sanearlos; y lo propio milita en los arrendamientos, cuando se vende la renta de una heredad ú otra cosa, y toda ó la mayor parte sale fallida (3). Por último no tiene lugar la evicción, cuando se pacta expresamente que no la haya.

71. Tiene lugar la evicción en los arrendamientos (4), en las permutas (5), en la dación por pago de deuda (6), en los juicios divisorios (7). La ley (8) previene que en las divisiones de herencias que se hacen ante juez, mande este á las partes que se afiancen mutuamente la evicción; pero que esta no tendrá lugar cuando la division se hiciere por el mismo padre ó testador. Gregorio Lopez (9) dice que esto no se entienda cuando constare que el testador quiso la igualdad entre sus herederos. Y con mas razon debe limitarse al caso en que el hijo quedase perjudicado en su legitima por falta de la evicción. Habrá lugar á esta en las transacciones ó concordias, cuando á uno de los que transigen se le dió, porque transigiese, alguna cosa no litigiosa, ni comprendida en la transaccion; pero no cuando la cosa fuere de las que eran objeto de la transaccion (10). En la dote habrá lugar á la evicción, si la cosa se dió estimada con estimacion que hizo compra, ó empezó por promesa que causó obligacion en el promitente, ó el dotante fué el

(1) Gracian. *Dilect.* for., cap. 329. — (2) L. 37, tit. 3, P. 3. Hermos. en ella glos. 1, n. 6, vers. *Limita 2.* Ferrar., *Bibliot.*, palabra *Evictio*. — (3) L. 34, tit. 3, P. 3. — (4) Guzm. *De evictio-*ne, quest. 24, n. 2. — (5) L. 4, tit. 6, P. 3. Guzm., *quest.* 29, n. 6. Gom. 2, var., cap. 2, n. 33. — (6) Gom. 2, var., cap. 2, n. 33. Guzm., *quest.* 28, n. 10 y sig. — (7) Gom. 2, var., cap. 2, n. 33. Guzm., *quest.* 33, n. 6. — (8) L. 9, tit. 13, P. 6. — (9) Glos. 2 á la l. 9, tit. 13, P. 6. — (10) Gom. 2, var., cap. 2, n. 38.

padre que tiene obligacion de dotar (1). La eviccion tiene lugar en todos los contratos onerosos. No compete por lo regular á los que tienen las cosas por título lucrativo; pero si les compete algunas veces; por ejemplo, habrá lugar á ella respecto del legatario á quien se legó una cosa en general, y habiéndola recibido de la testamentaria se le quita por alguna persona, pues entónces deberá dársele otra (2). Lo mismo sucederá siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo tiene derecho á pedirla de nuevo ó su equivalente. Puede verse á los autores (3) que tratan por extenso de esta materia de eviccion.

72. CONDICIONES Y PACTOS QUE SE PUEDEN PONER EN ESTE CONTRATO. — La venta puede celebrarse en el lugar donde está la alhaja ó en otro, en presencia ó ausencia de ambos contrayentes, con escritura ó sin ella.

73. Si se pacta que ha de haber escritura, el contrato no se perfecciona, hasta que aquella se otorga, y entre tanto puede retractarse cualquiera de los contrayentes.

74. Lo mismo sucederá si la venta se celebra con alguna condicion suspensiva; v. g. cuando uno vende su casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien le dé mas.

75. Luego que el contrato se perfecciona, ninguno de los contrayentes puede retractarse, si no es que se convengan en disolverlo (4). Y es tan estrecha la obligacion que tienen de cumplirlo, que aunque alguno de ellos sacase carta del rey para deshacerlo, esta no valdria, y el contrato quedaria subsistente (5).

76. No se necesita para la perfeccion del contrato que intervenga la señal que se llama arras (6); pero si

(1) Guzm., quest. 26. Gom. 2, var., cap. 2, n. 37. — (2) Guzm., quest. 27, n. 3. El mismo Sala en su *Digesto*, lib. 21, tit. 2, n. 11.

— (3) Gom. 2, var., cap. 2, n. 33 á 49. Hermos. en la l. 32, tit. 5, P. 3, glos. 1, art. 2 al 12. — (4) L. 6, tit. 5, P. 3. — (5) L. 61, tit. 5, P. 3. — (6) L. 6, tit. 3, P. 3.

las hubo y se pusieron como una pena contra el que se arrepintiese, las perderá el comprador, cuando él fuere el inconstante; y si lo fuere el vendedor, este las restituirá dobladas (1), y en ambos casos quedará sin efecto el contrato. Mas si las arras se dieron por parte del precio ó en señal de quedar perfecto el contrato, ninguno de los contrayentes se puede retractar, aunque consienta en perder las arras.

77. La venta se puede celebrar *puramente ó con condicion*. Se celebra *puramente*, cuando se da al cotado cosa cierta por precio determinado. *Con condicion*, cuando se hace bajo de ciertas calidades permitidas por derecho que pueden llamarse pactos añadidos.

78. Los mas notables que se usan en este contrato son el de *retroviendo*, el *comisorio* y el de *additionis in diem* ó de adiccion en dia ó señalamiento de dia (2).

79. El de *retroviendo* consiste en que la venta se hace con la precisa condicion de que para determinado dia ha de restituir el comprador al vendedor ó á sus herederos la cosa vendida, segun la recibe, sin deterioro alguno, y á él se le ha de restituir el precio. Entre tanto, no ha de poder gravar ni enagenar de ningun modo la cosa vendida, y si lo hiciere, es nulo.

80. Se duda á quién corresponden en este pacto los frutos pendientes al tiempo de la retroventa. Unos dicen que al que redime pagando los gastos. Otros que se han de prorratar entre el comprador y el vendedor, deducidos los gastos. Esta duda tiene lugar cuando la retroventa se hace por el mismo precio que la venta, pues si ha de ser por otro, se estimarán los frutos pendientes para computarlos en el precio (3).

(1) L. 7, tit. 5, P. 3. — (2) LL. 33, 40, 42, tit. 5, P. 3. — (3) Véase á Hermos. en la l. 42, tit. 5, P. 3, glos. 9, n. 5 al 11, y á los autores que cita.

81. El *comisorio* es aquel pacto por el que se obliga el comprador á que si no satisface dentro de cierto plazo el precio de la cosa comprada, quede por el mismo hecho la venta nula, se tenga por no transferido el dominio, y pueda el vendedor quedarse con las arras que se hubieren puesto, en cuyo caso el contrato no valdrá; ó puede exigir todo el precio, y entónces subsistirá el contrato; pero una vez hecha por el vendedor la elección de uno de estos extremos, no puede revocarla (1).

82. Los frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio pertenecen al vendedor, con tal que este devuelva las arras ó señal, y pague los gastos de labor y recolección de los frutos. Si la alhaja padece deterioro por culpa del comprador, mientras la poseyó, está obligado á pagar el daño (2).

83. De los diferentes efectos de este contrato por palabras directas ú oblicuas, se trata en el tit. XII.

84. El pacto *addictionis in diem*, de adición en día, ó señalamiento de día, es una convención de que si el vendedor hallare dentro de cierto tiempo quien le dé mas por la cosa vendida, la podrá vender á este mejor comprador, quedando sin valor la otra venta. En virtud de este pacto debe el comprador restituir la alhaja como la recibió, y el vendedor restituírle el precio que se le dió por ella, y el valor de las mejoras útiles que tenga; mas no el de las precisas para su conservación. El comprador con quien se hizo el pacto de que hablamos, tiene el derecho de preferencia por el tanto que otro diere, y así se le debe dar noticia de las mejoras que otro ofreciere. Se requiere además para que este pacto sea válido: 1º Que el mejor comprador no sea hijo ó siervo del vendedor ú otro que pujase el precio engañosamente: 2º Que la mejora que se ofrece sea

(1) L. 38, tit. 3, P. 5. — (2) La misma ley.

por la alhaja considerada segun la recibió el primer comprador, sin mejoras ni aumentos. Faltando cualquiera de estas circunstancias subsistirá la primera venta (1).

85. Sobre la pertenencia de los frutos de la alhaja en este pacto, véase á Hermosilla (2) que trata de conciliar los diversos pareceres que hay en este punto.

86. El pacto de que una cosa empeñada, si no se redime dentro de cierto plazo quede vendida al acreedor por el justo precio que tenga al fin del plazo, es válido. Pero no lo es el de que se quede el acreedor con la cosa por solo aquello que dió, cuando la recibió á peños (3). Este pacto reprobado suele llamarse también *comisorio*.

87. CAMBIO O PERMUTA. Por la mucha semejanza que tiene este contrato con el de compra y venta, hablaremos de él aquí brevemente, y de los demas innominados, como se hace en el libro de las Partidas. Cambio es, dice la ley (4), *dar y otorgar una cosa señalada por otra*. Se diferencia de la venta en que por esta se da precio en dinero de contado, y por el cambio no, sino una cosa por otra (5); y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena en los términos que se han dicho en su lugar, lo que no sucede en el cambio (6).

88. La ley (7) dice que son tres las especies de cambio: I. Cuando se hace con prometimiento de lo cumplir: II. Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los contrayentes, aunque no estén presentes las cosas y sin entregarlas. III. Cuando además de la convención se verificó por ambas partes ó por una de ellas la entrega de las cosas. En los cambios de la primera especie dispone la ley (8) que á ninguno de

(1) L. 40, tit. 3, P. 3. — (2) En la l. ult. cit., nn. 13 y 16. — (3) L. 41, tit. 3, P. 5. — (4) L. 1, tit. 6, P. 3. — (5) L. 1, tit. 11, lib. 3 del F. R. — (6) LL. 1 y 4, tit. 6, P. 3. — (7) L. 1, tit. 6, P. 3. — (8) L. 3, tit. 6, P. 3.

los contrayentes le sea permitido arrepentirse contra la voluntad del otro, y que el que no quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vieren. Lo contrario dice respecto de los cambios de la segunda especie; pero Gregorio Lopez (1) se inclina á que deberá suceder lo mismo que con los de la primera, en virtud de lo dispuesto por una ley recopilada (2) sobre que valga la obligacion en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro. De los cambios de la tercera especie dice la ley de Partida últimamente citada, que si habiendo cumplido el uno no quisiere cumplir el otro, tendrá el primero la eleccion de recobrar lo que dió, ó demandar los daños y menoscabos al tenor de lo que jurare, con la tasa del juez. Lo mismo está dispuesto (3) respecto de los otros tres contratos innominados.

NOTA. La real cédula de 24 de agosto de 1793 que es la ley 18 tit. 5 lib. 1 de la N. y trata del derecho de amortizacion, se comunicó á los que se llamaban dominios de América en otra real cédula expedida por el consejo de Indias á 2 de noviembre de 1796 en virtud de real orden de 27 de diciembre de 1793 para la exaccion (son sus palabras) *del quince por ciento de todos los bienes y derechos reales que se amorticen ó extraigan del comercio, en los términos más adaptables á aquellos reinos.*

En bando del virey dado en esta capital á 23 de abril de 1806 se publicó lo siguiente.

« La junta superior de real hacienda con audiencia del Sr. fiscal de ella, y previo informe de la direccion general de aduanas, ha hecho (en acuerdos de 23 de agosto de 1803, 9 de febrero de 1804 y 26 de abril 1805

(1) Glos. 4 á la l. ult. cit. — (2) L. 2, tit. 16, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 1, lib. 10 de la N. — (3) L. ult. tit. 6, P. 3.

sobre dudas ocurridas acerca de la legitimidad del cobro de 15 por 100 de amortizacion) las declaraciones siguientes.

» 1<sup>a</sup> Por fundaciones piadosas que están inmediatamente bajo la real proteccion, se entienden las fundaciones cuyos bienes se administran por sujetos que nombre la potestad secular con sujecion á las órdenes de la misma potestad.

» 2<sup>a</sup> Si la mano muerta da en enfiteúsis, ó arrienda sus fundos por cierta pension, no se adeuda el 15 por 100 de amortizacion, porque la mano muerta ningun derecho real adquiere en el caso; antes enagena temporalmente el dominio en los frutos del fundo.

» 3<sup>a</sup> Tampoco se causa el 15 por 100 de amortizacion cuando la mano muerta vende sus bienes raices, ó derechos reales, porque entónces estos bienes en lugar de substraerse del comercio, entran de nuevo en él.

» 4<sup>a</sup> De las permutas, ó cambios de bienes raices, ó derechos reales que entre si hagan las manos muertas ó con algun secular, se cobrará en todo evento el 15 por 100 de amortizacion de los bienes que van á la mano ó manos muertas; aunque los bienes permutados sean iguales en valor, porque la real cédula de 2 de noviembre de 1796 expresa y terminantemente previene se haga la exaccion del indicado 15 por 100 de las mismas permutas ó cambios; entendiéndose la propia exaccion en calidad de depósito, interin el rey se digna determinar lo que sea de su soberano agrado, en vista de las reflexiones que se han hecho sobre este particular.

» 5<sup>a</sup> Cuando las manos muertas permutan bienes, que al tiempo de su amortizacion pagaron el 15 por 100 de ella, no se ha de repetir el cobro, por estar ya recompensado el perjuicio que causó al estado la amortizacion de los bienes.

» 6<sup>a</sup> Cuando la pension que adquiriera la mano muerta es en dinero ó en frutos, se regulará el 15 por 100 de

amortizacion con proporcion á lo que percibe la mano muerta : por lo que si de 4000 pesos percibe de rédito 100 pesos, porque el principal se imponga á censo al 2 y medio por 100, deberá exigirse el 15 por 100 de 100 pesos, que son quince : y si la propia mano muerta percibe de rédito 200 pesos porque el principal de 4000 pesos se imponga á depósito irregular al 5 por 100, deberá satisfacer el 15 por 100 de 200 pesos, que son 30, lo que se entiende mientras S. M. otra cosa determina.

» 7a Cuando las capellanias ú otros principales de obras pias impuestos sobre bienes raices, han pagado el 15 por 100 de amortizacion, si los principales se redimen ó imponen sobre otros bienes igualmente raices, no ha de repetirse la exaccion del citado 15 por 100, hasta que consultado S. M. se digne explicar su real voluntad en este punto, cuya decision coincide con la quinta declaracion.

» 8a Las primeras imposiciones de principales sobre bienes raices, ó derechos reales para capellanias ú otras obras pias, en que las personas ó cuerpos á cuyo favor se hacen, disfrutan únicamente del rédito, han de pagar el 15 por 100 de amortizacion, sea la imposicion á censo ó á depósito irregular, regulándose con proporcion al rédito, en los términos explicados en la declaracion 6a.

» 9a Los capitales que por razon de dote de las que entran monjas, se entregan en numerario á los monasterios, han de satisfacer el 15 por 100 de amortizacion, en el momento de la entrega, sin esperar á que se impongan ó se les dé otro destino : regulándose con proporcion á los mismos capitales, en atencion á que los conventos usan de ellos con pleno derecho á su arbitrio; y estarán los administradores del ramo muy á la mira, segun lo determinado en el citado acuerdo de 26 de abril de 1805 de las entradas de religiosas, para

pedir el 15 por 100 de los dotes que introduzcan, cuidando ademas de exigir de los monasterios anualmente relacion jurada de los principales que hubiesen ingresado con semejante motivo.

» 10a Si por donacion, ó por otro contrato pasa algun principal á mano muerta para que disponga de él á su arbitrio, y no solo de su rédito, ha de satisfacer el 15 por 100 del principal del propio modo que los dotes de monjas, segun la antecedente 9a declaracion.

» 11a Las limosnas que S. M. concede á las manos muertas en vacantes mayores y menores, ó sobre otros ramos, no causan el 15 por 100 de amortizacion; pues las manos muertas no adquieren, en el caso, derecho real alguno, y reciben estas limosnas únicamente en virtud de la libre piadosa revocable voluntad del soberano.

» 12a Los bienes raices ó derechos reales que se amortizan para la primera fundacion de algun colegio Seminario conciliar, casas de enseñanza, hospicios y demas objetos, no satisfarán el 15 por 100 de amortizacion por ahora, y hasta que el rey declare lo que sea de su soberano agrado: quedando los bienes de la primera fundacion responsables á la primera declaracion que S. M. tenga á bien dictar.

» 13a Los bienes raices, ó derechos reales que adquieran las cofradías, sean de españoles, de indios, ó de otras castas, han adeudado y adeudan el 15 por 100 de amortizacion, y debe exigirse respectivamente desde el dia de la publicacion, en los lugares de este reino, de la real cédula de 2 de noviembre de 1796, hasta que cerciorado el ánimo de S. M. de estas incidencias, otra cosa se digne resolver: en el supuesto de que la exaccion del 15 por 100 de amortizacion, ha de hacerse desde el dia de la publicacion de la referida real cédula, no solo á estos bienes de cofradías, sino á los otros que se

hayan amortizado, y no resulten exentos por esta circular, ó por la librada en 18 de mayo de 1798 (1).

» 14ª Para mejor inteligencia de los artículos precedentes se deberá tener presente, que foro ó enfitéusis se celebra cuando los dueños de fincas ó tierras las dan á otros en el todo ó en parte con calidad de que les paguen la pensión que corresponde al valor de ellas, transfiriendo en el que recibe las tierras su dominio útil, esto es, el derecho en sus frutos y utilidades, y reservándose el señor del fundo el dominio directo, hasta que el que recibe las tierras le satisfaga el valor de ellas.

« Y que el pacto de retro es aquel en que se conviene que vuelto el precio dentro de cierto tiempo, se ha de volver la cosa vendida, ó cuando se condiciona, que vuelto el precio no sea la cosa vendida.

« Con arreglo á estas advertencias, á las que distingue la circular de la direccion de alcabalas de 18 de mayo de 1798, y á las que comprende la real cédula de 2 de noviembre de 1796, se ha mandado á los administradores del ramo se manejen y conformen á las mismas, se les ha prevenido devuelvan las cantidades que hubieren exigido de mas, y cobren las que han debido percibir. »

La circular de la direccion general de alcabalas de 18 de mayo de 1798, citada en el bando anterior, no contiene otra cosa sino que los administradores de alcabalas esten muy atentos á que se les presenten los instrumentos públicos á que se contrae la ley, para hacer el cobro, tomar la razon y poner la nota correspondiente.

La misma junta superior de real hacienda acordó en 8 de mayo de 1807 las declaraciones siguientes, comunicadas por el virey á la direccion general de adua-

(1) No hemos hallado esta circular que parece distinta de la que adelante se cita.

nas para su cumplimiento en orden de 16 de junio, y circuladas por ella á las aduanas en 29 de agosto del mismo año. — 1ª Que se suspendiera el art. 9 del bando anterior. 2ª Que los dotes ó principales de que habla el mismo art. impuestos desde que se publicó la cédula de 2 de noviembre de 1796 y que en lo sucesivo se impusiesen, pagasen en calidad de depósito hasta la resolución del rey, el 15 por 100 de amortizacion, únicamente del rédito, y que aun este fuese libre cuando la imposicion se hiciera sobre las rentas reales. — 3ª Que en las permutas ó cambios de que habla el art. 4º del citado bando, se cobre el 15 por 100 de los bienes que pasan á manos muertas, y no de los que salen de ellas. — 4ª Que cuando los conventos adquiriesen algun solar (no por via de primera fundacion, porque entónces es enteramente exento de amortizacion conforme al art. 12 del referido bando) para fábrica de casas ú otros edificios, se diera cuenta á la superioridad, con el objeto de que con presencia de las circunstancias del caso providenciara si se habia de cobrar el derecho de amortizacion ó la mitad, como para el de alcabala ordena la real cédula de 21 de agosto de 1777.

En 26 de julio de 1807 se dió la real orden siguiente: — « Exmo. Sr. — El reverendo Obispo de la Puebla de los Angeles, y el muy reverendo Arzobispo de esa capital, han ocurrido al rey manifestando los graves perjuicios que van á resultar á la religion y al estado de llevarse á efecto la declaracion de esa junta superior de real hacienda, por la que sujeta al pago del 15 por 100 del derecho de amortizacion, impuesto por real cédula de 2 de noviembre de 1796, á los capitales procedidos de los dotes de las que toman el hábito de monjas en los conventos de sus respectivas diócesis desde su publicacion en ellas, y solicitando que se mande revocar como contraria á las reales intenciones, y á los privilegios que gozan los citados dotes por ra-

zón de tales, por estar destinados á los alimentos de las religiosas. — Enterado S. M. de lo referido, de las demas razones y fundamentos en que se apoyan ambos preladados, y de lo expuesto por la comision gubernativa de consolidacion, conforme á su dictámen se ha dignado resolver, que no se exija el citado derecho de los capitales de dotes que no se hayan invertido en adquirir bienes raices, ó derechos reales, en cuyo caso debe hacerse la exaccion, y no al ingreso de la cantidad del dote en los conventos; pero que los que no estuvieren invertidos, como que única y forzosamente han de imponerse sobre las indicadas rentas reales y fondo de consolidacion, desde la publicacion en esos dominios de la posterior real cédula de 26 de octubre de 1804, estan exceptuados expresamente de dicha contribucion y de cualesquiera otro derecho, segun lo declarado en ella. — Lo que de real órden prevengo á V. E. para su inteligencia y puntual cumplimiento. — Dios etc. — *Soler.* »

En 25 de setiembre de 1810 resolvió el virey que las fundaciones de escuelas de primeras letras fuesen libres del derecho de amortizacion, si los capitales se imponian sobre rentas reales ó los bienes de las propias fundaciones se administraban por sugetos nombrados por la potestad secular con sujecion á las órdenes de la misma; pero que si dichas fundaciones no se hallaban en estos casos de exencion, se cobrase el 15 por 100 respectivo al rédito en calidad de depósito hasta la resolucion del rey, á quien se habia de dar cuenta.

## APENDICE.

DEL COMERCIO EN GENERAL, DE LOS LIBROS QUE DEBEN TENER LOS COMERCIANTES Y DE LAS CONTRATAS MERCANTILES (1).

1. Definicion del comercio.
2. Se divide en *terrestre* y *marítimo*. — 3. En *interior* y *exterior*. Este se subdivide en el de *importacion*, de *exportacion* y de *fletes*. — 4. Se divide tambien en el que se hace *por mayor* o *por menor*.
5. Quiénes pueden y quiénes no pueden ejercer la profesion del comercio.
6. Libros que han de tener los comerciantes por mayor.
7. Libros que han de tener los comerciantes por menor.
8. Lo que debe hacer el comerciante por mayor que no suplere leer ni escribir.
9. Modo de salvar el error que por descuido se cometiere en alguna partida de los libros.
10. Pena del comerciante ó mercader tenedor de los libros en que se notare haberse arrancado y sacado alguna hoja.
11. Libros que deben manifestarse en caso de litigio, y pena en que incurre el tenedor que hubiere formado otros.
12. Todo comerciante por mayor está obligado á formar balance, á lo ménos de tres en tres años, y á tener de esto cuaderno firmado de su puño.
13. Principios generales de jurisprudencia, para las contratas mercantiles.
14. Debe atenderse á los usos del lugar en que el contrato se haya celebrado.
15. Las palabras de los contratos mercantiles deben entenderse y explicarse conforme á los estilos y usos recibidos en el comercio.
16. Persona en quien se considera radicado el contrato.
17. Persona á quien compete la accion directa ó útil que nace de un contrato. Excepciones de esta regla.
18. Cuándo se entenderá dolosa la accion intentada, aunque el actor no haya cometido el dolo.
19. Cuándo se entenderá que contrata por sí mismo el que tiene comision de otro.

(1) Está sacado del Febr. de Tapia.

20. El que contrata con quien se tiene por mandatario de otro, no está obligado á indagar la realidad del mandato.
21. Del contrato estipulado con un factor ó otra persona prepuesta ó destinada á una negociacion.
22. Del contrato estipulado con un factor, ó prepuesto fallido ó próximo á quiebra.
23. De los contratos hechos por un negociante dentro del término prefijado por estatuto para poderse uno suponer en inminente quiebra.
24. Estatutos á que debe atenderse para regular y decidir lo que dimana del principio de un contrato, y está anexo á su origen y causa.
25. En los contratos mercantiles debe prevalecer la buena fé al riguroso y estricto significado de las palabras.
26. Las contratas entre comerciantes deben efectuarse segun las calidades y circunstancias del ajuste, á ménos que las partes convengan en disolverlo ó variarlo.
27. Las contratas por escrito deben extenderse con las voces mas claras é inteligibles, y con la explicacion que se expresa.
28. Las contratas hechas con intervencion de corredor jurado, tienen la misma fuerza que si se hubiesen hecho por instrumento público. Fé que merece en tales casos el libro del corredor.
29. Del caso en que la compra ó la venta se hace por uno para repartir entre muchos.
30. Cuando las contratas se hicieren sin corredor, deben los interesados ponerlas por escrito.
31. Lo que debe hacerse cuando el negocio no constare por escrito.
32. Cómo se han de justificar los negocios que se hicieren entre ausentes.
33. Lo que debe hacerse en los negocios que se ajustaren sobre muestras de géneros que han de venir por mar ó por tierra.
34. Del caso en que el negocio se hiciere sin muestras, y resultare diferencia al tiempo de la entrega.
35. Lo que debe hacerse cuando los géneros no corresponden en cosa sustancial á lo estipulado.
36. Del caso en que un comerciante vendiere y entregare á una persona los efectos contratados con otra.
37. De la interpretacion de los instrumentos ó escrituras de los contratos mercantiles cuando hubiere confusion ú obscuridad en sus cláusulas.

38. Plazo para el pago cuando no se hubiere estipulado entre el vendedor y el comprador.

1. Bajo la palabra *comercio* se comprende todo cambio, venta y compra de mercaderías ó negociacion que se hace con frutos, artefactos, dinero, letras de cambio ú otro papel semejante.

2. El comercio se hace por mar ó por tierra, y de aquí su primera division en *terrestre* y *marítimo*. Terrestre es el que se hace por tierra, ó por los rios, lagos y canales. Marítimo es el que se hace por mar, ya sea el Oceano, ya el Mediterráneo, ya otros mares menores, como el Rojo, etc.

3. Dividese tambien el comercio en *interior* y *exterior*. *Interior* se llama el que los individuos de una nacion hacen entre si dentro del territorio de la misma nacion, sea por mar ó por tierra. El de esta clase que se hace por mar suele llamarse de *cabotage*. El *exterior* es el que se hace de nacion á nacion. Este se subdivide en comercio de *importacion*, de *exportacion* y de *fletes*. El primero es el que se emplea en importar ó introducir géneros de una nacion en otra para el consumo. El segundo es el que se emplea en exportar ó extraer géneros del país del comerciante para consumo del extranjero. De fletes, de tránsito ó de transporte, es el que tiene por objeto conducir ó transportar géneros extranjeros de unos puertos á otros de diferente nacion.

4. Por el modo de vender las mercaderías se distingue el comercio *por mayor* ó *por menor*. Comercio por mayor es cuando los géneros se venden por cargas ó fanegas, ó por piezas siendo tegidos, ó por gruesas en las cosas que se cuentan, ó por arrobas en las que se pesan, ó por medidas mayores en los liquidos, ó por docenas en los sombreros y cueros menores. El comercio por menor es el que se hace vendiendo las

mercaderías en tiendas ó almacenes por varas, libras, azumbres ó cuartillos (1).

5. Cualquiera puede ejercer la profesion del comercio, ménos aquellos á quienes está prohibido y son los siguientes: 1º Los clérigos (2). 2º Los empleados de hacienda de que hablan la ordenanza de navegacion (3), las leyes de Indias (4) y otras disposiciones (5). 3º Los hijos de familia que estan bajo la potestad de sus padres, sin licencia de estos (6). 4º Los que no tienen la administracion de sus bienes por estarles prohibida en virtud de falta de capacidad ó de juicio. El menor de veinte y cinco años, si tuviere curador, no puede celebrar contratos mercantiles sin licencia de este; pero si no lo tuviere serán válidos los negocios que por sí haga; siendo de notar que en los tratos mercantiles no se le concede el privilegio de la restitucion (7). 5º La muger casada, á ménos que tenga licencia de su marido, ó por su defecto de la justicia con conocimiento de causa necesaria ó útil. Basta la licencia tácita del marido, como lo sería si este se halla presente á la contratacion de su muger sin contradecirla (8). Una vez dada la licencia por el marido ó el juez, no pueden revocarla (9). 6º El esclavo sin consentimiento de su señor ó dueño, á ménos que sea tenido y reputado comunmente por tal mercader ó tratante (10). 7º Los quebrados ó fallidos fraudulentos (11). 8º Los corredores (12).

(1) Véase la nota 6, tit. 12, lib. 10 de la N. — (2) V. el n. 48 de este tit. — (3) Orden., n. 27. — (4) L. 53, tit. 1, lib. 8, LL. 9, 33, 46 y 48, tit. 4, lib. 8 de la R. de Ind. — (5) V. la nota que está al fin de este apéndice. — (6) L. 3, tit. 1, P. 4; l. 22, tit. 11, lib. 5 de la R. 647, tit. 4, lib. 10 de la N. — (7) *Cur. Philip.* citando á Siracea y otros, tom. 2 del *Com. terr.*, lib. 1, cap. 1, n. 38. — (8) LL. 2, 3, 4, 5 y 6, tit. 3, lib. 5 de la R. 611, 12, 13, 14 y 43, tit. 1, lib. 10 de la N. — (9) *Cur. Philip. com. terr.*, lib. 1, cap. 1, n. 26 al fin. — (10) L. 16, tit. 11, lib. 5 de la R. 616, tit. 1, lib. 10 de la N. — (11) L. 7, tit. 19, lib. 5 de la R. 67, tit. 32, lib. 11 de la N. — (12) Véase el n. 46 de este tit. y lo demás que

6. Los comerciantes han de tener cuatro libros á lo ménos, conviene á saber: un borrador ó manual, un libro mayor, otro para el asiento de cargazones ó facturas, y un copiator de cartas (1). El primero deberá estar encuadernado, numerado, forrado y foliado. En él ha de sentarse la cuenta individual de todo lo que se entrega y recibe diariamente, expresando con claridad en cada partida el día, la cantidad y calidad de los géneros, su peso y medida, los plazos y condiciones, todo arreglado á la forma en que se efectuare el negocio; y se han de escribir todas las hojas del libro consecutivamente, sin dejar blanco alguno y con el asco posible. El libro mayor ha de estar tambien encuadernado, numerado, forrado y foliado, con el rótulo del nombre y apellido del comerciante, cita del día, mes y año en que comienza, y su abecedario adjunto. A este libro se han de pasar todas las partidas del borrador ó manual con la debida puntualidad, formando con cada individuo sus cuentas particulares abreviadas, ó sumariamente, nombrando el sugeto ó sugetos, su domicilio ó vecindad, con *debe y ha de haber* (2), citando

consta en el mismo tit. sobre las personas que no pueden comprar ni vender.

(1) L. 14, tit. 4, lib. 9 de la N. Orden. de Bilb., cap. 9.

(2) Por pragmática de Carlos V y de Doña Juana de 11 de marzo de 1532 (L. 10, tit. 48, lib. 3 de la R. 612, tit. 4, lib. 9 de la N.) se mandó que los bancos y cambios públicos y los comerciantes tuviesen y sentasen la cuenta en sus libros de *caja y manual por debe y ha de haber* como los tenían los naturales, sin dejar hoja en blanco. La misma ley y la cédula de Carlos III de 24 de diciembre de 1772 (L. 13, tit. 4, lib. 9 de la N.) mandan que dichos libros se han de llevar y tener en idioma castellano, bien que por real orden de 8 de marzo de 1773 comunicada por la junta general de comercio en 15 del mismo á la particular de Valencia, con motivo de haber recurrido al rey el embajador de Inglaterra, manifestando que lo dispuesto en esta cédula era contrario á lo estipulado expresamente en el art. 31 del tratado de paz de 23 de mayo de 1667; y queriendo el rey observar religiosamente los tratados, mandó

tambien la fecha y el folio del borrador ó manual de donde dimana; y en este deberán apuntarse la fecha y el folio del libro mayor en que quede asentada ó pasada la partida. Lleno este, si se han de formar nuevos libros, se deberán cerrar todas las cuentas en el mayor con expresion de los restos ó saldos que resultaren en pro ó en contra, pasándolos con puntualidad al nuevo libro mayor, citando el folio y número del libro precedente de donde proceden, con toda distincion y claridad. En el libro de cargazones, que tambien ha de estar encuadernado, se sentarán por menor todas las mercaderías que se reciban, remitan ó vendan, con sus marcas, número, peso y demas calidades, expresando su valor y el importe de los gastos hasta su despacho, y enfrente de este asiento se pondrá con individualidad el de la salida de los efectos, ya sea por venta ó por remision; y de cualquier suerte que sea, siempre se ha de apuntar el dia, la cantidad, precio y sugeto comprador, ó á quien se remitan, y en el caso de acontecer algun accidente de naufragio ú otro, se deberá asimismo anotarle con expresion de lo acaecido, para que conste á quien convenga la resulta de todo. En el copiador de cartas, que asimismo ha de estar encuadernado, deben escribirse en copia todas las cartas de negocios que se enviaren á los corresponsales, con toda puntualidad, consecutivamente y á la letra, sin dejar entre una y otra mas hueco ó blanco que el de su separacion. Ademas de estos libros manda la Ordenanza de Bilbao á todo comerciante por mayor, que tenga un cuaderno rubricado de su mano, en que conste con claridad y formalidad el balancee, que deberá hacer de tres en tres años. El comerciante puede tener ademas

que el contesto de aquella real orden solo debe entenderse con los comerciantes por menor, y con los extrangeros comerciantes por mayor avecinados y connaturalizados en España y que no gocen de los privilegios de su nacion.

de dichos libros otros para sus anotaciones ó asientos particulares, formándolos en partidas dobles ó sencillas segun su arbitrio. Estos libros se llaman auxiliares.

7. A los mercaderes ó comerciantes por menor solo exige la Ordenanza de Bilbao un libro encuadernado y foliado, con su abecedario, en que vayan formando todas sus cuentas con especificacion y claridad; y aun respecto de otros mercaderes de menor cuenta, para quienes no sea necesaria esta formalidad de libro, se previene que tengan un cuaderno ó librito menor foliado, en el cual asienten con toda puntualidad las mercaderías que compren y los pagos que hagan (1).

8. La misma Ordenanza previene que si un comerciante por mayor no supiere leer y escribir, esté obligado á tener un sugeto inteligente que le asista á cuidar del manejo y direccion de dichos cuatro libros, otorgándole poder amplio en forma, ante escribano, para que intervenga en las negociaciones, firme letras de cambio, vales, contratas y demas instrumentos ó resguardos concernientes á ellas (2).

9. En caso de que por descuido se haya escrito con error alguna partida en los libros, en cosa sustancial, no podrá enmendarse la misma partida sino contraponiéndola enteramente con expresion del error y su causa (3).

10. Si en alguno de dichos libros se notare haberse arrancado ó sacado alguna hoja, el comerciante ó mercader tenedor de ellos se constituye de mala fé, y no deberá ser oido en juicio ni fuera de él en razon de diferencia de sus cuentas, sino que al otro con quien litigare ó contendiere, teniendo sus libros en debida forma, se le dará entero crédito, y se deberá proceder segun estos á la determinacion de la causa (4).

11. Siempre que por litigio ú otro motivo hubieren

(1) Orden. de Bilb., cap. 9, nn. 8 y 9. — (2) Cap. 9, n. 7. — (3) Orden. de Bilb., cap. 9, n. 10. — (4) Cap. 9, n. 11.

de exhibirse libros de cuentas de comercio, deberán manifestarse precisamente los corrientes ó fenecidos, pues si se reconociese que el tenedor de los que hayan de presentarse, hubiere formado otros, no solo no harán fé, sino que se procederá á castigarlo como comerciante fraudulento, con las penas correspondientes á su malicia y delito (1).

12. Todo comerciante por mayor está obligado á formar balance, á lo ménos de tres en tres años, y á tener de este cuaderno separado, firmado de su puño con toda distincion y formalidad, á fin de que en caso de quiebra, pueda graduarse, si esta ha sido dimanada de mera desgracia ó de malicia (2).

13. En las contratas mercantiles hay ciertos principios generales de jurisprudencia adaptables á las materias del tráfico, y son los siguientes.

14. Para la inteligencia y fuerza de todo contrato, como tambien para interpretar la mente de los contratantes, debe siempre atenderse á la costumbre y usos del lugar en que aquel se haya celebrado. Se podrá tambien recurrir en caso de duda al juicio y dictámen de las personas prácticas en negocios de la misma clase á que perteneciere lo estipulado.

15. Las palabras de los contratos ó convenios mercantiles deben entenderse conforme á los estilos y usos recibidos en el comercio, y explicarse por los negociantes del mismo modo, aun cuando admitan otro sentido y puedan significar otra cosa.

16. Todo contrato se considera radicado en la soa persona del contratante, aunque la utilidad redunde en favor de un tercero por cuyo beneficio se haya estipulado.

17. La accion directa ó útil que nace de un contrato no compete á aquel en cuyo nombre se ha estipulado, sin que preceda la cesion del contratante. Esto no

(1) Cap. 9, n. 12. — (2) Orden. de Bilb., cap. 9, n. 13.

tiene lugar cuando se trata de un procurador que estipula en virtud de mandato expreso de su principal, ó cuando el contrato recae sobre cosas pertenecientes á este, pues entónces le competirá toda accion sin necesidad de la cesion del procurador.

18. Siempre que cualquiera intente proceder en virtud de un contrato dolosamente estipulado, se entenderá dolosa la accion intentada, aunque el actor no haya cometido el dolo; y por tanto le obstará siempre la excepcion del mismo dolo cometido en el contrato.

19. Un negociante que tenga órden de su corresponsal para contratar, y ejecutar la comision, sin expresar la persona por quien contrata ni exhibir el mandato, se entenderá haber contratado por si mismo, y no obligará de modo alguno al individuo por quien hizo ánimo de contratar. Esto tiene lugar aun en el caso de que se pueda probar que el que contrató con el procurador hubiese sabido extrajudicialmente el mandato del principal comitente.

20. Cualquiera que contrata con quien se tiene por mandatario de un tercero, no está obligado á indagar la realidad del mandato, á fin de obligar al mandante por el hecho del mandatario contratante; y mucho ménos cuando el contrato fuere sobre un negocio que el mismo mandatario haya administrado generalmente á nombre de su principal.

21. El contrato estipulado con un factor ú otra cualquiera persona prepuesta y destinada al manejo de una negociacion, aun despues de revocada por su principal la facultad de contratar, será válido, siempre que el sugeto que contrate con él ignorase la revocacion del mandato.

22. El contrato del factor ó prepuesto fallido ó próximo á quiebra es válido aun en perjuicio de su principal, si el otro contratante no tenia noticia alguna del estado de aquel; pero no valdrá, si este contra-

tante era sabedor del tal estado, ó hubiese debido serlo por las señales que precedieren á la misma quiebra.

23. Los contratos hechos por un negociante dentro del término prefijado por cualquier estatuto para poderse uno suponer en inminente quiebra, se presumen siempre fraudulentos, y por consiguiente nulos; pero esta presuncion debe ceder á la verdad establecida en contrario; pues todo contrato será válido siempre que la quiebra haya procedido de causa posterior á él, ó si al tiempo de celebrarse este, gozase el mismo negociante de buen crédito en la plaza, aunque en realidad estuviese insolvente. Probada pues en el contratante la ignorancia de la actual ó próxima quiebra de aquel con quien hubiere contratado, se sostendrá á su favor el contrato.

24. Para regular y decidir lo que dimana del principio de un contrato y está anexo á su origen y causa, debe atenderse siempre á los estatutos del lugar donde se hubiere celebrado, y no de aquel en que se haya de pedir su ejecución, pues la voluntad de los contratantes no debe entenderse ni explicarse sino conforme á lo que se observa y usa en el pueblo donde se hace la estipulación.

25. Para la expedición y fomento del comercio se ha admitido generalmente en los contratos mercantiles, en conformidad también al derecho común, que la buena fé y la justa interpretación deducida de la voluntad de los contratantes, deba prevalecer al riguroso y estricto significado de las palabras, y que no se admitan interpretaciones cavilosas y contrarias al verdadero espíritu de la contratación.

26. Todas las ventas, compras, ajustes ó contratas que se estipularen entre dos ó mas comerciantes, al contado ó á plazo, por trueque ó de cualquier otro modo, se han de efectuar y cumplir segun las calidades y circunstancias del ajuste, á ménos que por con-

venio de los contratantes se varíe en parte ó se anule del todo lo contratado (1).

27. En las ventas, compras y ajustes que se reduzcan á escrito, han de hacerse las contratas con voces las mas claras é inteligibles, evitando toda confusion y ambigüedad, y expresando en ellas todas las condiciones, cantidad, calidad, marcas, números y forma de sus pagos (2).

28. Si las contratas se efectuaren por medio de corredor jurado, han de tener la misma fuerza y validacion que si fuesen hechas por instrumento público, en cualquiera diferencia que se suscite entre los comerciantes en razon del ajuste y sus circunstancias, habiendo de estarse en tales casos á lo que constare del libro del corredor, siempre que se halle de conformidad con el asiento de una de las partes (3).

29. Sucede á veces que al comprar ó vender porcion de mercaderías, un individuo hace cabeza y concluye el negocio, y despues se dividen y reparten los géneros, ó el precio entre muchos, en cuyo caso se ha de estar á la razon de los que contrataron el negocio, para hacer el cotejo en caso de diferencia con el libro del corredor, sin que sirva la de los demas interesados en la mercadería (4).

30. Siempre que las contratas se hicieren sin que intervenga corredor, estarán obligados los contratantes á poner la estipulación por escrito en papel reciproco, para que cada una de ellas sepa á los que se obliga (5).

31. En caso de no reducirse á escrito el negocio, será de cargo del que vendé dar al comprador un trasunto ó memoria del valor de la partida, y el comprador deberá volverla rubricada de su puño, con la expresion de haberla pasado de acuerdo (6).

(1) Orden. de Bilb., cap. 11, n. 1. — (2) Id., cap. 11, n. 2. — (3) Id., cap. 11, n. 3. — (4) Id., cap. 11, n. 4. — (5) Id., cap. 11, n. 5. — (6) Orden. de Bilb., cap. 11, n. 6.

32. Los negocios que se hicieren con personas ausentes se han de justificar por lo que constare de los libros y cartas originales recibidas, y copias de las que se hubieren escrito (1).

33. Cuando se negociare sobre muestras en géneros que deban venir por mar ó por tierra, deberá el vendedor entregar dentro del tiempo convenido los efectos de la misma calidad de las muestras, conservando una de ellas el comprador, otra el vendedor, y el corredor otra, para que en caso de diferencia se esté á lo que resulte del cotejo que de ellas se haga; entendiéndose que dichos géneros contratados serán de las calidades y condiciones en que convengan dos de las referidas tres muestras (2).

34. Si el negocio se hiciere sin muestras, y resultare diferencia sobre su calidad y circunstancias al tiempo de la entrega, se estará á lo que contenga la contrata de su razon; y si aun insistiere el comprador en que los géneros no son de la calidad contratada, se deberá estar á la declaración de peritos que se nombrarán por las partes, y en caso de no querer hacerlo estas, lo hará el tribunal de oficio (3).

35. En cualquier negocio que se contrate con muestras ó sin ellas, sobre géneros que han de venir por mar ó por tierra, si se reconociere al tiempo de la entrega ó despues de haberlos recibido, no corresponder en cosa sustancial á lo estipulado, no proviniendo este defecto de fraude del comprador ó del vendedor, quedará disuelto el negocio como si no se hubiera celebrado. En tal caso se devolverán los géneros al vendedor, quien estará obligado á restituir al comprador el dinero ó efectos que hubiere recibido en pago del todo ó parte (4). Pero si resultare que la diferencia en cantidad ó calidad de los géneros contratados procede de

(1) Id., cap. 11, n. 7. — (2) Id., cap. 11, n. 8. — (3) Id., cap. 11, n. 9. — (4) Id., cap. 11, n. 10.

fraude del vendedor, deberá este cumplir el ajuste segun sus circunstancias, indemnizando al comprador de todos los daños y perjuicios. Si se descubriese que el comprador cometió el fraude despues de haber recibido los géneros, deberá cumplir con aquello á que se obligó en la contrata ó ajuste; y uno y otro en caso de delito serán castigados segun su gravedad á arbitrio del juez (1).

36. Si algun comerciante hiciere contrata ó negocio con otro, y ántes de verificar la entrega de los efectos contratados ejecutare segunda venta de ellos á otro, entregándoselos, subsistirá esta segunda negociacion, por haberse transferido con la entrega el dominio en el segundo contratante; y el primero solo tendrá accion contra el vendedor para repetir de él los daños y perjuicios que se le hubieren seguido por falta del cumplimiento de la contrata, y será este último condenado al resarcimiento de dichos daños, incurriendo ademas en las penas que merezca á proporcion de la malicia que se le justificare haber tenido en faltar á la primera contrata y entrega de los géneros (2).

37. Siempre que en los instrumentos ó escrituras que se hicieren en razon de dichos contratos, hubiere alguna confusion por obscuridad de sus cláusulas, deberán interpretarse en todos tiempos contra el vendedor, á quien se ha de imputar la falta, por no haberse explicado con la debida claridad (3).

38. Cuando entre el vendedor y el comprador no se hubiere estipulado plazo determinado para el pagamento, se deberá entender el de quatro meses desde el dia de la entrega de los géneros (4).

NOTA. — En banda del virey dado en esta capital á 19 de diciembre de 1789 se publicó una real orden de 14 de

(1) Orden de Bilb., cap. 11, n. 11. — (2) Id., cap. 11, n. 12. — (3) Id., cap. 11, n. 13. — (4) Id., cap. 11, n. 14.

abril del mismo año, expedida por la secretaría de estado y del despacho de guerra y hacienda de Indias, que dice así: « Para evitar los graves perjuicios que ya se notan, y precaver los que pueden seguirse á los intereses del rey, del público y particulares en tolerar que los administradores, contadores y demas empleados en los ramos de rentas reales de Indias ocupen y diviertan su atencion y cuidado en el giro del comercio propio, faltando al cumplimiento de sus respectivos encargos, ha resuelto S. M. que estos dependientes de ningun modo puedan desde ahora en adelante comerciar directa ó indirectamente ni con pretexto alguno, bajo la pena de privacion de sus empleos. »

En real orden de 16 de febrero de 1790 se declaró que la anterior debía entenderse solo con los empleados que gozaban de sueldo fijo, y no con los que disfrutaban el premio eventual de un tanto por ciento. En otra real orden de 26 de junio del mismo año dada en virtud de lo que expuso el virey de Méjico, se aprobó la declaracion hecha por este al fin del bando citado, de que la orden de 14 de abril que dejamos copiada no comprendia por entónces á los dependientes de la renta del tabaco empleados en administraciones particulares y fielatos agregados que no pasasen de mil pesos de utilidad líquida; pero si á todos los demas y al comandante de los resguardos de las villas de Córdoba y Orizava, los visitadores, guardas mayores y cabos de la dicha renta.

En 4 de agosto de 1794 se expidió la real orden siguiente; « Habiéndose examinado en el consejo las causas que se formaron en Buenos-Aires contra algunos sugetos de aquel comercio y otros empleados en rentas reales por incidencia de la sumaria contra el administrador de aquella aduana, por el descubierto que se le halló de suma considerable en los caudales del rey, sin embargo de resultar en dichas causas confesos y

convictos unos y otros de haberse mezclado en comercios con el expresado administrador, y ejecutádolos por sí á nombre de este, han sido absueltos de ellos por el mencionado tribunal, no obstante lo dispuesto por las leyes de Indias, señaladamente por la 46 y 48, tit. 4, lib. 8, en que se prohíbe todo trato y grangeria directa ó indirecta á los oficiales reales, dentro ó fuera de sus provincias, bajo las penas que señalan, tanto como á los que se mezclasen en negocios con ellos, por haber fundado sus defensas los comprendidos en dichas causas para eximirse de la disposicion de las citadas leyes y sus penas á que se han arreglado las acusaciones fiscales, en que los empleados en la direccion, administracion y resguardo de las rentas reales no están comprendidos en ellas, pues por la real ordenanza de intendencias de aquel vireinato en los artículos 84 y 88, y sus concordantes 88 y 91 de la de Nueva España, se les permitia el que pudiesen tener tratos y grangerias licitas pagando los derechos reales y municipales que por razon de ellas causarían; cuya excepcion la han fundado igualmente los acusados en la real orden circular de 14 de abril de 1789, publicada en Buenos-Aires despues de formadas sus causas, por haber declarado en ella S. M. con el fin de evitar los graves perjuicios que se habian notado en otras partes por la tolerancia de que los empleados en rentas reales se mezclasen en comercios propios, que de ningun modo pudiesen estos en adelante comerciar con pretexto alguno, bajo la pena de privacion del empleo; deduciendo del literal confesó de esta real orden la ninguna duda que ofrecia la inteligencia de los citados artículos de las ordenanzas de intendentes en cuanto á estarles por ellos permitido el comerciar; pues á no ser este su concepto, no se les habria impuesto la prohibicion de hacerlo desde entónces en adelante. Con presencia de todo lo referido, y del antecedente que mo-

tivó la posterior real orden tambien circular de 16 de setiembre de 1790, por la cual se declaró que la prohibicion de poder comerciar, impuesta por la anterior citada de 14 de abril de 1789 á los empleados de rentas reales, solo debia entenderse con los que gozan de sueldo fijo, y no con los que disfrutan el eventual del tanto por ciento de administracion, ha venido S. M. en declarar á todos los empleados en las direcciones, administraciones y resguardos de sus rentas reales en ambas Américas, de cualquiera clase que sean, ya gocen de sueldo fijo ó solo del eventual, como verdaderos ministros que son de real hacienda, por comprendidos en la disposicion de las leyes que tratan de los oficiales reales, y que les prohiben todo trato, comercio y grangeria, sin mas excepcion que aquellas que proceden de sus propias haciendas, bajo las penas que en ellas se expresan con respecto á dichos oficiales reales, á quienes han sustituido, conforme á lo dispuesto por las citadas ordenanzas, los contadores y tesoreros, asi generales como particulares y foráneos de las respectivas cajas reales de sus dominios, y los demas que se mezclasen con ellos en tratos y negociaciones mercantiles, segun y en la forma que se haya declarado por las mismas leyes, derogando S. M. los expresados articulos de las dos ordenanzas de intendentes de Buenos Aires y Nueva España que suponen permitidos los tratos y grangerias á los empleados en la direccion, administracion y resguardo de las rentas reales, igualmente que la circular de 16 de febrero de 1790, que declaró pudiesen comerciar los empleados en ellas que solo gozan del sueldo eventual del tanto por ciento; pues quedarán removidos los inconvenientes que se representaron, y motivaron esta real orden, reuniéndose las administraciones subalternas de aquellos ramos que por su corta entidad producen limitado premio á los que las sirven separadas, con un tanto por ciento de sus

rendimientos, ó poniéndolas donde no puedan reunirse, al cargo de vecinos honrados y hacenderos de los mismos pueblos, y no sean comerciantes, como es la voluntad expresa de S. M. se ejecute en observancia de las leyes que prohiben toda provision de oficios en los que lo sean.»

Con motivo de haber pretendido el consulado de la Coruña que los juicios sobre contratos mercantiles entre los comerciantes y los capitanes ó dependientes de los buques correos se sustanciasen por el tribunal del mismo consulado, y no por el juzgado de correos, se dijo en real orden de 29 de julio de 1793, que á fin de evitar el perjuicio que decia el propio consulado sufrir el comercio con motivo de negociar los dependientes de la renta, se prohibia absolutamente á los individuos de correos de cualquiera clase que fuesen, el comerciar con caudal propio ó ajeno, ni tomar géneros, efectos ó comisiones bajo de otro título, que pudiese dar motivo á queja, bajo la pena de privacion de empleo, y lo demas á que hubiese lugar.

La junta superior de real hacienda de esta capital acordó en 1º de octubre de 1802 lo que sigue: «Visto este expediente y las reales órdenes de 14 de abril de 1789, 16 de febrero de 1790, 25 de junio del mismo año y 6 de mayo de 1791, en cuyo cumplimiento se le habia dado la instruccion que dispuso el acuerdo de esta junta superior de 11 de noviembre del mismo; los informes que ademas se han expuesto; la disposicion de la real orden de 4 de agosto de 1794; lo pedido por el señor fiscal de real hacienda en su anterior respuesta de 21 del corriente y lo demas que ver convino, acordaron: que sin hacerse novedad en los administradores del tabaco, que no lo sean de otras rentas, y no llegue su dotacion á mil pesos, á los que eximió de la prohibicion de comerciar la real orden de 26 de junio de 1790, con conocimiento de causa, del expediente for-

mado y determinacion tomada por esta superintendencia general subdelegada de real hacienda, y de cuya derogacion especifica no se hace mencion en la de 4 de agosto de 1794, en todos los demas se cumpla esta soberana disposicion, circulándose á las intendencias y direcciones generales de rentas. » Coneluye el acuerdo diciéndose que se de cuenta al rey, y se le haga presente que siempre será útil que subsista en todos la prohibicion de comerciar, pues siendo el administrador del tabaco el que debe celar el contrabando, si á la sombra del comercio á los que se les permite, lo ejecutan los guardas, se embarazarán, y faltará el principal resorte de precaverlo.

Estas son las disposiciones que hemos podido hallar sobre esta materia.

## TITULO XI.

## DE LOS RETRACTOS Ó TANTEOS DE LAS VENTAS.

Tít. 11, lib. 3 de la R. Tít. 13, lib. 10 de la N.

- |  |  |
|--|--|
| 1. Retracto, qué es.   | 9. Lo que debe hacerse en  |
| 2. Antigüedad de los retractos.  | concurencia de dos ó   |
| 3. Subdivision.  | mas parientes de igual   |
| 4. Qué es retracto gentilicio. — 5. Este se extiende á los hijos naturales. — 6. Y tambien á los hijos ú otros descendientes desheredados. | grado.   |
| 7. Preferencia del pariente mas cercano, y cómo se graduará la proximidad.   | 10 y 11. A quienes no compete el retracto gentilicio.                                    |
| 8. Si el pariente mas próximo no puede ó no quiere tantear la finca,   | 12. El doble vinculo de parentesco no dá preferencia entre los parientes de igual grado. |
|  | 13. Bienes en que cabe el retracto gentilicio.   |
|  | 14. En cuales no tiene lugar.  |
|  | 15. Sobre un requisito que   |

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

- |   |   |
|---|---|
| 16. Para que el retracto tenga lugar es necesario que las cosas no hayan llegado á salir del patrimonio y descendencia.             | recho de retraer puede reconvenir al reo en el lugar de su domicilio ó donde está la finca.     |
| 17 y 18. Casos en que tiene lugar el retracto.  | 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32. Término para usar del retracto                                      |
| 19. Lo que debe hacerse cuando se intenta el retracto en el caso de haberse vendido y dado en pago muchas cosas por un solo precio. | 33. Caso en que el comprador debe restituir los frutos de la finca, si se verifica el retracto. |
| 20. Del caso en que se vendan ó den en pago dos cosas, de las cuales solo una sea patrimonial.                                      | 34. Personas á quienes compete el retracto de sociedad ó comunidad.                             |
| 21. Contratos en que el retracto no tiene lugar.  | 35. Condiciones para que tenga lugar este retracto.   |
| 22. Condiciones para que el retracto se verifique.  | 36. Cómo se puede verificar siendo muchos los socios ó partícipes.                              |
| 23. Lo que debe hacer el pariente que intentare el retracto.  | 37. Del caso en que la venta se haga á uno de los consocios.                                    |
| 24. Del caso en que la venta se hiciere en almoneda.  | 38, 39. Opiniones contrarias sobre si tiene lugar este retracto en las cosas muebles.           |
| 25. El pariente que tiene de-   | 40. Término para usar de este retracto.   |
|   | 41. Orden para la preferencia en este retracto.   |

1. El retracto ó tanteo en general es: *Redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio en que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto* (1).

(1) Sala, lo mismo que Febrero, Alvarez y otros autores, pone el pacto entre las causas de los retractos, porque incluye entre estos el pacto de retrovendendo; lo cual no es exacto, como observa Tapia; pues la retroventa es una condicion voluntaria del contrato de compra y venta, y así le falta la calidad principal del retracto, que es la de verificarse aun contra la voluntad del vendedor; por eso las retroventas por pacto no estaban prohibidas

mado y determinacion tomada por esta superintendencia general subdelegada de real hacienda, y de cuya derogacion especifica no se hace mencion en la de 4 de agosto de 1794, en todos los demas se cumpla esta soberana disposicion, circulándose á las intendencias y direcciones generales de rentas. » Coneluye el acuerdo diciéndose que se de cuenta al rey, y se le haga presente que siempre será útil que subsista en todos la prohibicion de comerciar, pues siendo el administrador del tabaco el que debe celar el contrabando, si á la sombra del comercio á los que se les permite, lo ejecutan los guardas, se embarazarán, y faltará el principal resorte de precaverlo.

Estas son las disposiciones que hemos podido hallar sobre esta materia.

## TITULO XI.

## DE LOS RETRACTOS Ó TANTEOS DE LAS VENTAS.

Tít. 11, lib. 3 de la R. Tít. 13, lib. 10 de la N.

- |                              |                               |
|------------------------------|-------------------------------|
| 1. Retracto, qué es.         | 9. Lo que debe hacerse en     |
| 2. Antigüedad de los re-     | concurancia de dos ó          |
| tractos.                     | mas parientes de igual        |
| 3. Subdivision.              | grado.                        |
| 4. Qué es retracto gentili-  | 10 y 11. A quienes no com-    |
| cio. — 5. Este se ex-        | pete el retracto gentili-     |
| tiende á los hijos natu-     | cio.                          |
| rales. — 6. Y tambien        | 12. El doble vinculo de pa-   |
| á los hijos ú otros des-     | rentesco no dá prefe-         |
| cendientes deshereda-        | rencia entre los parien-      |
| dos.                         | tes de igual grado.           |
| 7. Preferencia del pariente  | 13. Bienes en que cabe el     |
| mas cercano, y cómo          | retracto gentilicio.          |
| se graduará la proxi-        | 14. En cuales no tiene lugar. |
| midad.                       | 15. Sobre un requisito que    |
| 8. Si el pariente mas próxi- |                               |
| mo no puede ó no quie-       |                               |
| re tantear la finca,         |                               |

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado.

- |   |   |
|---|---|
| 16. Para que el retracto tenga lugar es necesario que las cosas no hayan llegado á salir del patrimonio y descendencia.             | recho de retraer puede reconvenir al reo en el lugar de su domicilio ó donde está la finca.     |
| 17 y 18. Casos en que tiene lugar el retracto.  | 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32. Término para usar del retracto                                      |
| 19. Lo que debe hacerse cuando se intenta el retracto en el caso de haberse vendido y dado en pago muchas cosas por un solo precio. | 33. Caso en que el comprador debe restituir los frutos de la finca, si se verifica el retracto. |
| 20. Del caso en que se vendan ó den en pago dos cosas, de las cuales solo una sea patrimonial.                                      | 34. Personas á quienes compete el retracto de sociedad ó comunidad.                             |
| 21. Contratos en que el retracto no tiene lugar.  | 35. Condiciones para que tenga lugar este retracto.   |
| 22. Condiciones para que el retracto se verifique.  | 36. Cómo se puede verificar siendo muchos los socios ó partícipes.                              |
| 23. Lo que debe hacer el pariente que intentare el retracto.  | 37. Del caso en que la venta se haga á uno de los consocios.                                    |
| 24. Del caso en que la venta se hiciere en almoneda.  | 38, 39. Opiniones contrarias sobre si tiene lugar este retracto en las cosas muebles.           |
| 25. El pariente que tiene de-   | 40. Término para usar de este retracto.   |
|   | 41. Orden para la preferencia en este retracto.   |

1. El retracto ó tanteo en general es: *Redención ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio en que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto* (1).

(1) Sala, lo mismo que Febrero, Alvarez y otros autores, pone el pacto entre las causas de los retractos, porque incluye entre estos el pacto de retrovendiendo; lo cual no es exacto, como observa Tapia; pues la retroventa es una condicion voluntaria del contrato de compra y venta, y así le falta la calidad principal del retracto, que es la de verificarse aun contra la voluntad del vendedor; por eso las retroventas por pacto no estaban prohibidas

2. Los retractos son conocidos por lo ménos desde el tiempo de Moises, pues en el Levítico (1) se previene lo siguiente: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat.* Estuvieron en práctica entre los romanos, quienes los prohibieron despues (2), como contrarios á la libertad natural que tiene el hombre para disponer de su propiedad segun le convenga. Las leyes españolas (3), los admitieron por consideraciones respetables, y entre ellas la de favorecer el general deseo de conservar en las familias los bienes de sus mayores.

3. Los retractos se dividen en legales ó de convencción. Los primeros son el *gentilicio*, de *consanguinidad ó de abolengo*, y el de *sociedad ó comunidad*. De convencción es el pacto de retroventa, de que se habló en el tit. X.

4. El gentilicio compete á los hijos, nietos y parientes legítimos consanguíneos por su órden dentro del cuarto grado civil, recto y transversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de agnacion, cognacion, sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder que contenga esta especial facultad, y no de otra suerte (4). Parladorio (5) definiendo con buenos argumentos la opinion de que para

por el derecho romano. El mismo Tapia define el retracto en estos términos: *Un derecho que por ley ó costumbre compete á alguno para rescindir la venta de una finca y adquirirla para sí por el mismo precio.*

(1) Lev., cap. 25, v. 25. — (2) L. penult. cod. *De contrahend. emptio.* — (3) LL. 43, tit. 10, lib. 3 del F. R., 6 y 7, tit. 7, lib. 5, Ordenam. y 230 Est. — (4) LL. 7, 8, 9 y 14, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 1, 2, 4 y 9, tit. 13, lib. 10 de la N., y del Fuero, Ordenam. y Est. citadas ántes. Matienzo en la l. 13, tit. 11, lib. 5 de la R., glos. 14. — (5) Different. 109, § 3, n. 14 y siguientes.

el retracto se deben contar los grados de parentesco segun la computacion canónica.

5. Este derecho se extiende á los hijos, naturales, porque las disposiciones legales que se fundan en el derecho natural y en la equidad, ó cuando se trata de algun privilegio de los hijos que se apoya en esta, ó de su comodidad y beneficio, ó de materia que se funda en el derecho natural de sangre, se comprenden regularmente los naturales, á no ser que por la dignidad y calidad de la persona se presuma otra cosa; y asi pueden retraer ó tantear los bienes patrimoniales ó abolengos en los mismos términos que los hijos y parientes dentro del cuarto grado (1).

6. Compete asimismo este derecho al hijo ú otro descendiente desheredado, pues la desheredacion no le quita los primordiales derechos de la sangre, de los cuales trae origen el retracto. Lo mismo debe decirse del hijo ú otro descendiente que renunció con juramento la sucesion á los bienes de su padre ú otro ascendiente, pues en esta renuncia no se comprenden los derechos de la sangre, ni el que la hace deja de ser de la familia (2).

7. El pariente mas cercano del vendedor es preferido al mas remoto (3). La proximidad de parentesco y la preferencia que nace de ella, se graduarán por las reglas observadas en las sucesiones abintestado (4), y tiene lugar la representacion, de suerte que el nieto ocupará el lugar de su padre muerto (5).

8. Cuando el pariente mas próximo no puede ó no quiere tantear la finca, estando ausente, ó aunque no lo esté, consiente callando, puede retraerla el que le

(1) Gom. en la l. 73 de Toro, n. 4, 5 y 6. — (2) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 4, n. 3. — (3) Glos. en la l. 43, tit. 10, lib. 3 del Fuero Real. — (4) L. 8, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) Molin. *De Hispan. primog.*, lib. 3, cap. 8, n. 11.

sueda dentro del cuarto grado (1). Antonio Gomez (2) defiende que si el pariente mas próximo está presente, y calla cuando se hace la venta á un extraño, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer. Si el pariente mas próximo fué requerido para el retracto de la finca y dijo que no la queria, no puede ya pretenderla, y el derecho pasa al pariente inmediato.

9. Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, se partirá entre ellos la cosa, si no es que fuese indivisible; en cuyo caso habrá lugar á la licitacion, para que se la lleve el que ofrezca mas. Si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros para que digan si la quieren, ni se le exija sobre esto fianza. Pero si los demas ocurrieren despues del retracto dentro del termino legitimo, serán admitidos, y el que retrajo les cederá la parte correspondiente á cada uno, segun la opinion de Acevedo (3).

10. El retracto gentilicio es personal, y así no compete al heredero extraño del pariente que falleció dentro del tiempo en que podía tantear la finca vendida, excepto que el difunto haya dejado contestada la litis, y practicado todo lo concerniente á conseguir el retracto, pues en este caso puede ser admitido. Por esta razon, y porque la ley requiere que el retrayente sea consanguíneo del vendedor dentro del cuarto grado, no puede ceder este derecho á un extraño (4). Matienzo y Hermosilla (5) son de opinion que se puede ceder á un consanguíneo remoto; sin perjuicio del mas cercano.

(1) L. 12, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 7, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) En la l. 73 de Toro, n. 20. — (3) En la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R. — (4) Glos. en la l. 13, tit. 10, lib. 3 del F. R. Gom. ibi., n. 8, V. *Item quæro an consanguineus*. — (5) Matienz. en la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 2, n. 23 al 26. Hermos. en la ley 55, tit. 3, P. 3, glos. 8, n. 40 al 42.

11. No compete tampoco este derecho al monasterio en que hay religioso pariente del vendedor, porque no hay ninguna de las razones de la ley para el retracto (1), y porque los monasterios están excluidos de la sucesion intestada (2).

12. El doble vinculo de parentesco no da preferencia entre los que se hallan en igual grado; y así, por ejemplo, si Pedro y Juan son hermanos de Diego vendedor, el primero de parte de padre, y el segundo de padre y madre, no será Juan preferido para el retracto de los bienes procedentes de la linea paterna. No se opondrá á esta doctrina la de que en los retractos se siguen las reglas de la sucesion intestada, pues aunque para esta Juan tendria preferencia respecto de Pedro en los bienes de Diego, esto seria porque en tal caso se consideran estos bienes como propios de Diego, sin atender á que sean ó no de abolengo, y así se prefiere al que tiene parentesco mas estrecho. Pero en el retracto se consideran los bienes como venidos de un ascendiente, y este tanto lo era de Pedro como de Juan. La ley 13, tit. 10, lib. 3, del Fuero real da prelación al pariente de doble vinculo, pues dice así: *Y si dos ó mas las quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo*. Pero esta ley se halla refundida y variada en cuanto á la prelación en otra ley posterior, que es la 7 del tit. 11, lib. 5, de la R. ó tit. 13, libro 10, de la N. cuyas palabras son estas: *Y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí: y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo*. (R)

13. Son materia de este retracto las cosas ó bienes raíces que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó

(1) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 9 y 10. Matienz. en la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R., n. 11 al 22. — (2) Prag. del año 1792, que es la l. 17, tit. 20, lib. 10 de la N.

padres comunes del que las vende y del que las retrae. Y no es necesario que hayan estado en los de los dos; basta que haya sido en cualquiera de ellos, porque la ley (1) habla disyuntivamente, diciendo *patrimonio ó abolengo*. Gomez (2) trata por extenso la cuestion, y resuelve ser bastante que hayan estado solo en poder del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enagena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no están sujetas al retracto. Hemos dicho que son materia de este las cosas raíces ó inmuebles, porque aunque unas leyes (3) usan de la palabra *cosa*, que comprende las muebles y las inmuebles, otra ley (4) á que se refieren aquellas usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se aplica á las cosas muebles. Esta es la opinion de Matienzo (5) y Acevedo (6), quien cita en comprobacion la ley 230 del Estilo, que dice: *las heredades y otras cosas raíces*; y añade el mismo autor no haber duda en esto. Además, el motivo de afeccion en que se funda el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas inmuebles (7). Tiene lugar este derecho en los oficios públicos que sean de abolengo (8).

14. No son materia del retracto las fincas compradas con el precio dado por las patrimoniales, si aquellas se venden luego por el mismo que las compró; ni el usufructo, uso y habitacion, ni otras acciones y derechos (9).

(1) L. 7, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) Sobre la l. 73 de Toro, n. 3. — (3) LL. 9 y siguientes tit. 11, lib. 3 de la R., que están en el tit. 13, lib. 10 de la N. — (4) L. 7, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) En la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 1, n. 1, 2 y 3. — (6) En la misma ley, n. 7, 8 y 9. — (7) Acev. en la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R. Herмос. en la l. 33, tit. 3, P. 5, glos. 4, n. 7. — (8) Febr. reform. (Febr. de Top., tit. 4, cap. 4, n. 18, nota). — (9) Matienz. en la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 1, n. 1 y 2, y 30 al 33, y en la 8, glos. 13.

15. Una ley (1) exige para el retracto que el vendedor hubiese heredado de sus padres ó parientes la cosa que vende, excluyendo aquel derecho cuando el vendedor hubiese adquirido la cosa por compra, trueque, donacion y otro título. Pero bien meditada esta ley, atendiendo á la razon con que se ha introducido el retracto, juzgamos que la exclusion de adquisiciones por títulos singulares se entiende cuando estos vienen de extraños y no de los ascendientes. Por ejemplo: Pedro compró á un extraño un campo, y lo vende despues: en esta venta no tiene derecho de retracto Diego hijo de Pedro; mas lo tendria si el campo lo hubiese adquirido Pedro por legado ó donacion *proter nuptias* que le hubiera hecho su padre ó abuelo. Así opina Gomez (2), y es conforme á la razon de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro; y esta calidad no podia ser alterada por el título singular de legado ó donacion con que lo adquirió Pedro. Esta razon dió justo fundamento á Matienzo (3) para decir que si un pariente retraia la cosa vendida á un extraño, quedaba la misma cosa sujeta al retracto en otra venta, sin embargo de que el retrayente no la adquirió por título de herencia de algun pariente suyo, sino por el singular de venta como subrogado en lugar del comprador extraño de quien la retrajo. La censura de Acevedo (4) sobre esto es infundada, porque se atuvo solamente á la corteza de las palabras.

16. Para que haya lugar al retracto es necesario que las cosas no hayan llegado á salir de patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y del que retrae, porque si han llegado á ser vendidas á un extraño, sin que ningun pariente las haya retraido, y despues vuelven al que las vendió, este puede venderlas

(1) L. 13, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) En la l. 73 de Toro, n. 3, vers. *Sed*. — (3) En la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R. — (4) En la misma ley, n. 77.

de nuevo libremente. La razon es porque la cosa se hizo ya de libre enagenacion, y asi debe permanecer, y porque mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa (1). Pero si esta vuelve al vendedor por causa de la misma venta que hizo, como por el pacto de retroventa ó de la ley comisoraria, hay lugar al retracto (2), porque vuelve á su primer estado, como si no hubiese habido enagenacion.

17. Tiene lugar el retracto aunque la cosa haya pasado á muchas manos; y así compete esta accion contra tercer poseedor (3), aunque lo sea por título oneroso ó lucrativo. Si fuere oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, debería el que retrae darle el precio, no de la compra que él hizo, sino de la anterior hecha por el pariente del que retrae, porque esta es la que dió causa al retracto. Pero el segundo comprador podrá usar de la eviccion contra el que le vendió, y este no la tendrá contra el pariente vendedor (4), y solo podrá recobrar de quien retrae el precio que él pagó.

18. Ha lugar al retracto: 1º En la venta que se hace á dinero de contado. 2º En la venta que se hace en almoneda judicial voluntaria ó necesaria. 3º En la venta al fiado. 4º En la que se hace con pacto de retroventa. 5º Cuando la finca se vende á censo reservativo, perpétuo ó al quitar, porque es verdadera venta al fiado. 6º Cuando la finca se da por voluntad ó por fuerza al acreedor en pago del dinero que se le debe. 7º En la dacion en dote cuando este fuere de bienes sitos que se

(1) Gomez en la l. 70 de Toro, n. 24. Acev. en la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., n. 75 y 76. Matienzo en la misma ley 7, glos. 8. — (2) Acev. y Matienzo en los lugares citados. — (3) Gomez en la l. 70 de Toro, num. ult. Acevedo en la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., n. 40. Matienzo en la misma l. 7, glos. 8, desde el n. 11. — (4) Matienzo en la misma l. 7, n. 15.

dieron estimados en términos que haga venta, de lo cual hablamos tratando de dotes.

19. Si muchas cosas patrimoniales ó abolengas fuesen vendidas ó dadas en pago por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna; pero si á cada una se le determinó su precio, retraerá las que quisiere (1). La razon es, porque en el primer caso se considera una sola venta, y en el segundo muchas. Acevedo (2) y Matienzo (3) hacen dos excepciones de este segundo caso, que nos parecen bien: 1ª Cuando constare que el comprador hubiera tomado todas las fincas, y no unas sin las otras, porque entonces siempre se considera una sola venta; y de lo contrario resultaria perjuicio al comprador extraño. 2ª En el caso, ú otro semejante, de que dos ó mas cosas fueren dadas, cada una por su precio, en pago del dinero debido. Por ejemplo: Pedro debe á Juan 300 pesos, y para pagárselos le da dos campos patrimoniales, uno por 200 ps. y otro por 100. Los parientes de Pedro no podrán retraer un campo sin el otro, sino los dos juntos, porque sin embargo de la diversidad de precios, debe considerarse una sola venta, porque la deuda es una sola.

20. Si de dos cosas vendidas ó dadas en pago, solo una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dejando la otra en poder del comprador ó acreedor, al que se restituirá el precio de aquella tasado por peritos. Acevedo (4) juzga que se debe permitir al comprador ofrecer las dos cosas al retrayente, y que este deberá tomar ambas ó ninguna. Hermosilla (5) opina con mas probabilidad que solo se le deberá precisar á esto

(1) L. 40, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 5, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) En la misma l. 40, n. 6. — (3) En la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., glos. 7, desde el n. 20. — (4) En el lugar últimamente citado. — (5) En la l. 55, tit. 8, P. 3, glos. 8, n. 54.

cuando el comprador no hubiera tomado la tierra libre, sino junta con la patrimonial; y añade el mismo autor que así respondió consultado sobre este caso; y lo mismo dijo en otro semejante el jurisconsulto Scévola entre los romanos (1).

21. No tiene lugar el retracto en el trueque verdadero. Matienzo (2) examina muchos casos en que puede presumirse fraude. Tampoco tiene lugar en la dación en pago cuando esta se hace no para satisfacer dinero, sino alguna finca u otra cosa (3), ni en la retroventa, pues en esta el vendedor es preferido á los parientes. No cabe retracto en el usufructo, porque no puede enagenarse, sin embargo de que sus frutos pueden venderse y arrendarse libremente (4). Cuando el padre vende una finca que heredó de algún hijo, quien la hubo de la madre, no puede tantearla ninguno de sus hijos (5).

22. Para que se verifique el retracto se requieren las condiciones siguientes: 1º Que el retrayente pague todo el precio que dió el comprador por la cosa, exhibiéndolo en efectivo, pues no basta que lo ofrezca. 2º Que pague al comprador las expensas que haya erogado, y los tributos y gabelas que haya satisfecho. 3º Que jure que quiere para sí la finca. 4º Que jure no hacer el retracto por dolo ni con fraude (6). Estas solemnidades son de las que se llaman de forma, y por eso faltando cualquiera de ellas no hay retracto.

23. Debe pues el pariente que lo intentare, buscar

(1) L. 47, § 1. *De minor.* — (2) En la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 40. — (3) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 20. Matienzo en la 6, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 1 y 2, y en la 7, glos. 7, n. 4 al 11. Hermos. en la l. 35, tit. 3, P. 5, glos. 4, n. 3 al 6. — (4) L. 24, tit. 31, P. 3. Castill. en la l. 74 de Toro, n. 4 al 6. Hermos. en la l. 53 citada, glos. 2, n. 15. — (5) Febrero de Tapia, tit. 4, cap. 4, n. 8. — (6) LL. 7, 8 y 9, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, 2 y 4, tit. 13, lib. 10 de la N.

al comprador y pagarle lo que hubiere gastado; si este no quisiere recibirlo, consignará ó depositará el precio delante de testigos, y si hubiere lugar, á presencia y con orden del juez (1), verificado lo cual tiene derecho á que se le entregue la cosa como si hubiese pagado el precio, porque este depósito se reputa por paga según la ley (2) que dice: *E dende en adelante es quitado del debdo: é non ha el otro demanda ninguna.* La paga ó depósito debe hacerla el retrayente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera numeración, sin que baste que el depositario confiese haber recibido el dinero; y la exhibición ha de ser tan completa, que el faltar una moneda, la viciaría, si no es que fuese por ignorancia ó error en la cuenta ó cálculo, y entónces habrá lugar al suplemento. Si el retrayente no supiere el precio, deberá ofrecer el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el exceso si lo hubiere (3). Si la venta fuere al fiado, dará el retrayente buenos fiadores ante el juez de que pagará el mismo precio que el comprador en el tiempo á que este debía pagarlo (4). Cuando las expensas justas que haya erogado el comprador no sean líquidas, bastará que el retrayente dé fiador de que luego que lo estén pagará su importe (5).

24. Si la venta se hiciera en almoneda judicial, no estará obligado el retrayente á pagar el aumento de precio que el comprador ofreció por su voluntad, á no ser que aquel lo ofrezca en el mismo acto, ó que el juez

(1) Acev. en la l. 8, tit. 11, lib. 3 de la R. — (2) L. 8, tit. 11, P. 3. — (3) Acev. en la l. 8 citada, n. 3 y siguientes. — (4) L. 11, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 4, n. 11 citando la l. 9, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 13, lib. 10 de la N. Matienzo en ella glos. 2 y 4, y en la 7, glos. 3, n. 11 al 20, y n. 32 y 33. Gutierr., lib. 2, *Pract.*, quæst. 160, n. 6. Hermos. en la l. 35, tit. 3, P. 5, glos. 8, n. 18 al 20.

lo condene á darlo y suplirlo por lesion, ó por otro motivo, en cuyos dos casos deberá pagarlo, y lo mismo sucederá al socio ó partícipe sin diferencia (1).

25. El pariente á quien compete el derecho de retracto tiene accion para reconvenir al reo en el lugar de su domicilio, ó donde está la finca patrimonial.

26. El término para usar del retracto son nueve dias despues de la celebracion de la venta, pasados los cuales ya no tiene lugar (2). Este término corre contra los menores aunque sean pupilos, y contra los ausentes, de modo que del lapso de este tiempo no se concede ninguna restitucion (3). Lo cual debe entenderse tambien respecto de los ignorantes, aunque la ley no habla de ellos, porque los tiempos de las prescripciones corren mas bien contra ellos que contra los menores y los pupilos, como se ve en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes (4). Hermosilla citando á otros autores, exceptúa los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente; por ejemplo, si para otorgarla salió del lugar de su domicilio, ó buscó escribano de otro pueblo, ó estuvo oculta por mucho tiempo la venta, ó sucedió otra cosa semejante de que pueda aparecer ó presumirse fraude, pues entónces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente, porque á nadie le debe aprovechar su fraude.

27. Las leyes no han declarado desde cuando deben correr los nueve dias en las ventas privadas. Unos an-

(1) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 4, n. 11 en donde se cita á Tiracquel *De retract.*, lib. 1, glos. 18, n. 60 al 63. Matienz. en la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., glos. 3, n. 7 al 11, y en la 8, glos. 5 y 6. Hermos. en la l. 53, tit. 3, P. 3, glos. 3, n. fin. — (2) LL. 7, 8, 9, 11, 12, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 1, 2, 4, 6, 7, tit. 13, lib. 10 de la N. — (3) L. 8, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 2, tit. 13, lib. 10 de la N. — (4) Matienz. en dicha l. 8, glos. 12, n. 18 y 19. Hermos. en la l. 53 citada, glos. 8, n. 32 y 33.

tores (1) opinan que se han de contar desde el dia de la convencion; y otros (2) que desde el de la tradicion. Los primeros son mas en número y de mucha fuerza sus argumentos, por lo que nos adherimos á su parecer. Los argumentos son: I. Las palabras de la ley (3) que dice: *despues que fuere vendida* (la heredad) *hasta nueve dias*; y las de otra que (4) son estas: *desde el dia que la vendida fuere fecha hasta nueve dias*; pues la cosa se dice vendida, y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes. II. Que en las ventas judiciales se cuenta el término desde el dia del remate, el cual corresponde en las extrajudiciales á la convencion, porque el juez suple el consentimiento del vendedor en el acto de rematar y no en el de hacer la entrega de la cosa. III. Que el retracto gentilicio no se reputa favorable sino odioso, y por eso se le deben estrechar los limites.

28. Antonio Gomez (5), que defiende acérrimamente la segunda opinion, aunque confiesa que la otra está recibida en la práctica, alega dos razones: I. Que el fin de este retracto es que la cosa no salga de la familia, lo cual dura hasta la tradicion, por la que, y no por la convencion, pasa el dominio al comprador. Esto es verdad; pero lo es tambien que por la convencion adquiere el comprador accion para pedir que se le entregue la cosa, y así se considera que tiene la cosa misma, porque el vendedor no puede resistirse á entregársela. II. Qué de la sentencia contraria resultaria el inconveniente de que pudiéndose ocultar con facilidad la con-

(1) Cobarr. 3, var., 11, n. 2. Acev. en la l. 7, tit. 11, lib. 3 de la R. Matienz. en la misma glos. 6. Gutierr., lib. 2, quest. 132 y otros autores. — (2) Ant. Gom. en la l. 70 de Toro, n. 16 y otros. — (3) L. 7, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 13, lib. 10 de la N. — (4) L. 13, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) En la l. 70 de Toro, n. 16.

vencion, quedarian muchas veces burlados los parientes, sin poder usar de su derecho. Pero ya hemos dicho que cuando la venta se oculta con fraude, corre el termino desde el dia en que el pariente tiene noticia, y no antes.

29. Disputase tambien si los nueve dias se han de contar naturales ó de momento á momento. Parece que uno y otro extremo son igualmente probables, porque pueden considerarse de igual peso las razones en que se fundan. Las del primero son las leyes (1) que dicen deberse contar desde el dia de la venta. Las del otro son: I. Que los terminos legales, cual es este, se cuentan por lo regular de momento á momento; y que esto es mas conforme á la opinion de que el termino del retracto debe estrecharse y no ampliarse (2). II. Que la ley (3) no hace mención del dia en que debe comenzar el termino, sino del tiempo, segun sus palabras copiadas antes. En nuestro apendice de retractibus nos inclinamos un poco á la opinion de que el termino se cuente de momento á momento; pero variamos ahora por considerarla muy embarazosa en el uso, pues seria necesario conservar en la memoria ó anotar por escrito la hora del otorgamiento de la conveccion, lo que no es regular hacerse, ni se debe creer que la ley lo quiso. Por último, los dias del termino deben contarse incluyendo el primero y el último (4).

30. En las ventas judiciales los nueve dias se cuentan desde el dia del remate (5).

31 Si dentro de los nueve dias no se presenta ningun pariente, no podrá intentarse el retracto de la finca

(1) LL. 9 y 15, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 3 y 4, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 25. Acev. en la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., n. 62. — (3) L. 7, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 13, lib. 10 de la N. — (4) Gom. y Acev. en los lug. cit. — (5) L. 9, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 10 de la N.

aun cuando vuelva á poder del vendedor y la venta de nuevo; pues ya se hizo enagenable, desde que pasó á persona extraña; pero esto no se entiende, si el vendedor la recobra por el pacto de retrovendendo (1).

32. Los nueve dias competen simultaneamente á todos los parientes del vendedor que tengan derecho de retraer, y no singularmente á cada uno (2).

33. Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo que se vende, si dentro de los nueve dias los coge y percibe el comprador, y en ellos se verifica el retracto, debe devolverlos, porque son parte de la misma finca y del precio en que se ajustó; ni le queda el arbitrio de eludir si entrega, dando al tanteador el precio de los mismos frutos (3).

34. El retracto de sociedad ó comunidad compete al socio, comunero ó participe en el dominio de los bienes; al señor del dominio directo, al superficiario y al enfiteuta (4). No compete á la muger por razon de la comunion ó sociedad conyugal, aunque la finca hubiese sido adquirida por el marido durante el matrimonio (5).

35. Para que tenga lugar este retracto se requieren las condiciones siguientes, á mas de las requeridas en el gentilicio: I. Que quien lo pretende, tenga participacion, aunque sea muy pequeña, en el dominio de la cosa vendida y lo acredite (6). II. Que la cosa no esté real y verdaderamente dividida ó amojonada, aunque los socios se hayan convenido en el parage hácia donde deben tener y disfrutar sus partes. (R)

(1) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 21. Matienz. en la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., glos. 8, n. 1 al 10. — (2) Matienz. en la l. 12, tit. 11, lib. 5 de la R., glos. 1, n. 5. — (3) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 29. — (4) L. 3, tit. 5, P. 5, y LL. 13 y 14, tit. 13, lib. 5 de la R. ó 8 y 9, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 9 y 10; Matienz. en la l. 7, tit. 11, lib. 5 de la R., n. 11 al 22. — (6) Hermos. en la l. 33 cit., glos. 2, n. 1.

36. Siendo muchos los socios ó partícipes, puede cada uno por sí solo retraer la cosa vendida á extraño (1). Si todos la quieren, la retraerán en proporcion á la parte que en ella les corresponda, y no con igualdad absoluta (2), ni tendrá preferencia el que tuviere mayor parte.

37. Cuando la venta se hace á uno de los consocios, no pueden los demas retraerla, excepto que este sea discolto ó insufrible (3).

38. Los intérpretes juzgan comunmente que este retracto tiene lugar en las cosas muebles (4). Sus razones son: I. Que la ley de Partida (5) en que se funda este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprende tanto á las muebles como á las inmuebles. II. Que la equidad, por la que se introdujo este retracto, milita igualmente en las cosas muebles que en las inmuebles. III. Que este retracto es favorable, porque se dirige á que cese la comunión de bienes que suele producir discordias; y así se debe ampliar.

39. No es despreciable la opinion contraria que se funda en estas razones: I. Que una ley (6) usa de la palabra *heredad*, que sirve de prueba para que el retracto de sangre solo tenga lugar en las cosas raíces. II. Que la misma ley quiere que se observe en este retracto lo mismo que en el de sangre. Sin embargo nos parece mejor la primera sentencia siguiendo á Gregorio Lopez (7). El ser este retracto favorable y de amplia interpretación, da lugar á que se diga que la palabra

(1) Paul. de Castr., cons. 221, lib. 1. Greg. Lop. en la misma l. 33, glos. 2. Hermos. en ella glos. 2, n. 42. — (2) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 4, n. 29 donde cita á Cifuent. Matienz. y Hermos. — (3) Febr. de Tap., ib. — (4) Matienz. en la l. 13, tit. 13, lib. 3 de la R., glos. 3, n. 3 y en la l. 35, tit. 3, P. 3, glos. 4, n. 7. Greg. Lop. en la misma, glos. 1. — (5) L. 33, tit. 3, P. 5. — (6) L. 14, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 9, tit. 13, lib. 10 de la N. — (7) En la l. 35, tit. 3, P. 3, glos. 1.

*heredad* se debe tomar en él como por ejemplo; lo cual no puede decirse del de sangre por ser odioso, y por lo demas que dejamos dicho. La prevencion de la ley para que se observe lo mismo en uno que otro, debe entenderse de las diligencias y solemnidades.

40. Aunque la ley (1) no señala término para el retracto que compete al dueño directo, al superficiario y al enfiteuta, convienen los autores (2) en que han de ser nueve dias. Pero si el superficiario y el enfiteuta pagan pension anual al dueño directo, tiene este dos meses de término para el tanteo.

41. El orden de preferencia en el retracto es el siguiente. Si el señor, el superficiario ó enfiteuta concurren con el consanguineo ó con el socio, ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos segun el orden indicado, de modo que el señor del suelo prefiere á todos; siguen el superficiario, enfiteuta y socio, y el pariente es el último en concurrencia de alguno de los otros juntos ó separados (3).

## TITULO XII.

CUANDO Y CÓMO SE PAGA LA ALCABALA Y EL LUISMO  
POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tit. 17, lib. 9 de la R. ó tit. 12, lib. 10 de la N.

1. Cuando se causa la alcabala en el contrato de compra y venta, y cuando no se debe por la disolución voluntaria del contrato. (R)

(1) L. 13, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 13, lib. 10 de la N. (2) Gom. en la l. 70 de Toro, n. 31. Acev. en la l. 13, tit. 11, lib. 3 de la R., n. 3. — (3) L. 13, tit. 11, lib. 3 de la R. ó l. 8, tit. 13, lib. 10 de la N. Matienz. en ella glos. 1. Gom. en la 70 de Toro, n. 31. Castill. en la 74, n. 9, 10 y 23. Greg. Lop. en la l. fin., tit. 8, P. 5, glos. 4.

2. Otros casos que pueden ocurrir en el mismo contrato, y en que se debe una alcabala ó dos.
3. Del caso en que la venta se deshace por el pacto de la ley comisoria.
4. De las ventas hechas con el pacto de adición en día.
5. De las que se hacen con el pacto de retrovendo.
6. Del caso de retracto legitimo.
7. Del caso de rescision por beneficio de la ley.
8. Del de rescision por la restitucion *in integrum*.
9. De las ventas á censo redimible.
10. Lo dicho sobre la alcabala debe entenderse del luismo en los censos enfitéuticos.

1. La alcabala se causa luego que el contrato de compra y venta se perfecciona, aunque la cosa no se entregue desde luego ó se dé al fiado. Pero si el vendedor y el comprador disolvieren el contrato por mutuo consentimiento inmediatamente despues de su celebracion, antes de haber pasado á otros negocios, no se deberá alcabala, porque se supone que no llegó á haber venta. Esto no tiene lugar cuando la disolucion fué despues de algun intervalo (1).

2. A mas de quedar perfecto el contrato, puede haber estos dos casos: 1º Que se entregue la cosa ó el precio. 2º Que se entregue una y otro. En el primer caso si se disuelve el contrato por voluntad de los contrayentes, se debe una sola alcabala, porque no hubo mas que una venta. En el segundo la disolucion por la causa expresada se considera como nueva venta, y así se deben dos alcabalas (2).

3. Cuando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisoria, juzga Antonio Gomez (3) que se debe alcabala, fundado en que la venta fué pura y quedó perfeccionada, y de consiguiente adquirió derecho

(1) Gutierr. *De Gabel. o pract.*, quest. lib. 7, quest. 40. Gom. 2, var., cap. 2, n. 31. Mol. *De just. et jur.*, tract. 2, disp. 373. —

(2) Mol. en el último lugar citado. — (3) 2 var., cap. 2, n. 31

el fisco. Pero es mas probable la opinion contraria, porque aquel pacto produce la resolucion de la venta como si no se hubiera hecho, de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna, y el fisco no adquirió un derecho irrevocable sino revocable, pendiente de si la venta se deshacia ó no (1). Pero esta doctrina la entienden los autores en el supuesto de haberse constituido el pacto con palabras directas, diciéndose que si este se verificaba *no valdria la venta*, ó de otra manera semejante. Y añaden que seria lo contrario si las palabras fuesen oblicuas, como por ejemplo, si dijeran *que se rescinda* ó deshaga la venta, porque entónces, segun explica muy bien Molina, no se resuelve la venta como si no se hubiera hecho, sino para que no tenga mas duracion, y se considera que existió.

4. En las ventas hechas con el pacto de adición en día, se debe una alcabala que pagará el segundo comprador, que hizo mejor la condicion del vendedor, si él la hubo, y si no, el que la compró con este pacto.

5. Si la venta se hace con el pacto de *retrovendo* ó á carta de gracia, y en fuerza del pacto redime el vendedor la cosa vendida, es la comun sentencia que se debe alcabala de la venta primera y no de la retroventa que hace el comprador (2). La razon es porque siendo pura y perfecta la primera venta, el fisco adquiere derecho á la alcabala, y esta no puede quitarse por la retroventa, pues aunque por esta vuelve la cosa al dominio del vendedor, no vuelve de manera que le pertenezcan los frutos percibidos mientras duró la venta primera; y así no es tan fundamental la rescision, que no quede algun efecto de la venta, y que-

(1) Gutierr., quest. 10, n. 40. Mol., tract. 2, disp. 378, vers. *Dubium est*. Matlenzo, l. 7, tit. 11, lib. 3 de la Recop., glos. 3, num. 21. — (2) Gutierr., quest. 10, n. 12 y 13. Mol., tract. 2, disp. 374. Gom., 2 var., cap. 2, n. 31.

dando, no debe quitarse el del fisco (1). De la retroventa no se debe otra alcabala, porque no tanto se considera nueva venta como rescision de la primera, y en fuerza del pacto que en ella se puso. Pero si este no se estipuló al hacerse la primera venta, sino que se añadió despues, se deberia alcabala por la retroventa, porque entónces antes de hacerse la adición quedó consumada del todo la venta primera, sin respecto ninguno á la retroventa, que por lo mismo debe considerarse como nueva venta (2).

6. Cuando se verifica retracto legitimo se debe solo una alcabala, porque al pasar la cosa al retrayente no se verifica nueva venta, sino que por disposicion de la ley queda este subrogado en lugar del primer comprador.

7. Si se rescinde la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor sin que intervenga retracto ni pacto, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del precio, ó por la accion redhibitoria, se debe alcabala (3), porque la venta no se resuelve en este caso por pacto, ni por el mismo derecho, sino por sentencia del juez á que dieron motivo injusto los contrayentes. Lo mismo sucede en las ventas que se rescinden por haberse celebrado con miedo justo ó por dolo incidente en el contrato (4).

8. Si la venta que lizo un menor se rescinde por la restitucion *in integrum*, no se causa alcabala de tal venta, porque ademas de no haber dado motivo á ello ninguna culpa, la restitucion produce el efecto de que la cosa vuelva enteramente á su primer estado, como si no hubiese habido venta.

9. De las ventas que se hacen á censo redimible se dudaba ántes si se debian una ó dos alcabalas y por

(1) Parlad., lib. 1, *Rer. quot.*, cap. 3, § 4, n. 9. — (2) Gutierr. y Mol. en los lug. cit. — (3) Gutierr., lib. 7. — (4) Id., id., *quæst.*  
14. Parlad., lib. 1, cap. 3, § 5.

quién. Pero está declarado (1) que se causa una sola que la han de pagar por mitad los contrayentes, y que de la redencion nada se pague.

10. Lo que hemos dicho de la alcabala, debe entenderse por identidad de razon del luismo que se paga en la venta de los censos enfitéuticos, como veremos en su lugar.

### TITULO XIII.

#### DE LOS LOGUEROS Ó DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tít. 8, P. 5.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Explicacion de las palabras <i>loguero</i> y <i>arrendamiento</i> .  | 7. Precio, debe ser verdadero, justo y cierto. Cuando puede tener variacion por aumento ó disminucion de frutos de la cosa locada. |
| 2. Definicion del arrendamiento. En qué se diferencia de la compra y venta.   | 8. Cuando no tendrá lugar la baja del precio.  |
| 3. Cuando se llama <i>alquiler</i> y cuando <i>ajuste</i> .   | 9. El arrendatario de rentas fiscales no puede pretender descuento ni alegar lesion, etc.  |
| 4. Acepccion de las palabras <i>arrendar</i> y <i>arrendador</i> . Fijase el nombre de <i>dueno</i> ó <i>locador</i> para el que da el arrendamiento, y el de <i>arrendador</i> ó <i>arrendatario</i> para el que recibe. | 10. Del caso en que los frutos de la heredad arrendada sean dobles de los que solia producir tomando un año con otro.              |
| 5. Circunstancias esenciales de este contrato: cosa cierta, precio, aptitud en los contrayentes y su consentimiento.  | 11. De las pujas en los arrendamientos de rentas fiscales.   |
| 6. Cosas que se pueden y cosas que no se pueden arrendar.   | 12. De las pujas en los arrendamientos de bienes de <i>proprios</i> y <i>arbitrios</i> .   |
|   | 13. Quiénes pueden y quienes   |

(1) Rl. cédula de 17 de junio de 1793, ó l. 21, tít. 21, lib. 10 de la N.

dando, no debe quitarse el del fisco (1). De la retroventa no se debe otra alcabala, porque no tanto se considera nueva venta como rescision de la primera, y en fuerza del pacto que en ella se puso. Pero si este no se estipuló al hacerse la primera venta, sino que se añadió despues, se deberia alcabala por la retroventa, porque entónces antes de hacerse la adiccion quedó consumada del todo la venta primera, sin respecto ninguno á la retroventa, que por lo mismo debe considerarse como nueva venta (2).

6. Cuando se verifica retracto legitimo se debe solo una alcabala, porque al pasar la cosa al retrayente no se verifica nueva venta, sino que por disposicion de la ley queda este subrogado en lugar del primer comprador.

7. Si se rescinde la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor sin que intervenga retracto ni pacto, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del precio, ó por la accion redhibitoria, se debe alcabala (3), porque la venta no se resuelve en este caso por pacto, ni por el mismo derecho, sino por sentencia del juez á que dieron motivo injusto los contrayentes. Lo mismo sucede en las ventas que se rescinden por haberse celebrado con miedo justo ó por dolo incidente en el contrato (4).

8. Si la venta que lizo un menor se rescinde por la restitucion *in integrum*, no se causa alcabala de tal venta, porque ademas de no haber dado motivo á ello ninguna culpa, la restitucion produce el efecto de que la cosa vuelva enteramente á su primer estado, como si no hubiese habido venta.

9. De las ventas que se hacen á censo redimible se dudaba ántes si se debian una ó dos alcabalas y por

(1) Parlad., lib. 1, *Rer. quot.*, cap. 3, § 4, n. 9. — (2) Gutierr. y Mol. en los lug. cit. — (3) Gutierr., lib. 7. — (4) Id., id., *quæst.*  
14. Parlad., lib. 1, cap. 3, § 5.

quién. Pero está declarado (1) que se causa una sola que la han de pagar por mitad los contrayentes, y que de la redencion nada se pague.

10. Lo que hemos dicho de la alcabala, debe entenderse por identidad de razon del luismo que se paga en la venta de los censos enfitéuticos, como veremos en su lugar.

## TITULO XIII.

## DE LOS LOGUEROS Ó DE LOS ARRENDAMIENTOS.

TÍT. 8, P. 5.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Explicacion de las palabras <i>loguero</i> y <i>arrendamiento</i> .  | 7. Precio, debe ser verdadero, justo y cierto. Cuando puede tener variacion por aumento ó disminucion de frutos de la cosa locada. |
| 2. Definicion del arrendamiento. En qué se diferencia de la compra y venta.   | 8. Cuando no tendrá lugar la baja del precio.  |
| 3. Cuando se llama <i>alquiler</i> y cuando <i>ajuste</i> .   | 9. El arrendatario de rentas fiscales no puede pretender descuento ni alegar lesion, etc.  |
| 4. Acepccion de las palabras <i>arrendar</i> y <i>arrendador</i> . Fijase el nombre de <i>dueno</i> ó <i>locador</i> para el que da el arrendamiento, y el de <i>arrendador</i> ó <i>arrendatario</i> para el que recibe. | 10. Del caso en que los frutos de la heredad arrendada sean dobles de los que solia producir tomando un año con otro.              |
| 5. Circunstancias esenciales de este contrato: cosa cierta, precio, aptitud en los contrayentes y su consentimiento.  | 11. De las pujas en los arrendamientos de rentas fiscales.   |
| 6. Cosas que se pueden y cosas que no se pueden arrendar.   | 12. De las pujas en los arrendamientos de bienes de <i>proprios</i> y <i>arbitrios</i> .   |
|   | 13. Quiénes pueden y quienes   |

(1) Rl. cédula de 17 de junio de 1793, ó l. 21, tit. 21, lib. 10 de la N.

- no pueden dar y recibir en arrendamiento.
14. Sobre el consentimiento de los contrayentes.
15. Cuándo nacen las obligaciones de este contrato.
16. El locador debe dar el uso de la cosa.
17. Favor que deben las justicias al arrendatario de rentas fiscales.
18. El locador está obligado á manifestar al arrendatario los vicios ocultos de la cosa arrendada. A satisfacer las cargas y tributos públicos que por ella se deben. A repararla. Al abono de las expensas y mejoras que han de subsistir después del arrendamiento. A indemnizar al arrendatario en los términos que se expresan cuando vende la cosa locada sin estar cumplido el arrendamiento.
19. El arrendatario está obligado á pagar el precio. Lo que se ha de hacer cuando se duda si lo ha pagado en los años precedentes. Pena del arrendatario que no usa de la finca por culpa ó abandono suyo.
20. Casos en que el locador puede quitarle al arrendatario la casa ó tienda locada.
21. El arrendatario debe cuidar las cosas que se le arriendan.
22. Deberestituirlas á su dueño cumplido que sea el tiempo del arrendamiento. Pena que debe sufrir si no lo hace.
23. Lo que ha de pagar el arrendatario que retiene la finca locada después de concluido el arrendamiento, con a quiescencia del dueño.
24. Cuándo es responsable el que recibe en alquiler alguna bestia que muere en su poder ó recibe algún otro daño.
25. Las acciones que nacen de este contrato son las de *locacion* y *conduccion*, y ambas son directas.
26. El dueño de la cosa locada puede venderla durante el arrendamiento, y entonces el arrendatario podrá ser despojado de ella, menos en los casos que se expresan.
- 27 y 28. Quiénes deben y quiénes no deben pasar por el arrendamiento que celebraron sus antecesores.
- 29 y su nota. Sobre la facultad del arrendatario para subarrendar.
30. Disposicion de las cortes de España sobre arrendamientos y subarrendamientos de fincas.
31. Responsabilidad á que están afectos los frutos y cosas que produce la alhaja locada. Cuándo y cómo puede retenerlos el locador.

32. Derecho del locador sobre las cosas existentes en la cosa locada.
33. Culpa que se presta en este contrato.

1. La ley (1) dice que hablando propiamente, *l. guero* se predica de las obras y *arrendamiento* de las cosas. Pero otras leyes usan promiscuamente de estas dos voces como sinónimas, y en el día ya no tiene uso la primera.

2. Arrendamiento es *contrato en que se convienen los contrayentes que por el uso de alguna cosa ú obras de la persona ó bestia se dé cierto precio en dineros contados* (2). Es consensual, y por la definicion se ve la semejanza que tiene con el de compra y venta, del que se diferencia en ser temporal, y en que no transmite el dominio de la cosa al que la recibe en arrendamiento, ni tampoco la verdadera posesion, que queda en el dueño (3); y así el que tiene la cosa en arrendamiento no puede alegar prescripcion por ningun transcurso de tiempo.

3. Llamamos á este contrato *arriendo ó arrendamiento*. El de casas se llama tambien *alquiler* (4), nombre que asimismo se da al arrendamiento de caballerías y otras cosas inmuebles. El de obras se suele llamar *ajuste*.

4. La palabra *arrendar* significa dar y recibir en arrendamiento; y lo mismo sucede con la voz *arrendador*, aunque esta casi siempre se toma por el que recibe (5). Por eso no seguimos á los autores (6) que llaman *arrendador* al que concede el arrendamiento, y *arrendatario* al que lo toma. Llamaremos, pues, *dueño ó locador* al que da el arrendamiento, y *arrendador ó arrendatario* al que lo recibe.

(1) L. 1, tit. 8, P. 3. — (2) La misma ley. — (3) L. 3, tit. 30, P. 3. — (4) L. 3, tit. 8, P. 3. — (5) LL. 21, 24 y otras del mismo tit. y P. — (6) Asso y Manuel. Instituciones del derecho de Castilla.

5. Las circunstancias esenciales de este contrato son como en el de compra y venta, *cosa cierta, precio, aptitud en los contrayentes y su consentimiento.*

6. COSA. — Todas las cosas del comercio humano, raices, muebles ó semovientes, y las obras de manos ó trabajo material, pueden arrendarse por tiempo determinado (1), y tambien aquellos derechos que pueden transferirse á otro por utilidad suya. Los oficios públicos de jurisdiccion no pueden ser arrendados; y si sus dueños los arriendan, los pierden, y el que los usa incurre en las penas de los que ejercen tales oficios sin pertenecerles (2). Tampoco deben arrendarse los oficios de escribanos (3), si no son los que estuvieren vacantes (4); pero la costumbre general está en contra de la prohibicion. La disposicion pontificia (5) que prohíbe arrendar los bienes eclesiásticos por mas de tres años fructíferos sin autoridad apostólica, no está admitida, y así se arriendan como los bienes profanos (6).

7. PRECIO. — Debe ser verdadero, justo y cierto, como en la compra y venta, y por eso se aplica al precio del arrendamiento cuanto dijimos del de compra y venta. Para que sea justo debe arreglarse á las leyes ó costumbre del pais; y no habiéndola, se hará una convencion equitativa entre las partes (7). El precio puede tener variacion por el considerable y extraordinario aumento ó disminucion de frutos de la cosa locada; pues si se perdieran ó destruyeran todos por alguna cosa que no fuese muy acostumbrada, no está

(1) LL. 2 y 3, tit. 8, P. 3. — (2) L. 8, tit. 3, lib. 7 de la R. ó 4, tit. 6, lib. 7 de la N., y real provision de 28 de abril de 1786, acordada sobre su observancia. — (3) LL. 41 y 42, tit. 20, lib. 2 de la R. ú 8 y 9, tit. 6, lib. 7 de la N., y 4, tit. 25, lib. 4 de la R. ó 49, tit. 15, lib. 7 de la N. — (4) V. la Rec. De Aut. acord., etc., del Sr. Beleña, providencia 367, tom. 1, pag. 274 del tercer foliote. — (5) Extrav. Ambitiosa: De reb. Ecclesia alienand. — (6) Febrero de Tapia, tit. 4, cap. 5, n. 6. — (7) L. 4, tit. 8, P. 3.

obligado el arrendatario á pagar ninguna parte del precio, porque es justo que perdiendo él la semilla y los gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia percibir (1). Gregorio Lopez (2), interpretando las palabras que no fuese muy acostumbrada, dice que si los casos fueren de los acostumbrados ó frecuentes, no tendrá lugar la remision de la paga. La razon de esto podrá ser que siendo frecuentes tales casos, debe creerse que los tuvieron en consideracion los contrayentes al tiempo de fijar el precio. Si la pérdida de los frutos no fuese total, y el arrendatario cogiese alguna parte de ellos, queda á su eleccion (3) pagar al dueño todo el arrendamiento ó entregarle el sobrante de los frutos despues de sacados los gastos que hizo. Y si la pérdida sucedió por culpa del arrendatario, este queda en obligacion de pagar todo el precio del arrendamiento (4). Molina (5) y Covarrubias (6) tratan extensamente de este asunto, y el segundo dice haber visto muchas veces que la chancillería de Granada decidió estas cuestiones, haciendo la remision ó baja de precio en la tercera ó cuarta parte, segun el arbitrio de los jueces, por cuanto no es fácil hacer constar por las varias y diferentes deposiciones de los testigos, ni la cantidad de los frutos, ni los gastos; y añade que él se habia conformado muchisimas veces con estas sentencias.

8. Esta remision ó baja de precio no tiene lugar, cuando al celebrarse el arrendamiento se obligó el arrendatario á pagarlo, aunque los frutos se perdiesen en cualquiera ocasion (7). La ley (8) señala tambien otro caso, y es el de que habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierdan los frutos y se cojan con tanta abundancia en el ante-

(1) L. 22, tit. 8, P. 3. — (2) Glos. 3 de la misma l. 22. — (3) La misma l. 22. — (4) La misma l. 22. — (5) De just. et jur., tract. 2, disp. 493. — (6) Practic., quest. cap. 30. — (7) L. 23, tit. 8, P. 3. — (8) La misma l. 23.

rior ó posterior que basten para pagar el precio de los dos años y los gastos que en ellos se hicieron. Entonces debe pagar el precio del año estéril ó malo; y aunque el locador se lo hubiese ya remitido, puede pedirse-lo despues si sobreviene el año abundante.

9. El arrendatario de rentas del fisco no puede pretender descuento de su arrendamiento, aunque no haya renunciado los casos fortuitos, ni puede alegar lesión en mas ó ménos de la mitad del justo precio, lo cual ha de jurar él y sus fiadores y abonadores, como asimismo que no harán cesion de bienes ni pedirán relacion del juramento. Tampoco han de decir con mentira que no caben en el arrendamiento los maravedis que sobre ellos fueren librados. Este juramento se los ha de tomar el escribano de rentas, y dar fe de ello bajo la pena de mil maravedis (1).

10. Si la heredad arrendada produjere tantos frutos en un año que llegaren á ser dobles de los que solia producir tomando un año con otro, deberá el arrendatario doblar el precio del arrendamiento; pero esto se entiende cuando el aumento se debe á la naturaleza y no á la mayor industria, cultivo y mejora del arrendatario (2). La razon es, que así como el dueño sufre pérdida cuando no hay frutos, debe tener utilidad cuando los haya abundantes. Pero jamas he visto en la práctica el caso de pedir el dueño precio doble.

11. En los arrendamientos de rentas fiscales hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiere aumentar el precio de modo que llegase á diezmo entero, esto es la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo ménos á la mitad del diezmo, que se llama *media puja* entera, cuyo aumento ó puja ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres

(1) LL. 2, 12 y 13, tit. 9, lib. 9 de la R. cit. en el Febr. de Tap., tit. 4, cap. 3, n. 20. — (2) L. 23, tit. 8, P. 3.

para el erario, y la otra para aquel individuo á cuyo favor se habia rematado, y es excluido por la puja (1). Despues del segundo remate no puede admitirse puja, sino es por voluntad de las partes, ó cuando fuere tan grande que importare la cuarta parte de la renta (2), y esta es la que suele llamarse *cuarta puja*. De esta materia tratan las leyes del tit. 13, lib. 9 de la R.

12. Todas las circunstancias prevenidas para estas pujas está mandado (3) que se observen en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los pueblos (*propios y arbitrios*). Verificado el remate de los ramos arrendables de propios y arbitrios á favor del postor que hubiese hecho mas beneficio, no se debe admitir otra postura ó baja que se hiciere despues, excepto la de la cuarta parte que se ha de verificar dentro de noventa dias de celebrado el mismo remate (4), en cuyo caso se debe sacar nuevamente bajo de ella á pública subasta por el término de nueve dias para su remate en el mayor postor, en el que se ha de verificar precisamente el arriendo sin accion á nueva puja (5). Sobre los arrendamientos y administracion de los ramos de propios y arbitrios, véase la Ordenanza de intendentes (6).

13. APTITUD DE LOS CONTRAYENTES. — Todo el que tiene facultad de contratar puede ser locador y arrendatario (7). Los corregidores no pueden arrendar sus oficios, ni los que por aquel destino deban proveer (8), ni los prelados eclesiásticos los suyos, ni poner vicario recibiendo precio en pago (9). Los caballeros, esto es, los soldados y oficiales de la corte no pueden ser ar-

(1) LL. 2 y 3, tit. 13, lib. 9 de la R. — (2) L. 3, tit. 13, lib. 9 de la R. — (3) L. 23, tit. 16, lib. 7 de la N. — (4) L. 26, tit. 16, lib. 7 de la N. — (5) L. 23 del mismo tit. y lib. — (6) Art. 31 y siguientes hasta 33. — (7) L. 2, tit. 8, P. 3 y 7; tit. 17, lib. 3 del F. R. — (8) L. 8, tit. 3, lib. 7; l. 13, tit. 6, lib. 3 de la R. ó 4 y 6, tit. 6, lib. 7 de la N. — (9) L. 8, tit. 17, P. 1.

rendatarios de campos agenos, porque no se embaracen para el servicio (1). Los consejeros, oidores, alcal- des de corte y sus tenientes, contadores mayores, sus oficiales, caballeros, comendadores, alcaldes, regido- res, escribanos, alguaciles, oficiales del consejo y otras personas poderosas no pueden ser arrendatarios por mayor ni por menor de rentas fiscales ni concejiles de las ciudades, villas y lugares en que ejercen sus oficios so pena de privacion de ellos y de perder la cuarta parte de sus bienes (2). Los eclesiásticos tampoco pueden serlo si no dan fianzas legas, llanas y abonadas (3). Los facultativos que tasaren las obras públicas de cons- trucción y reparacion de puentes y otras, ya se costeen de los caudales públicos, ó ya de cuenta de los pueblos, no deben ser admitidos á las posturas y remates de las mismas obras, cuya circunstancia debe expresarse en los remates como condicion precisa, y los postores jurarán que los tasadores no tendrán parte directa ni indirecta en las referidas obras, so pena de nulidad del remate, privacion de oficio y de no ser admitidos á tales contratos (4). No puede ser admitido por arrenda- tario de rentas fiscales el que por su aspecto parezca ser menor de veinte y cinco años, sin que jure que no alegará lesion, ni ser menor de edad, ni pedirá restitucion, y el escribano que sin este requisito lo admitiere, incurre en pena de dos mil maravedís (5).

14. En cuanto al *consentimiento de los contrayentes* veáse lo que hemos dicho en el título del contrato de compra y venta.

15. **OBLIGACIONES QUE NACEN DE ESTE CONTRATO.** — Las obligaciones, así como las acciones de este contra-

(1) L. 2, tit. 8, P. 3. — (2) L. 3, tit. 5, lib. 7; l. 9, tit. 10, lib. 9 de la R. ó 7, tit. 9, lib. 7, y 2, tit. 10, lib. 10 de la N. — (3) L. 8, tit. 10, lib. 9 de la R. ó 4, tit. 10, lib. 10 de la N. — (4) L. 10, tit. 34, lib. 7 de la N. — (5) L. 6, tit. 10, lib. 9 de la R. citada en el Febr. de Tap., tit. 4, cap. 3, n. 20.

to, nacen al momento que las partes convienen entre sí acerca de la cosa y del precio ó alquiler.

16. El locador debe dar el uso de la cosa arrendada; y si él mismo ú otro á quien él pueda resistir, impide al arrendatario aquel uso, deberá el locador satisfacer á este todos los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon, y aun las ganancias que pudiera haber logrado en aquellas cosas que tenía arrendadas, si se las hubieran dejado disfrutar. Lo mismo sucederá, si el que como dueño concedió el arrendamiento, no pudiere allanar el obstáculo que opone quien tiene derecho para ello, como el verdadero dueño que aparezca, ó el que tuviere empeñada la cosa, sabiéndolo el locador al tiempo de hacer el arrendamiento. Mas si entónces no lo sabia, solo estará obligado á volver el precio ó paga que recibió; y si nada se le habia dado, nada tendrá que pagar. Y si los arrendatarios hubieren hecho mejoras tales en las cosas arrendadas, que estas aumentasen de valor, los que se apoderasen de ellas deberán pagárselas á juicio de peritos. Lo dicho en este número se entiende en el caso de que los arrendatarios tengan buena fe, cuando tomaron las cosas en arren- damiento, creyendo que el locador tenia derecho para hacerlo, pues si sabian que eran de otro, nada podrian demandar á quien se las arrendó (1).

17. Todo arrendatario de derechos fiscales debe ser favorecido de las justicias para que en la cobranza tenga toda facilidad y buen despacho (2).

18. El locador está obligado á manifestar al arren- datario los vicios ocultos de la cosa arrendada, y cum- plir en todo la convencion hecha, de suerte que por su culpa no experimente perjuicio, y de lo contrario de- volverle el precio del arrendamiento, las utilidades que con este podia adquirir, y los daños que se le irroguen,

(1) Ley 21, tit. 8, P. 3. — (2) L. 44, lib. 8, tit. 13 de la R. de I.

pues por la naturaleza del contrato está sujeta al total saneamiento de lo referido, aunque no se exprese, á ménos que se pacte lo contrario (1). Está obligado también á satisfacer las cargas y tributos públicos que se deben por razón de la cosa locada; á repararla de modo que el arrendatario pueda usarla comodamente; y no haciéndolo, tiene acción este para pedir que la repare ó le minore el precio equivalente, y á ello debe ser compelido el locador. Está obligado asimismo á abonarle las expensas y mejoras hechas en ella que han de subsistir despues de concluida la locacion (2); y no queriendo abonarlas, tiene facultad de llevárselas, si pueden quitarse sin perjudicar la finca, ó en caso de que se perjudique, puede retenerla por via de compensacion, durante el tiempo preciso para su reintegro (3); pero si se pactó lo contrario, ó hay otra costumbre en el lugar donde está la finca, ó las mejoras no han de durar mas tiempo que el de la locacion, por haberlas hecho el arrendatario para su privativa comodidad, no debe el locador ser compelido á su abono (4). Cuando el locador vende la cosa locada, sin estar cumplido el término de la locacion, debe restituir al arrendatario tanto precio del arrendamiento cuanto falte para cumplirse el término en que se arrendó (5), y tambien los intereses y daños que se le causen (6). El fisco no está obligado á estos pagos (7).

19. El arrendatario está obligado á pagar el precio convenido, haciéndolo al tiempo estipulado, ó segun la costumbre que haya en el lugar; ó si uno y otro falta, al fin del año (8). Si no lo hiciere, puede el locador qui-

(1) Febr. de Tap., tit. 4, cap. 3, n. 8. V. las ll. 14 y 21, tit. 8, P. 5. — (2) L. 24, tit. 8, P. 5. — (3) Gom., lib. 1, var., cap. 3, n. 20. — (4) L. 24, tit. 8, P. 5. — (5) L. 19, tit. 8, P. 5. — (6) Greg. Lop. en esta ult. l., glos. 4. — (7) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 3, n. 29. V. el n. 26 de este título. — (8) L. 4, tit. 8, P. 5.

tarle la cosa arrendada (1). Dudándose si el arrendatario pagó el arrendamiento de los años precedentes, cumple con manifestar los recibos de los tres últimos, pues no basta la prueba por testigos, con lo cual queda libre, no probanda el locador lo contrario (2). Cuando son muchos los arrendatarios de la cosa, no puede ser reconvenido cada uno mas que por su parte, á no ser que se hayan obligado por el todo (3). Si el arrendatario no usa de la finca por culpa ó abandono suyo, está obligado á pagar el precio íntegro, á no ser que el dueño, viéndola desamparada, la arriende á otro por el mismo precio; y si la finca sufrió menoscabo por el abandono del arrendatario, se lo podrá reclamar el dueño (4).

20. Si el arrendatario paga con puntualidad el precio, no puede el locador quitarle la cosa arrendada durante el tiempo del arrendamiento, aunque otro le ofrezca mayor precio (5); pero si es casa ó tienda, puede el dueño quitársela por las causas siguientes que expresa la ley (6)..... « La primera es cuando al señor cae la casa » en que mora toda ó parte de ella ó está guisada para » caer, é non ha otra en que more; ó ha enemistad en » aquella vecindad en que mora, ú otra premia porque » non osa morar en ella; ó si casase el alguno de sus hijos, » ó si los ficiere caballeros. La segunda es si despues que » la logó, apareció alguna cosa atal en la casa, porque se » podría derribar, si non fuese adobada; pero en estos » dos casos sobredichos tenuto es el señor de la casa de » dar alquilador otra en que entre atal con que le plega » fasta el tiempo en que debe morar en la otra, ó de des-

(1) L. 5, tit. 8, P. 5. — (2) Febrero, quien cita la ley *Quicumque*, 3 cap. *De apoch. pub.* Amay en ella n. 26. Pareja *De edition.*, tom. 2, tit. 7, resolut. 10, n. 60 al 75. V. Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 3, n. 43. — (3) L. 2, tit. 16, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 1, lib. 10 de la N. — (4) Gom., lib. 1, var., cap. 3, n. 1 y sig. Ferrar. *Bibliot., verb., Locatio.* — (5) L. 6, tit. 8, P. 5. — (6) La misma.

» contarle del loguero tanta parte cuanta viniere en aquel  
 » tiempo que debe en ella morar. La tercera razon es cu-  
 » ando el que toviese la cosa logada usase mal della, faci-  
 » endo en ella algun mal, porque se empeorase, ó llegan-  
 » do en ella malas mugeres ó malos omes, de que se sigui-  
 » ese mal á la vecindad. La cuarta es si alogase la casa  
 » por quatro años ó cinco, habiendo á dar por ella cada  
 » año loguero cierto, casi pasasen dos años que non  
 » pagase lo que habia á dar, dende adelante, puédele  
 » echar della. E por cualquiera de estas razones sobre-  
 » dichas puede echar el señor de la casa al que la to-  
 » viese alogada ó alquilada, magüer el otro non quiera.»  
 Sobre esta ley véase á Gregorio Lopez (1), á Gomez (2),  
 y Ayllon (3). El primero, explicando las palabras *ó si*  
*los ficiese caballeros*, dice que tal vez se pusieron, por-  
 que segun costumbre antigua de España, los caballeros  
 (soldados) solian habitar separados de sus padres; y  
 añade que por esta razon deberá decirse lo mismo, si el  
 hijo por ser juez ó abogado necesitase casa separada de  
 la de su padre. El segundo opina que para ser causa de  
 expulsion el no poder el dueño continuar viviendo en  
 la casa de su morada, es menester que esta necesidad  
 suceda despues de hecho el arrendamiento. Sobre las  
 causas por que puede el dueño despedir al arrendatario  
 de una finca, véase el art. V. del decreto de las córtes  
 de España que se inserta adelante.

21. Está obligado el arrendatario á cuidar las cosas que  
 se le arriendan, de suerte que no se disminuyan ni deterio-  
 ren por su culpa ú omision ó por enemigos suyos; y con-  
 cluida la locacion debe volverlas sin deterioro al locador.  
 Si no lo hiciere, está obligado á satisfacer al dueño los inte-  
 reses y menoscabos que justifique habérsele irrogado (4).  
 Y si deteriora de tal modo el fundo rústico que se dismi-

(1) Glos. 5, l. 6, tit. 8, P. 5. — (2) Lib. 2, var., cap. 3, n. 6. —  
 (3) Num 7. — (4) LL. 7 y 18, tit. 8, P. 5.

nuya su valor, por ser ménos productivo en adelante,  
 está obligado á los intereses que su dueño pierda.

22. El arrendatario debe restituir la cosa arrendada  
 á su dueño, cumplido que sea el tiempo del arrenda-  
 miento; y no queriendo entregarla hasta que fuese dada  
 sentencia contra él, debe satisfacer el duplo de la paga,  
 y los daños y menoscabos que por su culpa se hayan  
 irrogado al dueño ó á sus herederos (1). Pero no hay  
 práctica de darse la paga doblada.

23. Si la cosa locada es tierra, viña ú otra heredad,  
 y el arrendatario la tiene por tres días ó mas despues  
 de haber espirado el arrendamiento, con aquiescencia  
 del dueño, debe pagar el precio de un año lo mismo  
 que en los anteriores, porque se entiende continuada la  
 locacion (2) con las mismas calidades, condiciones, hi-  
 poteca y seguridades dependientes de la voluntad de  
 los contrayentes como accesorias al contrato de loca-  
 cion. Esto no se entiende respecto de la fianza que haya  
 habido, porque depende de la voluntad del fiador; ni  
 respecto de la pena, porque no es anexa á este contrato,  
 ni se pide por la misma accion (3). Si la cosa locada es  
 casa ú otro edificio, está obligado el arrendatario á sa-  
 tisfacer el alquiler del tiempo que la ocupe, segun el  
 precio en que la haya tenido ántes. La razon de esta  
 diferencia consiste en que las casas pueden ocuparse  
 en cualquier tiempo, y por lo regular hay quien las  
 ocupe; y no así las heredades, por ser preciso cultivar-  
 las en determinado tiempo para que fructifiquen (4).

24. El que recibe en alquiler alguna bestia, debe  
 volverla á su dueño tan buena como se la alquiló;  
 y si por su culpa se muere, debe darle otra igual ó su  
 valor; pero esta culpa debe probarse, pues de lo con-

(1) L. 18, tit. 8, P. 5. — (2) Decreto de las cortes de España de  
 8 de junio de 1813 que adelante se inserta. — (3) Febr. de Tap.,  
 lib. 2, tit. 4, cap. 5, n. 27. — (4) L. 20, tit. 8, P. 5. Gom., l. 2, var.,  
 cap. 3, n. 13 al 17. Ayllon. V. Greg. Lop. en dicha ley 20.

trario se presume que murió naturalmente y perece para su dueño (1). Si le causa algun daño debe pagar su importe, con mas todo el alquiler del tiempo en que se sirvió de ella, y de aquel en que por el daño dejó de usarla. Si dice que ha de ir en ella á una parte y va á otra ó mas léjos, ó la recibe por tiempo determinado y la tiene mas en su poder, y por esto motivo se muere ó deteriora, ó si se le alquila para un uso y la destina á otro, ó le quita el aparejo con que se le alquiló y le pone otro, ó le echa mas carga; queda obligado en iguales términos al daño (2).

25. ACCIONES QUE NACEN DE ESTE CONTRATO. — Son las que se llaman de *locacion* y *conduccion*. Ambas son directas, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato, el primero á dar el uso de la cosa arrendada, ó á practicar las obras prometidas, y el segundo á pagar el precio.

26. Aunque se venda la cosa locada no podrá ser despojado de ella el arrendatario en estos dos casos: 1º Si hubo pacto de que no se le despojaría durante el tiempo del arrendamiento. 2º Si el arrendamiento se hizo para toda la vida del arrendatario ó para siempre tambien del, como de sus herederos (3). Tampoco puede ser despojado el arrendatario, si el locador hipotecó generalmente sus bienes á la seguridad del contrato, ó especialmente la cosa locada, y se obligó á no venderla ni enagenarla durante el arrendamiento (4). En el caso de la venta de la cosa y despojo del arrendatario, tiene el locador la obligacion que dijimos arriba (nº 18).

(1) Febr. quien cit. á Gom., lib. 2, var., cap. 3, n. 22. — (2) LL. 1 y 6, tit. 17, lib. 3 del F. R. — (3) L. 19, tit. 8, P. 3. — (4) Febr. quien cita á varios autores, y entre ellos á Greg. Lop. en la glos. 4 de la l. 6, tit. 8, P. 3 en las palabras: *Et nota bene*. V. Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 3, n. 29.

27. Los herederos universales del locador y del arrendatario deben pasar por el arrendamiento que estos hicieron (1). Exceptuase el arrendamiento del usufructo de una finca, porque este derecho es personal; y por tanto si el arrendatario muere, no debe suceder en el contrato su heredero, sino que vuelve el usufructo al señor ó al usufructuario de la finca: bien que si tenia satisfecha total ó parcialmente la pension de aquel año y no percibido el fruto, está obligado el locador á restituir al heredero lo que su causante le anticipó, ó permitirle que recoja los frutos (2). Si estos son de beneficio eclesiástico, no ha de acudir á la iglesia por su cobro, ni por lo que hubiere anticipado al beneficiado que se los arrendó, sino á los herederos ó fiadores de este (3).

28. El beneficiado no tiene obligacion de pasar por el arrendamiento del beneficio hecho por su antecesor; ni el particular sucesor del locador y arrendatario por el que estos hicieron; ni por consiguiente el usufructuario, legatario y donatario de ellos, porque son sucesores singulares; ni el sucesor en el mayorazgo por el arrendamiento que hizo el poseedor anterior, á no ser que aquel prestase su consentimiento; ni el heredero fideicomisario por el que hizo el fiduciario, que es el gravado á la restitucion de la herencia, á menos que hubiese prestado su consentimiento (4).

29. El arrendatario puede subarrendar lo que á él se le arrendó, con tal que no se le haya prohibido por pacto; y siendo finca, debe ser el subarrendatario igualmente idóneo que el arrendatario, y destinarse la finca al mismo uso para que se le dió á este, y por el mismo tiempo ó ménos, teniendo la finca cómoda di-

(1) L. 2, tit. 8, P. 3. V. el art. 3 del decreto de las córtes de España que adelante se inserta. — (2) L. 3, tit. 8, P. 4. — (3) L. 9, tit. 17, P. 4. — (4) Febrero, quien cita varios autores en apoyo de estas doctrinas. V. Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 3, n. 25.

vision, si arrienda parte de ella, y en el supuesto de que no resulte perjuicio al dueño ni á otro inquilino ó colono (1).

(1) L. 2, tit. 16, lib. 5 de la Rec. ó 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Aut. 6, cap. 3 al fin, tit. 21, lib. 4 de la Rec. Gom., lib. 2, var., cap. 3, n. 11 et ibi Aylon.

El auto acordado del consejo de 31 de julio de 1792, que es la ley 8, tit. 10, lib. 10 de la N., prohíbe todo subarriendo de las habitaciones sin consentimiento de los dueños ó administradores, y prescribe otras disposiciones sobre arrendamientos. Lo copiamos aquí, advirtiendo que se disputa si está ó no vigente en nuestra república. Lo cierto es que á lo ménos en la ciudad federal se acostumbra con generalidad, y mas de diez años ha, subarrendar las habitaciones y traspasarlas, á ménos que se pacte lo contrario. La ley citada contiene los artículos siguientes.

1º Los dueños y administradores puedan libremente arrendar las casas á las personas con quienes se conviniesen, sin que ninguna, por privilegiada que sea, pueda pretender ni alegar preferencia con motivo alguno.

2º Muerto el inquilino, pueda continuar en la misma habitación su viuda; y si no la tuviere ó no quisiere, uno de sus hijos en quien se conviniesen los demás, y no conformándose, el mayor en edad.

3º Para precaver los daños y perjuicios que la continuacion de estos inquilinatos podría causar á los dueños de casas, se declara que así como por la ley precedente pueden los inquilinos usar del derecho de la tasa, le tendrán en los mismos términos sus dueños pasados diez años de la habitación; y de la misma facultad podrán usar si continuasen habitándola por otros diez, y empezándose á contar desde la publicación de este auto, porque en este largo tiempo puede haber variado el valor del precio de dichas habitaciones.

4º Se prohíbe todo subarriendo y traspaso del todo ó parte de las habitaciones, á no ser con expreso consentimiento de los dueños ó administradores, y se anulan también los que estuvieren hechos sin esta circunstancia; pero deberán ser preferidos los inquilinos en los arrendamientos, entendiéndose derechamente y sin litigio con los dueños, con tal que al inquilino principal que subarrendó se le rebaje la cantidad del subarriendo que hizo y ha de percibir el dueño de la casa.

5º Mediante que en conformidad de la costumbre observada en Madrid el inquilino que ha de habitar la casa, anticipa el importe

30. Las cortes de España decretaron lo siguiente sobre arrendamientos de fincas (1). I. Todas las dehesas, heredades y demas tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, ya sean libres ó vin-

de medio año; si se verificase que ántes de cumplirlo la dejase, el dueño ó administrador le devolverá á prorata la cantidad que correspondá al tiempo que faltare para cumplir el medio año; y lo mismo se entienda con los alquileres que se anticipan en las habitaciones que se pagan por meses.

6º No puedan los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas, y los jueces les obliguen á que las arrienden á precios justos convencionales ó por tasacion de peritos que nombren las partes, y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estarles prohibido por fundaciones ó por otro motivo, pues semejantes disposiciones no pueden producir efecto en perjuicio del bien público.

7º Las personas que saliesen de la corte con destino ó por largo tiempo, no puedan retener sus habitaciones ni con pretexto de dejar en ellas parte de su familia; pero esta prohibicion no deberá entenderse con los que se ausenten por falta de salud, comision ó otra causa temporal de corta duracion.

8º Habiendo acreditado la experiencia que se ocupan las casas largo tiempo con los bienes muebles y alhajas de los que mueven para venderlos en almoneda, y que se usa del fraude de entrar y subrogar otro, haciéndose por este medio interminables las almonedas; se declara y manda que se acaben durante los seis meses primeros, y pasados, quede desocupada, aunque no se haya concluido.

9º Ningun vecino pueda ocupar ó tener dos habitaciones, como no sean tiendas ó talleres necesarios á su oficio y comercio.

10º Cuando los dueños intentasen vivir y ocupar sus propias casas, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito en el preciso y perentorio término de cuarenta dias, prestando caucion de habitarlas por si mismos, y no arrendarlas hasta pasados cuatro años.

11º Las cesiones ó traspasos que se hicieran de las tiendas de cualquiera especie, casas de trato ó negociacion, sean puramente por el precio en que se regulasen ó conviniesen por los efectos, enseres, anaqueles y demas de que se compongan, sin llevar por via de adeala ni otro pretexto cantidad alguna, y la casa ó habi-

(1) Decreto de 8 de junio de 1813 que se publicó por bando del virey, dado en esta capital á 18 de enero de 1814.

culadas, se declaran desde ahora cerradas y acotadas perpetuamente, y sus dueños ó poseedores podrán cercarlas, sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres; disfrutarlas libre y exclusivamente, ó arrendarlas como mejor les parezca... II. Los arrendamientos de cualesquiera fincas serán también libres á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasación, aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesión y engaño con arreglo á las leyes. III. Los arrendamientos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes. IV. En los nuevos arrendamientos de cualesquiera fincas ninguna persona ni corporación podrá bajo pretexto alguno alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño. V. Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos por tiempo determinado fenezerán con este, sin necesidad de mutuo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesión para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duración del contrato. Pero si tres días ó más después de concluido el término permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos; y el dueño, aun con el pretexto de necesidad en que estuviere situada vaya con el precio que pagaba el inquilino.

12º Sobre el contenido de estas reglas, mediante ser claras, los jueces no admitan demandas ni contestaciones, y las que admitiesen, las determinen de plano y sin figura de juicio.

Véase sobre arrendamientos y subarrendamientos de fincas el número 30 de este título.

tar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca ó faltar á las condiciones estipuladas. VI. Los arrendamientos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, podrá hacerlo así, avisando á la otra un año antes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesión, una vez desahuciado por el dueño. VII. El arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobación del dueño (1); pero podrá sin ella vender ó ceder al precio que le parezca alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

31. Todos los frutos y cosas que produce la alhaja locada y existen en ella, están afectos tácitamente á la responsabilidad del arrendamiento y menoscabos que la alhaja padeciere durante él; y así puede el locador retenerlas por derecho pignoraticio, inventariándolas previamente ante testigos (2), y tiene derecho de preferencia en ellas sobre todos los acreedores del conductor de cualquiera calidad que sean (3). Esta retención la podría intentar y hacer hoy sin autoridad judicial. Pero

(1) Esto parece que decide la cuestión sobre subarriendos y traspasos de casas; pues aunque no se habla de ellas con este nombre, se comprenden en la palabra general *fincas*, y en uno de los objetos del decreto, que es como se hace en su introducción, *proteger el derecho de propiedad*. Además, donde el legislador quiso determinar precisamente las fincas rústicas, lo hizo con toda expresión y claridad, como en los artículos 1º y 5º; pero en el 2º, 4º y 7º usó de la palabra *fincas*, sin distinguir las rústicas de las urbanas, y añadiendo en los dos primeros el adjetivo *cualquiera*; y las disposiciones contenidas en ellos convienen tanto á unas como á otras fincas. Sin embargo repetimos que á lo ménos en la ciudad federal se acostumbra subarrendar y traspasar, si no se pacta lo contrario.

(2) L. 5, tit. 8, P. 5. — (3) L. 22, cap. 3, tit. 21, lib. 4 de la R.

debe advertirse que la retención supone que el dueño tenía en su poder las cosas que retiene, y que podía retenerlas sin usar de medios violentos. Puede suceder que el colono deje libre la heredad á disposición del dueño, en cuyo caso si repite algunos frutos que dejó en ella, usará bien el dueño del derecho que tiene para retenerlos por las obligaciones que ha contraído el arrendatario (1).

32. El dueño tiene derecho pignoraticio sobre los bienes existentes en la cosa locada por el arrendamiento que se le deba, aunque sean del subarrendatario, porque están afectos tácitamente á su responsabilidad, y se entiende que este enasi contrato con el dueño, introduciendo sus bienes en la cosa locada (2).

33. Como este contrato da utilidad á los dos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa leve, esto es, deberá poner cada uno de ellos en lo que es de su obligación aquella diligencia que pone en sus cosas (3). Si el locador de obras ofreciese la diligencia, ó las alquilara para cosa que exige mucho cuidado, debería prestar también la culpa levisima, ó lo que es lo mismo, poner cuanta diligencia pudiese. La ley (4) que así lo previene, solo exceptúa la ocasion ó caso fortuito.

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 5, n. 14 y nota. — (2) L. 3, tit. 8, P. 3. Gom., lib. 2, var., cap. 2, n. 12 et ibi Aylón. Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 5, n. 31. — (3) LL. 7 y 13, tit. 8, P. 3. — (4) L. 8, tit. 8, P. 3.

## TITULO XIV.

## DE LOS CENSOS.

Tit. 13, lib. 3 de la R. Tit. 13, lib. 10 de la N.

1. Definición del censo. Su división en *enfiteútico, reservativo y consignativo*.
2. Definición del enfiteútico ó enfiteúsis.
3. Derechos ó acciones que por lo regular competen al censalista ó señor del dominio directo.
4. Derechos del enfiteúta.
5. Observaciones sobre el precio del censo enfiteútico.
6. Censo *reservativo*, qué es.
7. Calidades en que conviene con el enfiteútico, y calidades en que se diferencia de él.
8. Calidades en que conviene con el consignativo, y calidades en que se diferencia de él.
9. Se puede constituir por convención, ó por testamento. Puede ser perpetuo durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible.
10. Censo *consignativo*, por qué se llama así. Cómo se constituye.
11. Su definición.
12. Se divide en *pecuniario y fructuario, en perpetuo y temporal*. El perpetuo se subdivide en *irredimible y redimible*. Cuál se llama *al quitar* y cuál *vitalicio*.
13. Sobre la división del mismo censo en *real y personal*.
14. Los juros son censos consignativos.
15. Deben considerarse en el censo el *precio ó capital, la pensión ó rédito y la cosa* en que el censo se constituye.
16. Cuestion sobre si el precio debe consistir ó no en dinero.
17. El precio ha de ser justo. Tasas hechas por las leyes. No hay tasa para el censo irredimible.
18. Disposiciones sobre la pensión ó rédito del censo al quitar.
19. Opinión sobre que la cosa en que se constituye el censo tiene la calidad de hipoteca.
20. Opinión sobre que la constitucion de censo debe considerarse como una servidumbre de la cosa en que se impone.
21. Efectos consiguientes, á esta sentencia.

debe advertirse que la retención supone que el dueño tenía en su poder las cosas que retiene, y que podía retenerlas sin usar de medios violentos. Puede suceder que el colono deje libre la heredad á disposición del dueño, en cuyo caso si repite algunos frutos que dejó en ella, usará bien el dueño del derecho que tiene para retenerlos por las obligaciones que ha contraído el arrendatario (1).

32. El dueño tiene derecho pignoraticio sobre los bienes existentes en la cosa locada por el arrendamiento que se le deba, aunque sean del subarrendatario, porque están afectos tácitamente á su responsabilidad, y se entiende que este enasi contrato con el dueño, introduciendo sus bienes en la cosa locada (2).

33. Como este contrato da utilidad á los dos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa leve, esto es, deberá poner cada uno de ellos en lo que es de su obligación aquella diligencia que pone en sus cosas (3). Si el locador de obras ofreciese la diligencia, ó las alquilara para cosa que exige mucho cuidado, debería prestar también la culpa levisima, ó lo que es lo mismo, poner cuanta diligencia pudiese. La ley (4) que así lo previene, solo exceptúa la ocasion ó caso fortuito.

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 5, n. 14 y nota. — (2) L. 3, tit. 8, P. 3. Gom., lib. 2, var., cap. 2, n. 12 et ibi Aylón. Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 5, n. 31. — (3) LL. 7 y 13, tit. 8, P. 3. — (4) L. 8, tit. 8, P. 3.

## TITULO XIV.

## DE LOS CENSOS.

Tit. 13, lib. 3 de la R. Tit. 13, lib. 10 de la N.

1. Definición del censo. Su división en *enfiteútico, reservativo y consignativo*.
2. Definición del enfiteútico ó enfiteúsis.
3. Derechos ó acciones que por lo regular competen al censalista ó señor del dominio directo.
4. Derechos del enfiteúta.
5. Observaciones sobre el precio del censo enfiteútico.
6. Censo *reservativo*, qué es.
7. Calidades en que conviene con el enfiteútico, y calidades en que se diferencia de él.
8. Calidades en que conviene con el consignativo, y calidades en que se diferencia de él.
9. Se puede constituir por convención, ó por testamento. Puede ser perpetuo durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible.
10. Censo *consignativo*, por qué se llama así. Cómo se constituye.
11. Su definición.
12. Se divide en *pecuniario y fructuario, en perpetuo y temporal*. El perpetuo se subdivide en *irredimible y redimible*. Cuál se llama *al quitar* y cuál *vitalicio*.
13. Sobre la división del mismo censo en *real y personal*.
14. Los juros son censos consignativos.
15. Deben considerarse en el censo el *precio ó capital, la pensión ó rédito y la cosa* en que el censo se constituye.
16. Cuestion sobre si el precio debe consistir ó no en dinero.
17. El precio ha de ser justo. Tasas hechas por las leyes. No hay tasa para el censo irredimible.
18. Disposiciones sobre la pensión ó rédito del censo al quitar.
19. Opinión sobre que la cosa en que se constituye el censo tiene la calidad de hipoteca.
20. Opinión sobre que la constitucion de censo debe considerarse como una servidumbre de la cosa en que se impone.
21. Efectos consiguientes, á esta sentencia.

22. Opinion sobre que en la constitucion del censo no se contrae ninguna obligacion personal.
23. Inteligencia de la ley que hace mencion de censos *reales, personales o mixtos*.
24. Cuestion sobre si perece el censo á prorata de la parte que perece de la cosa censuada, aunque la parte restante produzca frutos suficientes para el pago de toda la pension. Sentencia por la afirmativa.
25. Sentencia mas probable por la negativa.
26. Sobre el caso en que se dude si por la mudanza ó quebranto de la cosa debe considerarse que ha perecido esta ó se ha hecho infructifera del todo para siempre.
27. Cuestion sobre si reedificada la casa que se habia arruinado del todo, revive el censo que se habia extinguido.
28. Las cosas en que han de consignarse los censos deben ser fructiferas é inmuebles ó raices.
29. Disposicion sobre que los pueblos no impongan contra sus caudales nin-
- gun censo sin facultad suprema.
30. Pactos que suelen ponerse en la constitucion de los censos, y de cuya validez puede dudarse.
31. De los mismos pactos en los censos redimibles ó al quitar.
32. Pactos que deben tenerse por no escritos.
33. Modos de extinguirse los censos.
34. Del contrato llamado *debitorio*.
35. *Depósito irregular*, en qué consiste.
36. Cuando se celebra por escritura guarentigia con especial hipoteca de alguna finca, se parece al censo consignativo.
37. Cuando se hace sin hipoteca y solo por la buena fe de los contrayentes, se parece á la *compañia ó sociedad*.
38. Lo que debe hacerse cuando se vende como libre una cosa censuada ú obligada.
39. Disposiciones sobre el registro de las escrituras que contengan hipotecas expresas y especiales.

1. La palabra *censo* se toma á veces por tributo; pero aquí la entendemos por *un derecho que alguno tiene para exigir de otro, á quien ha concedido algo, cierta pension ó tributo*. Dividese en *enfiteútico, reservativo y consignativo*.

2. *Enfiteútico ó enfiteúsis es: Derecho que alguno tiene para exigir de otro cierto cánon ó pension anual perpetuamente, en razon de haberle transferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raiz, reservándose el directo, con la condicion de no poder quitarle la cosa á él ni á sus herederos, mientras pagaren la pension*. Esta definicion está arreglada al modo ordinario de constituirse este censo, que tambien puede serlo solamente por la vida de quien recibe el dominio útil ó por largo tiempo de diez ó mas años (1); pero si al celebrarse el contrato no se expresa tiempo se entiende que es perpetuo, por ser esta su naturaleza ordinaria (2). Es necesario constituirlo por escrito, y de lo contrario no valdria (3). Llámase enfiteútico de la palabra enfiteúsis, que significa mejora, cultivo y plantacion, porque el fin con que se da la alhaja es el de que el censuario (4) ó enfiteúta la mejore, plantándola, cultivándola ó edificando en ella.

3. Al censualista ó señor del dominio directo le corresponden regularmente hablando, los derechos ó acciones siguientes sobre la finca y el enfiteúta. I. El dominio directo de la cosa. II. La pension convenida que debe pagarse por el enfiteúta; y si no lo hiciere en tres años, ó en dos, si el censualista es iglesia, cae en comiso la cosa, y la puede tomar el censualista sin mandato del juez. Mas ántes de esto puede el censuario libertarse de la pena, pagando dentro de diez dias, sin pleito. Para que el censualista use del derecho de tomar la cosa, no es necesario que haya pedido la pension, y basta que se hayan cumplido los plazos referidos (5). Gregorio Lopez (6), con apoyo de otros autores,

(1) L. 3, tit. 14, P. 1. L. 28, tit. 8, P. 3, y en su glos. Greg. Lop. Mol., trac. 2, *De just. et jur.*, disp. 443. — (2) Mol., loc. citad. — (3) LL. 3 y 28 citad. — (4) Este nombre daremos al que paga los réditos, y el de *censualista* á quien los cobra. — (5) L. 28, tit. 8, P. 3. — (6) Glos. 15 de la misma l. 28.

pone cuatro limitaciones á este derecho de tomar la cosa sin mandato de juez, á saber: Si el enfiteuta resistiere la ocupacion del dueño directo: si este hubiese acudido al juez sin protestar á salvo el derecho de ocupacion: si el enfiteuta negare el cargo de no haber pagado: si él mismo dijere que no habia pasado el tiempo de la paga. En todos estos casos habrá duda y deberá acudirse al juez. Además, no está en uso semejante facultad del señor directo, y turbaria tal vez la tranquilidad pública. III. El enfiteuta, cuando quiera vender la cosa, lo debe hacer saber al censalista, manifestándole tambien el precio. IV. El tanteo ó preferencia en la venta por el tanto que otro diere. De este derecho puede usar aunque hubiere dado licencia para la venta, con tal que al darla no lo haya renunciado, y se lo hubiere reservado. Si pasados dos meses de habersele hecho saber la venta, nada dijere, puede el enfiteuta vender á otro. V. El laudemio ó luisimo, que es la décima, vigésima ó quincuagésima parte del precio en que se hace la venta, ó de la estimacion, si se diere, que debe pagarle el nuevo poseedor. Este derecho no tiene lugar cuando se usa del de tanteo (1).

4. El enfiteuta tiene los derechos siguientes: 1º El dominio útil de la cosa. 2º La facultad de venderla en los términos referidos, y la de empeñarla, esto sin noticia del dueño directo, con tal que uno y otro sea á persona de quien pueda el censalista cobrar la pension con la misma facilidad que del vendedor, en cuyo caso aquel está obligado á recibir al comprador por enfiteuta (2). Si la vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato, y pierde el derecho que tenia en la cosa (3). Gregorio Lopez (4) dice que en esta pena incurre el enfiteuta cuando vende la cosa,

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 7, n. 5. — (2) L. 29, tit. 8, P. 3. — (3) La misma L. 29. — (4) Glos. 14, sobre la misma L. 29.

aunque sea á persona igual, sin requerir ántes al señor directo; pero la ley no lo dice. 3º Imponer servidumbre sobre la cosa, y constituir el usufructo de ella á beneficio de otro (1). 4º No se le puede quitar la cosa, si no es que deje de pagar la pension en los términos expresados. 5º El enfiteuta queda libre de la pension, si la cosa pereciese por caso fortuito, de tal suerte que no se salvase ni la octava parte, pues salvándose á lo menos esta, subsiste la obligacion del enfiteuta (2).

5. Molina (3) observa que el precio en el censo enfiteutico debe ser mucho mayor que en los otros, porque además de que el censalista conserva el dominio directo de la cosa, le pertenece el laudemio y demás derechos enfiteuticos. Es verdad que en el modo regular y ordinario de constituir este censo, no se hace mención del precio; pero se debe tener en consideracion cuando se venda la cosa enfiteutica, regulando lo que valgan los derechos del señor directo, porque este valor se baja del que tiene la cosa, y solamente de lo restante se paga el laudemio (4). El precio en la enfiteusis debe ser doble que el de los censos redimibles, y mucho mayor que el de los irredimibles.

6. El censo reservativo ó retentivo se constituye cuando uno da á otro alguna cosa raíz, transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension anual en frutos ó en dinero que le ha de pagar el que recibe la cosa. De esta reservacion toma su nombre, y es de origen antiquísimo, pues ya le usó José cuando á nombre de Faraon concedió campos á los egipcios con la obligacion de pagar la quinta parte de sus frutos (5).

(1) Mol. de Hispan. primog., lib. 1, cap. 20, n. 2. — (2) L. 28, tit. 8, P. 3. Véase á Greg. Lop. glos. 9 á 12 inclusive sobre la misma ley. — (3) De just. et jur., disp. 385, vers. secundum. — (4) Baz in theat. Jurisp., cap. 30, n. 141. — (5) Cap. 47 del Génesis.

7. Conviene este censo con el enfiteútico en que en ambos se traspasan los bienes propios á otra persona, reservándose el derecho de percibir réditos anuales; pero se diferencia en los puntos siguientes: 1º En el censo reservativo se transfieren los dominios directo y útil en el censuario, y al censalista solo le queda el derecho de percibir el rédito, y cuando se haga la redención, el capital ó precio en que se estimó la alhaja al tiempo de su dación ó censo. 2º Por defecto de pago del rédito no se quita al censuario ni cae en comiso la alhaja afecta al censo (1), á no ser que se haya pactado esta pena para el caso de no cumplirse con el pago de la pensión. Así es conforme á una ley (2) que debe entenderse de este censo como la han entendido varios autores (3), y cuya inteligencia está recibida en la práctica de los tribunales, según confiesan aun aquellos doctores que juzgan convenir las palabras de la ley al censo consignativo (4). La razón que dan Molina y los demás autores citados para que se admita este pacto en el censo reservativo, es que el censalista puede no querer traspasar el dominio directo y útil sino bajo de aquella condicion, así como en el censo enfiteútico se impone la misma condicion para traspasar solo el dominio útil. 3º El censuario puede vender la cosa sin hacerlo saber al censalista, y este no tiene derecho á laudemio. Cuando llegare á dudarse si un censo es enfiteútico ó reservativo, deberá decidirse por un buen exámen de las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras, que suelen confundir los es-

(1) Cobarr., lib. 3, var., cap. 7. — (2) L. 68 de Toro, que es la 1, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 13, lib. 10 de la N. — (3) Mol. *De just. et jur.*, tract. 2, disp., 381 vers. *Dubium*. Avend., tract. *De censibus*, cap. 90, n. 4. — (4) Cobarr., lib. 3, var., cap. 7, n. 1. Gutierr. *De juram. confirm.*, part. 1, cap. 31, n. 10 y *Pract.*, quest. lib. 2, quest. 68.

cribanos por impericia, como advierten Avendaño, Covarrubias y otros autores. Pero si la duda no pudiere resolverse, se considerará mas bien reservativo que enfiteútico (1), porque grava ménos al censuario.

8. Conviene asimismo este censo con el consignativo, en que su naturaleza y pactos son muy semejantes; en que debe intervenir en ambos á voluntad del censuario el pacto de retrovendendo; en que uno y otro causa alcabala, y en que la division del consignativo conviene al reservativo (Véase la division del primero en el num. 12). Se diferencian en esto: 1º En el consignativo se gravan los bienes del censuario por dinero que le da ó le tiene dado el censalista; y en el reservativo no interviene dinero, y antes los bienes que el censalista vende son los que se gravan ó hipotecan á la seguridad y responsabilidad del capital del censo y sus réditos. 2º En el consignativo el censalista por solo este carácter es un acreedor hipotecario, sin mas privilegio que el de su antigüedad en concurrencia de otros hipotecarios; pero en el reservativo tiene preferencia como acreedor de dominio en la alhaja por la naturaleza del contrato sobre todos los acreedores del censuario por anteriores y privilegiados que sean, aunque no se exprese (2).

9. Se puede constituir este censo por convencion, y así es lo regular; ó por testamento, como si el testador legase una cosa fructifera con la reservacion de que el legatario pagase á los herederos cierta parte de los frutos (3). Puede ser perpetuo durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible. Si sobre esto hubiere duda, debe considerarse perpetuo antes que redimible, por ser aquello su naturaleza ordinaria (4);

(1) Cobarr., lib. 3, var., cap. 7. Mol. *De just. et jur.*, tract. 2, disp. 383, vers. *Contrarius*. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 9, n. 3. — (3) Avend., tract. *De censibus*, cap. 3. — (4) Feliciano

y tambien porque reservándose el dueño la pension, retiene el derecho de percibirla, el cual como subrogado en lugar del dominio, es perpetuo como este lo era (1). Covarrubias (2) afirma que en caso de duda debe considerarse el censo mas bien como reservativo que como consignativo, poniendo algunas excepciones por conjeturas que deberá examinar el juez. Pero Vela (3) defiende que habiendo duda, primero debe considerarse consignativo que reservativo, y mas bien redimible que irredimible, fundado en que el consignativo redimible es el mas frecuente y ménos gravoso para el deudor, lo que no nos parece mal, por deberse favorecer mas al réo que al actor.

10. El censo *consignativo* se llama así porque se consigna ó impone sobre bienes del censuario, quedando este con el dominio directo y útil de los mismos bienes. Algunas veces se impone sobre la persona del censuario, de lo cual trataremos adelante. Por lo regular se constituye por cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y entónces es verdadera venta. Pero puede constituirse por otros títulos, como permuta, donacion, compensacion de tributos, obsequios ú obras, ó por última voluntad; y segun el título así es su naturaleza. Hablarémos del constituido por contrato de venta, porque es el mas frecuente, y porque con su explicacion será fácil entender lo que deba decirse de los constituidos por otros títulos.

11. En este sentido, pues, decimos que el censo consignativo es *compra por la cual dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raíces de otro, adquiere el derecho de cobrar cierta pension anual del*

*De censibus*, tom. 2, lib. 1, cap. 10, n. 8, vers. *Denique*. Mol. *De jur. et just.*, tract. 2, disp. 382, vers. *Secundus*.

(1) Avend., cap. 14. Cobarr., lib. 3, var., cap. 10, n. 5. — (2) En este mismo lugar ult. citado. — (3) Disert. 33, n. 70.

*dueño de dichos bienes, quien lo queda como lo era antes.* Decimos *dando cierto precio*, porque el censo no se perfecciona solo por la convencion como las demas compras, sino que requiere numeracion del precio, verdadera ó fingida, segun prueba Vela (1). En el censo vitalicio exige la ley (2) que la numeracion ó paga del dinero sea real, y lo nota el mismo Vela (3). Segun la definicion, se compra el derecho de cobrar ó exigir la pension, y no la pension misma, como prueban Covarrubias y Avendaño (4), y por eso no puede objetarse que se da dinero por dinero, aunque á veces, hablando impropriamente, se dice que se compran los réditos ó las pensiones.

12. Dividese el censo consignativo por razon de la cosa que se paga, *en pecuniario*, cuya pension se paga en dinero, y *en fructuario*, cuya pension se puede pagar en frutos; pero la ley (5) prohíbe expresamente que se pueda constituir este censo con pension que no sea dinero, de lo cual trataremos adelante. Por la duracion se divide en *perpetuo y temporal*. El primero se subdivide en *irredimible y redimible*. Este se constituye con el pacto de retroventa, y le llamamos *al quitar*: hablando con propiedad, se le llama tambien perpetuo, por no acabarse con el tiempo, como prueban Vela y Censio (6); bien que en la ley (7) se le contrapone al perpetuo, lo que suelen hacer igualmente nuestros autores. El *temporal* puede constituirse para cierto y determinado número de años y para tiempo incierto, como el de la vida del comprador, del vendedor ó de algun otro, y en este caso se llama *vitalicio*. De este modo

(1) Disert. 34, n. 37. — (2) L. 8, tit. 15, lib. 5 de la R. ó 6, tit. 15, lib. 10 de la N. — (3) Disert. 36, desde el n. 37. — (4) Cobarr., lib. 3, var., cap. 7, n. 2. Avend. *De censibus*, cap. 37, n. 20. — (5) L. 4, tit. 15, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 15, lib. 10 de la N. — (6) Vela *disert.* 33, n. 54. Censio *De censibus*, quest. 2. — (7) L. 7, tit. 15, lib. 5 de la R. ó 5, tit. 15, lib. 10 de la N.

es tan extraordinario y anómalo, que si se le examina por las reglas de los demas censos, parece no serlo. Por él se enagena para siempre el precio ó capital, sin esperanza de recobrarlo jamas, y se compra el derecho de exigir la pensión anual sin respecto á la industria, ni á obras del que la ha de pagar, ni á otra cosa ninguna sino á la vida, durante la cual fué constituido, de suerte que depende de ella el censo en constituirse y en conservarse. Todas estas cosas y el ser menor su precio ó mayor su pensión, contribuyen á que sea lícito, por ser incierto el tiempo de la muerte de la persona, por cuya vida debe durar el censo (1). Todas estas divisiones tienen lugar en el censo reservativo. Véase á Molina (2) sobre las especies del censo de que tratamos.

13. Este autor (3) añade otra division que es la de *real* y *personal*. Llama personal al que se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya ninguna cosa obligada. No admiten este censo los autores (4) que llevan la opinion de que no puede haber censo personal. Nos parece mejor la sentencia de los que reprueban esta division, y el propio Molina no está lejos de pensar así, pues dice (5) que es muy difícil poderse sostener el censo personal. Ni vale lo que dicen los adicionadores de la Biblioteca de Ferraris en la voz *Census*, y Martinez (6), de que está aprobado el censo personal por la cédula de 10 de julio de 1764 (7) publicada á representacion de los cinco gremios mayores de Madrid; pues en ella solo se aprueban

(1) Salgado *in Labyrinth*, part. 1, cap. 20. Cobarr., lib. 3, var., cap. 7, n. 3. Felice., lib. 1, cap. 7, n. 49. Vela disert. 33, n. 37, y en la 36, n. 42. — (2) *De just. et jur.*, tract. 2, disp. 383-389. — (3) En la misma disp. 383. — (4) Faría ad Cobarr. 3, var., cap. 7, n. 27. Vela disert. 33, nn. 27, 102-107. Avend. *De censibus*, cap. 38, y otros autores á quienes citan estos. — (5) Disp. 387. — (6) Biblioteca de jueces, tom. 7, lib. 3, tit. 13, n. 220. — (7) Es la 1. 23, tit. 1, lib. 10 de la N.

aquellos contratos que consistian en que ciertas personas, principalmente viudas, destituidas de propia industria, entregaban dinero á los gremios para el comercio por el tres ó dos y medio por ciento. Estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, en cuya virtud se reparten la ganancia los socios de tal modo, que los capitalistas se contentan con una porcion segura, pero muy inferior á una ganancia regular, dejando lo restante á los gremios. Cuando hablamos de reprobacion del censo personal, no comprendemos el *vitalicio*, de que ya hemos tratado.

14. Los *juros*, que consisten en rentas concedidas por el rey á ciertas personas en remuneracion de sus servicios ó méritos, ó vendidas por precio sobre las salinas ú otros derechos, son censos consignativos; y así cuanto se ha dicho sobre estos tiene lugar en los juros (1), con la diferencia de que en su venta no se causa alcabala (2). En el año de 1727 se mandó (3) que lo dispuesto antes (4) sobre precio y pensión de los censos consignativos, se observase tambien en los juros, y *arreglada*, dice la ley, *su constitucion y la paga á los censos, por serlo*.

15. Tres cosas hay que considerar en este censo: *precio ó capital, pensión ó rédito*, y la *cosa* en que el censo se constituye.

16. El precio debe consistir en dinero, segun la bula expedida *motu proprio* por san Pio V en 1569; pero como esta no se recibió en España (5), hay lugar á la cuestion de si debe consistir ó no en dinero, la cual tiene muchos defensores por una y otra parte. Avendaño (6) se

(1) LL. 6, 12 y 13, tit. 13, lib. 3 de la R. ó notas 1 y 2, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) Larrea alegat. 23. — (3) Aut. acord. 6, tit. 13, lib. 3 de la R. ó ley 4, tit. 14, lib. 10 de la N. — (4) Aut. 3, tit. 13, lib. 3 de la R. ó l. 8, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) L. 40, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 7, tit. 13, lib. 10 de la N. — (6) *De censibus*, cap. 37.

esfuerzo en probar la negativa. Nos parece sin embargo mas fundada la afirmativa, porque cierra la entrada á los fraudes, que son frequentisimos en este contrato, y porque así lo establece expresamente por la misma razon una ley (1) en el censo vitalicio, lo que da motivo para creer que el legislador ha tenido la intencion de evitar los fraudes en todos los censos, y que la expresion hecha para el censo vitalicio en la citada ley, se extiende á los demas. Por otra parte, Avendaño no satisface debidamente á los argumentos que se propone á favor de nuestra opinion. Y por último, Feliciano (2) dice que el supremo consejo declara cada dia que se rescindan, esto es, que son nulos los censos constituidos por precio que no sea dinero. De esta regla claro es que deben exceptuarse los juros de que hemos hablado ántes, en los que tampoco puede haber fraudes. Tambien debe advertirse que no es necesaria la tradicion real del precio, y que basta la fingida. Podrá, pues, constituirse censo por la ficcion *brevis manus*, estableciéndose el precio en deuda de dinero cierta y liquida, á cuyo pago podia ser estrechado el deudor (3). En los censos que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio, aunque en rigor se le podria acomodar la fingida; y no hay duda en que se debe considerar precio en ellos para los casos de rescencion ó enagenacion de la cosa gravada.

17. El precio ha de ser justo, esto es, proporcionado á la pension, lo cual varia por las circunstancias del lugar y tiempo (4). En España se han hecho varias tasas que pueden verse en las leyes respectivas (5). Para América está señalado el cinco por ciento (6). En cuanto

(1) L. 8, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 13, lib. 10 de la N. — (2) *De censibus*, lib. 1, cap. 4, n. 10. — (3) Avend. *De censibus*, cap. 38. — (4) Cobárr., lib. 3, var., cap. 9. Avend. *de censibus*, cap. 32. — (5) LL. 6, 8, 12, 13, 13, 16, tit. 13, lib. 3 de la R. — notas 1 y 2, y ll. 6, 8 y 9, tit. 13, lib. 10 de la N. — (6) Real cédula de 13 de marzo de 1786.

al precio del censo irredimible no hay tasa señalada; pero se conviene en que debe ser mayor que el del redimible, por ser mas gravoso para el censuario, como que no puede redimirlo, y esta facultad de que se priva debe considerarse en el precio. Covarrubias (1) dice que este aumento no debe hacerse temeraria é inconsideradamente, sino por dictámen de hombre bueno y justo moderador. Segun lo que allí dice el mismo autor y tambien Molina (2), parece que el aumento debe ser mayor en un tercio. Los autores citados añaden que no debe reprobarse con facilidad lo que sobre esto se halle recibido por el uso en algun lugar. El primero dice que para la justa estimacion de los censos se ha de observar la costumbre de la provincia y la comun estimacion de los hombres.

18. Respecto de la pension ó rédito del censo al quitar, se mandó en 1334 (3) que se pagará en dinero efectivo; mas porque en varias partes se constituian muchos censos eludiendo esta disposicion, se previno en 1373 (4) que todos estos censos que se fundasen y se hubiesen fundado desde el referido año de 1334 se considerasen redimibles para todo, y de consiguiente quedaron sujetos á la primera de las citadas prevenciones. Aunque esta solo habla de los censos al quitar, nos parece muy bien la opinion de Acevedo en su comentario sobre ella, de que debe extenderse á los irredimibles, porque en estos son mas graves los perjuicios y fraudes que se intentan evitar. Sin embargo, en 1750 (5) se manda: *Que donde estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos ó frutos, se regule la paga de éstos por reduccion de la real*

(1) Lib. 3, var., cap. 10, n. 1. — (2) *De just. et jur.*, disp. 385, vers. *Secundum*. — (3) L. 4, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 10 de la N. — (4) L. 7, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 5, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) L. 16, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 9, tit. 13, lib. 10 de la N.

*pragmática* (se entiende la ley antecedente que redujo la pension del 5 al 3 por ciento) *sin exceso alguno*. Esto ha dejado lugar á la cuestion de si la reduccion establecida por las leyes citadas se ha de hacer con respecto á la cantidad de frutos, de modo que pague tres medidas el que pagaba cinco, ó se ha de atender tambien al precio. La audiencia de Valencia en un pleito sobre este punto que le remitió el supremo real consejo, declaró que debía hacerse á razon de 3 por 100 en dinero ó trigo segun el valor y precio que este tuviera en cada año en los pueblos de los deudores el día 15 de agosto, y así se observa.

19. La *cosa* en que se impone el censo juzgan muchos autores (1) que tiene la calidad de hipoteca, y Covarrubias añade que no sigue en todo las reglas de las demas hipotecas, porque en primer lugar el comprador del censo puede reconvenir por el pago de la pension al que compró la cosa censuada, sin necesidad de hacerlo antes con el que la vendió, despues de haber consignado en ella el censo. En segundo lugar, si el censo se hubiere impuesto, por ejemplo en tres campos pertenecientes á tres diversos poseedores, no pueden ser reconvenidos los tres por el todo, sino cada uno por su parte. Y ni esto ni aquello se observa en las hipotecas regulares, porque la accion hipotecaria no puede intentarse contra los poseedores, sin hacer antes excusion de los bienes del deudor (2); y por ser individua no se divide segun el número de poseedores. Pero el mismo Covarrubias confiesa, que respecto de lo segundo está en contrario la práctica, apoyada al parecer en que siendo hipotecaria esta accion debe ser individua.

(1) Feliciano *De censibus*, tom. 2, lib. 1, cap. 1, n. 5. Covarr. 3, Var., cap. 7 desde el n. 3 y otros que este refiere. Avendaño, cap. 23. — (2) L. 14, tit. 13, P. 5.

20. Otros autores (1) defienden que la constitucion de censo se debe considerar como una servidumbre impuesta sobre la cosa en que se impone. Esta opinion nos parece mas verdadera y justa, y se acomodan á ella los efectos que observamos en la práctica. Es verdad que se usa generalmente llamarla hipoteca, y no tenemos embarazo en conformarnos con esto, si se añade el adjetivo *irregular ó anómala*.

21. Los efectos consiguientes á esta sentencia son : I. Que quien impuso el censo en cosa suya, solo está obligado á pagar la pension en cuanto posee la cosa ó está obligado á la eviccion; y así la accion para el cobro de aquella es de las que los romanos llamaron *in rem* que siempre se dirigen contra el poseedor (2). Por eso, enagenada la cosa se reconviene al poseedor, aunque no contrajo con el acreedor, sin que aquel pueda valerse del beneficio del orden ó exclusion, pues no hay otro deudor como veremos adelante. II. Que el poseedor de la cosa está obligado á pagar no solamente las pensiones del tiempo en que posee, sino tambien las anteriores que se deban. No hemos hallado ley nuestra que lo prevenga; pero hay una buena razon en que se fundaron las leyes romanas para mandarlo respecto de los vectigales ó tributos reales, y es que al pago de la pension se obliga el predio y no la persona; y que si el comprador de aquel ignoraba la deuda de pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molina (3) dice que las pensiones anteriores á la enagenacion de la cosa se pueden exigir indiferentemente ó del actual poseedor ó del anterior, que las debe por razon del tiempo pasado, en que las adeudó como poseedor, y que si las paga el último, tiene derecho para

(1) Mol. *De just. et jur.*, disp. 383. Avend., cap. 23, n. 10. Vela disert. 34 y 35 y otros muchos citados por el segundo. — (2) Vela disert. 14, nn. 38 y 36, y disert. 34, n. 54. — (3) *De just. et jur.*, tract. 2, disp. 334, vers. ult.

costrarlas del que las debía. III. Que pereciendo la cosa censuada, perece tambien el censo, así como pereciendo el predio sirviente, perece la servidumbre (1). Esto es muy conforme á la naturaleza del censo, porque como dice Molina (2), él no es mas que una venta *pro indiviso* de una parte del derecho en la cosa en que está consignado; y pereciendo la cosa, es preciso que perezca el derecho que en ella habia. Ademas observa Vela (3) que sería casi ninguno el peligro del comprador del censo, si pereciendo la cosa estuviese obligado el vendedor á pagarle la pensión; lo cual á mas de ser opuesto á las reglas del contrato de compra y venta, sería iniucuo, porque le resultaría al censuario el doble gravámen de perder la cosa, y quedar obligado á la pensión; y porque si el censualista no tuviera peligro ninguno por la pérdida de la cosa, poco ó nada distaría del que da mutuo á usura, que tiene segura en todo evento la cantidad que prestó. Por estas solidísimas razones creyeron Vela y Censio (4) que no era lícito constituir el censo generalmente sobre todos los bienes del vendedor; porque muy rara vez podría suceder que alcanzase al comprador el peligro de la extincion de su derecho, y siempre recaería sobre el primero. Todavía avanzamos hasta decir, que si la cosa ó cosas en que se impone el censo, fuesen tan pingües que produjeran frutos muy excesivos para pagar la pensión, se debía corregir el exceso por el arbitrio del juez, para no caer en el mismo absurdo, y que se guarde la igualdad que corresponde entre los contrayentes.

22. Según lo dicho nos pareció verdadera la opinion de los que (5) juzgan que en la constitucion del censo

(1) Avend., cap. 60. Leotar. *De usuris*, quæst. 57. — (2) *De just. et jur.*, tract. 2, disp. 385, vers. *Contrarium*. — (3) *Disert.* 35 desde el n. 21. — (4) Vela *disert.* 33, n. 31. Censio *De censibus*, quæst. 54. — (5) Avend., cap. 59. Sarmiento, lib. 7 select., cap. 1, n. 28 y otros autores.

no se contrae ninguna obligacion personal, por la que el vendedor ó sus herederos que no poseen la cosa censuada ó la quieren dejar, puedan ser compelidos al pago de las pensiones, aunque así se hubiese pactado; pues debería considerarse como no puesta la obligacion personal, ménos en el caso de haber lugar á la eviccion, para el cual y no para otro podría sostenerse. Favorecen esta opinion la equidad y la igualdad que debe guardarse en todos los contratos, y es muy conforme á la naturaleza del de compra y venta, á que se reduce la constitucion del censo; pues el que compra alguna cosa, solo en ella adquiere derecho y no contra la persona, si no es en el caso de eviccion. No debe pues concederse mas favor á los compradores de censos; porque siendo odiosa la compra de estos, y no muy distante de las usuras, no merece un fruto mas pingüe que las compras de las demas cosas tan útiles y aun necesarias á los hombres.

23. Es verdad que una ley (1) hace mencion de censos *reales, personales ó mixtos*; con lo que parece que aprueba no solo aquellos en que se agrega la obligacion personal, sino tambien los impuestos en la persona sola; mas no por esto debemos reprobar la sentencia de Avendaño (2) que niega estas dos especies de censo; porque se responde que el legislador solo tuvo intencion de reducir todos los censos al quitar á la tasa que la ley citada señala, sin extenderse á otro fin; y que el hacer mencion de censos mixtos y personales fué, no para aprobarlos, sino para manifestar que todos los censos al quitar, de cualquiera calidad que fuesen, debian quedar sujetos á la reduccion establecida por la misma ley, sin que sus dueños pudiesen pretender cosa en contrario á título de que el censo fuese

(1) L. 16, tit. 15, lib. 5 de la R. ó 9, tit. 15, lib. 10 de la N. — (2) NN. 38 y 39.

mixto ó personal; cuya pretension podia temerse, por ser muchos los autores que los admiten. Y aunque la opinion de estos no es tan fundada como la nuestra, el tener tantos defensores ha sido probablemente la causa de que los escribanos ordenen segun ella las escrituras respectivas, que autorizan siguiendo unos á otros como ovejas.

24. Es harto difícil la cuestion de si cuando no parece toda la cosa censuada, sino una parte, perece tambien á prorata el censo, aunque la parte que queda produzca frutos bastantes para el pago de toda la pension. Molina, Vela y Faria (1) citando á otros, defienden la afirmativa, cuyos fundamentos son: 1º Que lo que se dice del todo en cuanto á todo, se dice de la parte en cuanto á parte. 2º Que el censo se haya extendido sobre la cosa de tal modo, que todo está en toda ella, y parte en la parte. 3º Que así está expreso en la cláusula 8 del *Motu proprio* de S. Pio V, cuyas palabras originales son estas: *Postremo census in futurum creandos, re in totum vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum, vel pro parte effecta, volumus ad ratam perire*. A este caso y á otros declaratorios de derecho antiguo no parece que debe extenderse la suplica para no admitir aquella bula, sino solamente á aquellos en que fuera del derecho comun, establece alguna cosa nueva (2).

25. Sin embargo de estos fundamentos tenemos por mas probable la sentencia contraria (3) que se funda en las razones siguientes: 1º Que el censo está simplemente constituido sobre toda la cosa y no sobre ca-

(1) Mol. disp. 391, claus. 8. Vela disert. 33, nn. 37 y 38. Faria in addit. ad Cobar. 3, var., cap. 7, nn. 35 y 36. — (2) Vela disert. 33 desde el n. 18, disert. 35 y 36. — (3) Leatar *De usur.*, quest. 57. Censio, quest. 100. El segundo cita á otros autores y una decision de la Rota ante el cardenal Mellini en 30 de octubre de 1602.

da una de sus partes. 2º Que pues queda el dominio de la cosa censuada en el vendedor del censo, sin pasar al del comprador, parece que la destruccion ha de ser enteramente contra el primero, mientras le queda parte de que pueda sostener la paga de la pension. 3º Que pudiéndose constituir de nuevo un censo del mismo valor en la parte que quedó salva, sería cosa irregular que no permaneciese entero el ya constituido, siendo mas fácil el conservar una cosa que el constituirla de nuevo. 4º Que el censo no tiene por término ó fin la misma cosa censuada, sino sus frutos, y por eso se acaba, si la cosa llega á quedar del todo infructifera para siempre, como luego veremos. A lo cual es consiguiente, que si la parte que queda produce frutos bastantes para el pago de la pension, de ninguna manera se podrá decir que la cosa ha perecido en cuanto al censo, ni aun en la parte que pereció. Estas razones, al mismo tiempo que fundan la opinion que defendemos, destruyen los dos primeros fundamentos de la contraria. Ni tampoco ofrece dificultad el tercero, sacado de la referida cláusula 8 del *Motu proprio* de S. Pio V, porque las palabras *volumus ad ratam perire* (queremos que perezca á prorata), se deben entender del caso en que la parte que resta no puede producir los frutos suficientes para el pago de la pension, como las entendió la Rota en la decision citada por Censio (1), que es la primera de las mas antiguas que este pone en su tratado *de censibus*. Si el censo fuese en razon de tributo, entónces debería disminuirse su pago á proporcion de la parte de la cosa que perezca. Por último, si un censo estuviese constituido con facultad real sobre dos mayorazgos, y se quitara el uno al poseedor, se le debería bajar proporcionalmente la cuota de

(1) Véase la nota anterior.

la pension por las razones especiales que trae Salgado (1).

26. Puede dudarse algunas veces de si por la mudanza ó quebranto que ha padecido la cosa, debe considerarse que ha perecido ó se ha hecho infructifera del todo para siempre. En tal caso nos parece que el censalista tiene derecho para obligar al censuario á que pague las pensiones ó haga dimision de la cosa á su favor, porque así se cortan con facilidad los pleitos sin perjuicio de ninguna de las partes, y se excluyen los fraudes que podian intentar los deudores; y ademas, porque siendo el censo á manera de servidumbre, carga sobre toda la cosa y todas sus partes, y permanece *in habitu*, como suele decirse, en la cosa estéril y mudada, ó en cualquiera de sus partes que se conserve, como queda en el solar el derecho de hipoteca cuando se quema la casa. Lo dicho se observará aunque el deudor se hubiese obligado á sufrir cualquiera perjuicio y á reedificar la casa, si no es que se hubiese compensado esta obligacion con el aumento de precio en la tercera ó cuarta parte, ú otro que debería moderarse al arbitrio del juez para que fuese correspondiente al aumento de obligacion en el censuario (2).

27. Si la casa que se habia arruinado del todo, se reedificase de nuevo, no por eso revive, segun la común sentencia, el censo que se extinguió; pero es mas verdadera la opinion contraria, porque en tal caso el censo no debe considerarse extinguido sino suspenso, así como en un campo que estuviera infructifero por muchos años y se hiciera de nuevo fructifero por alguna rara ocurrencia. Ni hace fuerza el que no suceda lo

(1) *Labyr.*, part. 2, cap. 11, n. 13. — (2) *Mol. disp.* 389 y 391. *Avend.*, cap. 60, n. 11. *Vela disert.* 33 desde el n. 79, en donde trata muy extensamente de la renuncia de los casos fortuitos.

mismo en el usufructo, porque este derecho personal es muy delicado, y se pierde con mucha facilidad; de suerte que el que se tiene sobre un pinar se pierde, por haberse cortado los pinos, y allánadose la tierra para sembrarla, lo cual nadie ha dicho ni podrá decir de los censos. No porque estos revivan en los casos de que hablamos, tendrá derecho el censalista para exigir las pensiones correspondientes á los años en que la finca estuvo arruinada; mas para evitar pleitos será muy oportuno que el poseedor del solar afecto al censo pacte con el censalista ántes de reedificar.

28. Las cosas en que han de consignarse los censos deben ser fructiferas é inmuebles ó raíces. La razon de lo primero es evidente, porque comprándose el derecho de exigir pensiones ó réditos, si la cosa no los produjera, seria ridiculo y usurario el contrato (1). El segundo requisito, á mas de exigirlo los *Estravagantes de Martino V y Calixto III*, que estan en el cuerpo del Derecho Canónico, título *de emptione et venditione* entre las *Estravagantes comunes*, se funda en lo que dijimos de que el censo se considera como servidumbre, la cual nunca se impone sobre cosas muebles, y tiene tracto sucesivo perpetuo, ó á lo ménos se considera de mucha duracion. En esto se fundan Censio y Avendaño (2), que citan á otros. Aquellos advierten que tambien deben entenderse por cosas inmuebles los derechos incorporales que natural é inseparablemente estén unidos á la tierra, como los de pacer, pescar, diezmar y otros semejantes. Y el censo se impone así mismo sobre derechos que se consideran perpetuos, aunque no tengan relacion á tierra, como las alcabalas.

29. La circular del consejo de 1 y 3 de julio de

(1) *Avend.*, cap. 53. *Leotard.*, quæst. 36. — (2) *Cons.*, quæst. 29. *Avend.*, cap. 32.

1761 (1), previene que los pueblos no impongan contra sus caudales censos ningunos sin facultad suprema.

30. Suelen ponerse en la constitucion de los censos ciertos pactos, de cuya validez y observancia puede dudarse. Los mas frecuentes y considerables son estos: 1º No poderse enagenar la cosa censuada, y que si se hace, caiga en la pena de comiso. 2º Reservarse el comprador el derecho de tanteo cuando la cosa se enagenare (2). Para examinar este asunto es preciso distinguir los censos que no tienen precio establecido por la ley y los que lo tienen, como los redimibles ó al quitar. En los primeros se sostendrán los pactos, si el censo se constituyere al precio supremo ó al medio, porque aunque gravosos al vendedor, no se le hace agravio. Pero si fuere constituido al infimo precio que ya no admite baja en la esfera de lo justo, lo creemos comprendido en lo que vamos á decir de los censos que tienen tasado precio por ley.

31. En estos, que son los redimibles ó al quitar, y los vitalicios, juzga Avendaño (3) que tambien son válidos aquellos pactos, y lo mismo opina Gutierrez (4) en cuanto al segundo. En nuestro dictámen la sentencia contraria es la verdadera (5). Esta se funda en que el legislador, atendiendo al alivio de los pobres, tasó tan severamente los precios, que no quiso que fuesen menores ó mas gravosos á los vendedores, como se pueden ver en las leyes (6). Y como los pactos de que tratamos, y cualesquiera otros que embarazan de cualquier modo la libertad de enagenar, gravan á los ven-

(1) L. 13, tit. 10, lib. 13 de la N. — (2) Sobre los dos véase á Avend., cap. 85 y 86. — (3) V. la nota anterior. — (4) Lib. 2, Pract., quæst. 167. — (5) Leotard. *De usur.*, quæst. 36, nn. 32 y sig., quæst. 3, n. 3. Olan. *in concord. antinomiar. jur. litter.* A. nn. 99, 107 y 108. — (6) Son las citadas en la nota 3, pág. 398 de este tomo.

dedores del censo, poseedores de la cosa censuada; resulta que se les minora el precio que recibieron, lo que prohiben estrechamente las leyes. Los autores de la otra opinion contestan que dichos pactos, y con especialidad el segundo del derecho de tanteo, no disminuye el precio, por no ser gravoso al vendedor, supuesto que el comprador que usa de aquel derecho le da el mismo precio que otro le daba y con las mismas condiciones. Mas esta respuesta es capciosa, porque el perjuicio tiene origen mas alto, á saber, que si valiese aquel pacto, no se encontraria con tanta facilidad quien quisiera comprar la cosa por su justo precio, temiendo que saliese á quitarla el que tuviese el derecho de tanteo, y por ello se veria precisado á venderla mas barata (1). Además, no pudiendo negarse que el pacto en cuestion es útil al comprador, pues por eso lo procura, es preciso confesar que es gravoso al vendedor, por ser lo uno correlativo á lo otro. Añádese que siendo dadas las leyes referidas en el número anterior á beneficio de los vendedores, se deben ampliar á favor suyo. Matienzo (2) dice que no debe tenerse consideracion á este pacto, porque debe atribuirse mas bien á impericia de los escribanos que á voluntad de las partes. Somos de la misma opinion, añadiendo que no debe valer aunque conste haberse puesto por voluntad de los contrayentes. Tampoco nos embaraza que el *Motu proprio* de S. Pio V aprueba este pacto, porque además que no habla de los censos que tienen precio tasado por la ley, no está recibido en España, y en estos censos resultaria mucho gravámen que no están obligados á admitir los soberanos seculares, y mas no exigiendo esta circunstancia la naturaleza del censo, que es un

(1) *Decis.* 1474 de la Rota ante el card. Seraf., n. 1, vers. *Nec obstat.* citada por Leotard., quæst. 36, n. 32. — (2) En la l. 1, tit. 13, lib. 3 de la R., glos. 1.

contrato secular, ni por eso se causa perjuicio á las almas (1).

32. Segun lo que dejamos expuesto, se deben tener por no escritos todos los pactos que por ser gravosos al vendedor disminuyen el precio (2), pero no anularán el contrato. Podria exceptuarse el pacto expreso de que el precio fuese menor que el tasado por la ley, pues esta dice (3): *Las ventas y contratos de los dichos censos que en otra manera y á menor precio se hicieren y otorgaren, sean en si ningunos y de ningun valor ni efecto.* Sin embargo, otras leyes (4) que hablan con mas extension de este asunto, nos precisan á decir que no se viciaria todo el contrato, sino solamente el aumento de la pension, que se deberia reformar hasta reducirla á la tasa, pues dicen, despues de referir las palabras de la otra ley citada, primero: *Y que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él mas de á la dicha razon y respecto (es la tasa).* Por lo qual es visto que aquella ley dijo menos de lo que quiso, y se debe ampliar por las otras (5).

33. Los modos de extinguirse los censos son los siguientes: 1º Por perecer la cosa censuada, de lo qual hablamos antes (nn. 2º y siguientes). 2º Por hacerse infructifera en todo y para siempre la misma cosa (6), segun lo que hemos dicho en el nº 25. Pero el censalista puede obligar al censuario á que cuide la cosa como los diligentes padres de familia (7); y si por su dolo ó culpa pereciese ó se hiciera infructifera, aunque el

(1) Mol., tract. 2, *De just. et jur.*, disp. 390, coment. de la claus. 3 del Motu prop. de S. Pio V. — (2) Faria ad Cobarr. 3, var., cap. 7, n. 14. — (3) L. 8, tit. 13, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 13, lib. 10 de la N. — (4) L. 6, 12 y 13, tit. 13, lib. 3 de la R. ó notas 1 y 2, y l. 8, tit. 13, lib. 10 de la N. — (5) V. *Avend.*, cap. 36. *Larr. aleg.* 25, n. 8. — (6) *Leotard. De usur.*, quest. 37. — (7) *Leotard.*, quest. 37, n. 6.

censo se extinguiria, podria el censalista repetir contra el censuario (1), pues asi es conforme á lo dispuesto en el derecho sobre el dolo y culpa. 3º Por dimision, esto es, si el poseedor de la cosa la dimite ó desampara á favor del acreedor (2). La razon es la misma que cuando perece la cosa, pues como la obligacion carga sobre esta, debe serle permitido al poseedor dejarla, y libertarse asi del censo. 4º Por la prescripcion de treinta años, esto es, cuando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga por este término con buena fe y sin interrupcion (3). Pero hay quienes juzgan que deben distinguirse los casos de que el poseedor sea el mismo que impuso el censo ú otro, bien algun sucesor suyo universal, ú otro, que adquirió la cosa por título singular. En el primer caso siguen la sentencia referida, y dicen que á él debe aplicarse la ley (4) que pone el término expresado á las obligaciones con hipoteca ó mixtas. Respecto del segundo se dividen en diferentes opiniones. Unos (5) juzgan que el tercero que poseyere la cosa como libre con buena fe y justo título por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, consigue la libertad de la cosa segun las leyes 39, tit. 13, p. 5, y 27, tit. 29, p. 3, que creen no estar corregidas por la otra que dejamos citada (6), en lo que no estamos conformes, porque ademas de ser generales las palabras de esta ley, que dice: *La deuda se prescriba por treinta años, sin hacer diferencia de poseedores, no aparece razon alguna para decirse que es correctoria de las leyes de Partida que acabamos de citar en cuanto requerian cuarenta años en el primer caso, y no lo es en cuanto*

(1) *Leotard.*, quest. 37, nn. 56 y 57. *Censio De censibus*, quest. 101. — (2) *Avend.*, cap. 110, nn. 6 y 12. — (3) *Gom.* 2, var., cap. 11, n. 43. *Carleval. De jud.*, lib. 1, tit. 3, disp. 4, n. 20. — (4) L. 63 de Toro ó 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 5, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) *Gutierr.*, lib. 1, *Pract.*, quest. 90 y otros muchos que él cita. — (6) V. la nota 4 de esta pág.

tenian por bastantes diez en el segundo. Tampoco nos parece bien la opinion (1) de que el tercer poseedor no puede prescribir sino por tiempo inmemorial ó de cuarenta años con título, fundada en que al constituirse el censo, se añade siempre el pacto de no enagenar la cosa, el cual como que impide la translacion de dominio, resiste á la prescripcion. Mas esto tiene varias respuestas: 1<sup>a</sup> Que este pacto no tiene tanta fuerza, como lo prueba Gutierrez (2). 2<sup>a</sup> Que no se trata de la prescripcion de la cosa, sino de la del censo, el cual puede prescribirse sin enagenarse la cosa. 3<sup>a</sup> Que no siempre se pone dicho pacto. 4<sup>a</sup> Que aunque se ponga, debe tenerse por no puesto, á causa de ser gravoso al deudor. Podria tener lugar en algunos de los censos irredimibles; pero son bastantes las otras razones que hemos dado. La prescripcion del censo comienza á correr desde el tiempo en que cesó del todo la paga de las pensiones, á saber, desde que el acreedor no las cobró de ninguna persona (3); de suerte que aunque no haya pagado el poseedor de la cosa, no habrá prescripcion, ni aun empezada, si paga el que contrajo con el acreedor ó algun otro en su nombre (4). Si extinguido el censo por la prescripcion, se deben tener por extinguidas todas las pensiones que se dejaron de pagar, ó es necesaria una prescripcion para cada una, contadera desde que debió pagarse, es cuestion de mucha dificultad, que trata extensamente Avendaño (5), y juzga que con la prescripcion del censo se extinguen todas las pensiones. Se funda en que el censo es lo principal, y las pensiones lo accesorio; y así, destruido lo primero, se pierde tambien lo segundo. Algo nos inclinamos á esta opinion, pero confesando ser asimismo muy probable

(1) Avend., cap. 103 n. 7. — (2) Quæst. 90, n. 9. — (3) Avend., cap. 105. — (4) Censio *De censibus*, quæst. 117, nn. 16 y 17. (5) Cap. 104. V. tambien á Carleval *De judic.*, lib. 1, tit. 3, disp. 4, n. 20.

la contraria (1). El quinto modo de extinguir el censo es la redencion, que consiste en que el censuario restituye al censalista el precio ó capital que este le dió al tiempo de constituir el censo. El censuario puede hacerlo cuando quiera, y no precisamente de una vez, sino por partes, aun resistiéndolo el acreedor (2). El fundamento principal de esta sentencia es, que las *Extravagantes* de Martino V y Calixto III que hemos citado en el n.º 28, y están recibidas de todos en este asunto, y son muy recomendables, como que fueron las primeras que dieron forma á estos censos ó los aprobaron, establecen que la redencion se pueda hacer en parte. Y como la palabra *parte*, puesta simplemente sin añadidura ninguna, segun se lee en dichas *Extravagantes*, significa la mitad, y la facultad de redimir por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en asunto de pagas, esto es, que no pueden hacerse por partes resistiéndolo el acreedor, nos parece bien la opinion de Vela (3) de no serle permitido al deudor redimir una parte menor que la mitad. Pero tampoco nos desagrada la opinion de Gutierrez (4) sobre que puede admitirse la tercera parte ú otra á arbitrio del juez, segun la calidad del censo y de las personas; y que el juez en caso de duda debe ser mas propenso á admitir la redencion que á negarla, y mas si el censo fuese antiguo, si no es que la parte que se quiera redimir fuese tan corta que causase grave perjuicio al acreedor. Los mismos Vela y Gutierrez notan que no valdria el pacto de no redimir por partes, por ser gravoso al deudor, á menos que fuese compensado con el mayor precio que se diere por el censo. La naturaleza de este no permite que se conceda al censalista la facultad de

(1) V. Ayllon ad Gom. 2, var., cap. 11, n. 45. — (2) Avend., cap. 107. Feliciano, lib. 1, cap. 8, n. 16, y tom. 2, cap. 8, n. 12. Gutierr., lib. 2, pract. quæst. 174. Vela disert. 34 desde el n. 48. (3) Disert. 34, n. 5. — (4) Quæst. 174.

obligar al censuario á que le redima, porque entónces no sería censo, sino mutuo, y las pensiones usurarias. Hay disposiciones que arreglan las redenciones de censos sobre propios y arbitrios de los pueblos, y los pertenecientes á las temporalidades de los ex-jesuitas (1).

34. Hay otro contrato semejante al censo, y muy frecuente en el reino de Valencia, que se llama *debitorio*, y es compra en que el comprador recibiendo la cosa que se le vende, retiene el precio, obligándose á pagarlo á cierto tiempo, y entretanto la pension que se establece, reservándose el vendedor el derecho de exigirla en compensacion de los frutos de la cosa que entrega al comprador. Cobarruvias (2) refiere varios pactos semejantes á este que en las compras suelen poner los contrayentes, y los califica de justos, porque la pension que exige el vendedor es para compensar la cosa que entregó, y no carecer del precio y de los frutos, aprovechándose de todo el comprador. Los autores de Valencia (3) que han examinado con cuidado este contrato, dicen unánimes que no es censo, porque como el vendedor recibe las pensiones solamente con respecto á los frutos, y por no carecer de ellos, y al mismo tiempo de las utilidades del precio que no recibió, resulta que la obligacion de pagarlas es tan personal del comprador, que ni se radica en cosa alguna, ni dice relacion á industria ú obras de la persona, en cuyos términos no hay ningún censo, á excepcion del vitalicio. Acaso por esta razon no ha tenido efecto en los debitorios el aumento de precio ó baja de pension prevenida por la ley, y se mandó (4) que permanezcan en el mismo estado que feman antes del año de 1750, reservando á los deudores el derecho

(1) LL. 14, 15, 16 y 17, tit. 15, lib. 10 de la N. — (2) 3 Var., cap. 4. — (3) Leon decis. 48. Bas. in *Theat. jurisp.*, cap. 42, n. 18. — (4) Real resol. de 1762.

de pedir ante el concejo la baja de la pension en juicio de propiedad, de suerte que aquel mandato solo se dirige á la posesion. Aunque los debitorios no sean censos, es preciso confesar que hacen sus veces, á lo ménos en la intencion de los que así venden sus cosas, porque estos tratan de sacar la renta que producian los censos ántes del año de 1750.

35. En nuestra república hay cierto género de censo ó contrato muy conocido y usado que se llama *depósito irregular*. Consiste en entregar á alguna persona cualquier cantidad de dinero por plazo determinado, durante el cual paga el depositario la pension ó rédito anual de cinco por ciento. Suele intervenir la especial hipoteca de alguna finca, ó fianza, ú obligacion de persona y bienes, y algunas veces no hay mas que la buena fe de los contrayentes. Se ha creído por algunos que este contrato tuvo su origen en el Nuevo Mundo; pero el Sr. Beleña (1) prueba que fué conocido de los emperadores romanos. El mismo autor funda con extension y solidez lo lícito de este contrato, y satisface á las objeciones. No se causa alcabala por el depósito irregular con hipoteca ó sin ella, pues aunque se cobró en algun tiempo, despues se mandó suspender el cobro hasta la resolucion del rey (2).

36. El depósito irregular celebrado por eseritura guarentigia con especial hipoteca de alguna finca, se parece al censo *consignativo*, no al *reservativo*, pues el dominio de la finca queda todo en el depositario. Decimos que se parece, y no que es igual, porque en el censo no se prefiija tiempo como en el depósito, para la devolucion del capital. Es verdad que algunas veces los contrayentes quieren constituir censo, aunque bajo

(1) En la obra del Dr. Magro intitulada: *Elucidationes ad quatuor libros Institutionum Imperatoris Justiniani*, adicionada por el Sr. Beleña, tom. 3, pág. 230. — (2) Real cédula de 21 julio de 1771.

el nombre de depósito irregular, pues consta que los capitales permanecen en poder de los mismos depositarios y aun de sus herederos y sucesores, sin embargo de que se cumplan los plazos; y cuando mas al fin de cada uno de estos se otorga nueva escritura como por nuevo depósito.

37. Si el depósito irregular se hace sin hipoteca, y solo por la buena fe de los contrayentes, se parece á la *compañía ó sociedad*, en que el luero se consigue por una parte con el dinero del capitalista, y por otra con la industria del depositario. Podria decirse que la seguridad que tiene el primero de su capital y réditos, cuando el segundo corre el peligro de sufrir pérdidas, es opuesto á las leyes de la *compañía*; pero se responde que este peligro se compensa abundantemente por la opción que el depositario tiene á todo el luero por grande que sea, sin que el capitalista la tenga mas que á la pequeña parte que se llama rédito (1).

38. Si el dueño de la cosa censuada ú obligada á algun cargo la vendiese como libre, tendrá derecho el comprador de precisarlo á que la liberte de la carga; y si no hubiere dado el precio, podrá retenerlo, pero no pedir que se deshaga la venta, porque siempre que la cosa quede libre, ningun perjuicio le resulta (2). Si el cargo fuere censo irredimible, puede el comprador deshacer la venta y recobrar el precio que dió con los daños y menoscabos que haya tenido (3). Gomez (4) dice con razon que el comprador puede pedir la rescision de la venta ó retener la cosa, y solicitar la satisfaccion de su interes por la accion *quanti minoris*; por

(1) V. á Carleval *De judic.*, tit. 3, disp. 7 á n. 17 ad 21. —

(2) Mol., tract. 2, *De just. et jur.*, disp. 394, vers. *E contrario et seq.* Gutierr., lib. 2, *Pract.*, quest. 169. — (3) L. 63, tit. 3, P. 3, Gutierr., lib. 2, *Pract.*, quest. 169. Gom. 2, var., cap. 2, n. 45.

— (4) En el lugar ult. citad.

aquellas palabras de la ley: *puede el comprador deshacer la vendita*.

39. Con el objeto de evitar los inconvenientes que se seguian de que los vendedores de casas y heredades encubrian y callaban los censos, tributos é hipotecas que tenian, se crearon los oficios de hipotecas (1). Por real cédula de 9 de mayo de 1778 (2) se mandó que en los que se llamaban dominios de América se anotasen indispensablemente en los respectivos oficios de anotadores de hipotecas « cuantas escrituras se otorgasen con hipotecas expresas y especiales, sin excepcion ninguna, como son las de censos perpetuos ó al quitar, redenciones de ellos, vinculos y mayorazgos, patronatos, fianzas, cartas de pago de estas, empeños, desempeños, obligaciones, trasposos de bienes raíces, de censos ó juros, y de otras cualesquiera hipotecas que procedan de ventas, de cartas de dote, donaciones ó posesiones por herencia ó sententia. » En otra real cédula de 16 de abril de 1783 (3) se mandó que se establecieran oficios de anotadores de hipotecas con la calidad de vendibles y renunciables, en todas las cabezas de partido de los expresados dominios, con total arreglo á las disposiciones que cita (4), haciendo las audiencias las respectivas designaciones de los pueblos en que se hubieran de establecer tales oficios, y del tiempo dentro del qual debieran presentarse las escrituras para la toma de razon. En consecuencia, para facilitar los medios de cumplir estas disposiciones, se formó una instruccion por el fiscal de hacienda, que

(1) V. l. 3, tit. 13, lib. 3, aut. 1, tit. 13, lib. 3, aut. 21, tit. 9, lib. 3 de la R., y el tit. 16, lib. 10 de la N. — (2) Está en la Rec. de Aut. acord., etc., del Sr. Beleña, tom. 2, n. 38, pág. 308. — (3) Está en la misma Rec., tom. y n. pág. 309. — (4) Son la l. 3, tit. 1, lib. 5 de la R. el aut. acord. del consejo de 11 de diciembre de 1713 y la pragmat. de 31 de enero de 1768. V. el tit. 16, lib. 10 de la N.

aprobó la audiencia, y se imprimió y circuló para su observancia (1).

NOTA. — I. Se tendrán por creados en calidad de vendibles y renunciabiles los oficios de escribanos anotadores de hipotecas en todas las ciudades y villas de esta N. E., sean ó no cabezas de jurisdiccion. En las ciudades de Veracruz, Oajaca, Tehuacan de las Granadas, Puebla, Méjico, Toluca, Querétaro, Celaya, Guanajuato, Valladolid, y villas de Cuernavaca, Orizaba y Córdoba, serán distintos de los escribanos de ayuntamiento los anotadores de hipotecas: en las demas se unirán estos oficios á los públicos de ayuntamiento ó de las respectivas jurisdicciones.

II. En los demas pueblos cabezas de jurisdiccion se entenderán tambien creados y erigidos los oficios de anotadores, pero unidos á las escribanias públicas, y el territorio asignado á unos y otros se entenderá si no hay en la jurisdiccion, villa ó ciudad todo el que comprenda aquella: si la hay, se excluye del partido del de la cabecera el territorio que corresponde al tenientazgo de la villa ó ciudad, que debe ser para el escribano anotador que ha de haber en estas.

El III dice que estos oficios se avalúen, pregonen y rematen por la superintendencia general de hacienda como los demas de su clase.

El IV contiene providencias para el registro, mientras se establecian los escribanos anotadores.

El V previene, que cuando vacase el oficio de escribano anotador, que no se puede servir por teniente, los justicias diesen cuenta al virey, y se hiciesen cargo de los libros, y de registrar, tomar razon y anotar los instrumentos como jueces receptores.

VI. Será obligacion de los escribanos anotadores y justicias receptores, en defecto de aquellos, tener, ya

(3) Véase la nota que está al fin de este título.

sea en un libro ó en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos de su distrito con la inscripcion correspondiente, y de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva al pueblo en que estuvieren situados los bienes raices ó tenidos por tales hipotecados, distribuyendo los asientos por años para que fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, encuadernándolos y foliándolos en la misma forma que los escribanos lo practican con sus protocolos; y si los bienes raices ó tenidos por tales estuvieren situados en distintos pueblos, distritos ó partidos, se registrará en cada uno el instrumento en que se hipotequen.

VII. Luego que el escribano originario remita algun instrumento que tenga *hipoteca especial* de bienes, lo reconocerá, registrará y tomará la razon el escribano anotador dentro de veinte y cuatro horas para evitar molestias y dilaciones á los interesados; y dentro de tres días, si el instrumento fuere antiguo y anterior á la publicacion de las reales cédulas citadas; y no cumpliéndolo, incurrirá en las penas de privacion de oficio, de los daños, y cuatro tanto que impone á los jueces el auto acordado citado, y serán responsables en las residencias.

VIII. El instrumento que se ha de exhibir en el oficio de hipotecas, ha de ser la primera copia que diere el escribano ó juez receptor ante quien se haya otorgado, que es la que se llama *original*, excepto cuando por pérdida ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autoridad de juez competente, que en tal caso, expresándolo así, se tomará de ella la razon.

IX. La toma de razon ha de estar reducida á referir la data ó fecha del instrumento, nombre del escribano ó juez receptor ante quien se otorgó, con expresion de si lo es real solamente, público, del número ó provin-

cia : de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion ó fundacion, diciendo si es imposicion, venta, fianza, vinculo ú otro gravámen de esta clase; y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cavidas, situaciones y linderos en la misma forma que se exprese en los instrumentos, entendiéndose por bienes raices las casas, heredades y otros inherentes al suelo, los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravámen ó constituir hipotecas.

X. Ejecutado el registro, pondrá el escribano anotador en el instrumento exhibido la nota siguiente: *Tomada la razon en el libro de hipotecas de la ciudad, villa ó pueblo tal, al folio tantos, en el dia de hoy, y concluirá con la fecha: la autorizará con firma entera, y los jueces receptores con firma y testigos de asistencia: devolverá el instrumento á la parte, á fin de que si el interesado quisiere exhibirlo al escribano originario ante quien se otorgó, para que anote en el protocolo estar tomada la razon, lo pueda hacer, el cual esté obligado á advertirlo en dicho protocolo, sin llevar por esto derechos.*

XI. Cuando se llevare á registrar y anotar instrumento de redencion de censo ó liberacion de la hipoteca ó fianzas, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros del libro de hipotecas, se buscará, glosará y pondrá la nota correspondiente, á su margen ó continuacion, de estar redimida ó extinguida la carga; y si no se halla registrada la obligacion principal, ó aunque se halle, queriendo la parte, se tomará la razon de la redencion ó liberacion en el libro de registro de la misma forma que se debe hacer de la imposicion.

XII. Cuando se pidiere al oficio de hipotecas alguna apuntacion extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, podrá el escribano anotador darla simplemente ó por certificacion autorizada, sin necesidad

de que intervenga decreto judicial para aborrrar costos.

XIII. Para facilitar el hallazgo de las cargas ó liberaciones, tendrá el escribano anotador un libro índice ó repertorio general, en el cual por las letras del abecedario se vayan asentando los nombres de los impondedores de las hipotecas, de los pagos, distritos ó parroquias en que están situados, y á su continuacion el folio del registro donde haya instrumento respectivo á la hipoteca, persona, parroquia ó territorio de que se trate, de modo que por tres ó cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque; y para facilitar la formacion de este abecedario general, tomada que sea la razon, se anotará en el índice, en la letra á que corresponda, el nombre de la persona, y en letra inicial correspondiente á la heredad, pago, distrito ó parroquia, se hará igual reclamo.

XIV. En Méjico, Nueva Veraacruz y Guanajuato se pagará al escribano anotador por el registro de escrituras de hipotecas, sin diferencia de comunidades, de hojas que contenga el instrumento ni otra, un peso: por la cancelacion y razon que se pone al margen, se pagará un peso, dándose por la parte razon del año y mes; pero no dándose razon del año, pagarán dos pesos. Por los testimonios de los censos, hipotecas y gravámenes que reportan los bienes raices ó tenidos por tales, llevarán un peso de cada partida de las que constaren en los libros, y no habiendo alguna, llevarán veinte reales. Por el reconocimiento de los títulos de las fincas para reducir á partida el registro, sus términos, linderos, situacion y origen, llevarán á razon de tres granos por foja, sin incluir ni cargar lo de la escritura, con tal que no bajen sus derechos por el reconocimiento, de un peso.

XV. En los demas partidos foráneos llevarán los escribanos anotadores conforme al auto acordado de esta audiencia de 18 de julio de 1783, por el registro de

cada escritura cinco reales : por las cancelaciones y razones, señalando la parte el año, cinco reales, y no señalándolo, diez : por los testimonios cinco reales, por cada partida, y no hallándose alguna, doce y medio reales; y por el registro de los títulos á dos granos por foja, con tal que no bajen sus derechos por esta razón de cinco reales, sin incluir ni cargar el reconocimiento de las fojas de la escritura; cuyos derechos anotarán unos y otros escribanos anotadores en el instrumento ó certificación que entreguen á la parte.

XVI. Todos los escribanos y justicias ante quienes como jueces receptores se otorguen escrituras en que se hipotequen especial, señalada y expresamente bienes raíces ó tenidos por tales, deberán hacer en los instrumentos la advertencia de que se ha de tomar la razón dentro del preciso término de seis días, si el otorgamiento fuese en la ciudad, villa ó pueblo donde reside el anotador, y dentro de un mes, si fuese en parage del partido; y si se otorgasen fuera del partido distando del lugar del otorgamiento mas de cien leguas, á mas del término expresado de un mes, tendrán el correspondiente á razón de cuatro leguas por día; pena de privacion de oficio, daños y cuatro tanto, como está dispuesto en cuanto á los jueces por el auto acordado citado, y de que se les hará cargo en la residencia, lo que se expresará en los títulos que se les libren y pases que se les den.

XVII. Como la conservacion de los documentos públicos importa tanto al estado, todos los escribanos deberán enviar á los justicias de los partidos respectivos una matrícula de los instrumentos de que consta el protocolo de aquel año en que haya hipotecas especiales, para que sacando copia el escribano anotador de las que tocan á su partido, se guarde la lista original en la escribania de ayuntamiento, y no habiéndola,

en el oficio público de la jurisdiccion, y por este índice anual podrá el escribano anotador reconocer si ha habido omision en traer al registro algun instrumento de que debería tomarse razon.

XVIII. Los libros de registros se han de guardar precisamente en las casas de ayuntamiento, y no habiéndolas, en las casas reales, como los documentos de los oficios públicos; y á su pérdida, extravío ó robo serán responsables no solamente los escribanos anotadores, sino tambien la justicia y regimiento, á quienes se hará cargo en la residencia.

XIX. Para castigar los excesos, delitos, omisiones ó descuidos del escribano anotador en el uso y ejercicio de su oficio, serán jueces ó prevencion el ordinario del territorio, el justicia del partido, y aquel ante quien se presente el instrumento.

XX. No registrándose dentro de los tiempos señalados las escrituras é instrumentos públicos en que se hipotequen señalada, especial y expresamente bienes raíces ó tenidos por tales, no harán fe en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido: y los jueces y ministros que contravengan, incurrirán en las penas de privacion de oficio, y de daños, con el cuatro tanto que previene el auto acordado citado.

XXI. Las escrituras de las cualidades susodichas que se hayan otorgado ántes de la publicacion que se ha de hacer de las dos reales cédulas citadas y resoluciones consiguientes, se registrarán ántes de presentarse en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas; pero siempre las preferirán las que esten registradas anteriormente aunque sean posteriores en fecha; y sin preceder la circunstancia del registro, ningun juez podrá juzgar por ella, ni harán fe para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos

de la persecucion de las hipotecas, ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo de las penas expresadas en el párrafo XX á los jueces y ministros que contravengan.

XXII. Solo se registrarán y tomará razon de las escrituras é instrumentos en que haya hipoteca expresa, especial y señalada de bienes raíces, ó tenidos por tales, y no de las escrituras en que se hipotequen generalmente bienes raíces los tenidos por tales, muebles, semovientes, sueldos ó salarios en general, personas ó cualesquiera otras cosas; pena al escribano anotador que registre ó tome razon, de instrumentos de hipotecas generales de veinte y cinco pesos por cada una, aplicados conforme á la ley; y en caso de reincidencia, de privacion perpetua de oficio.

XXIII. La toma de razon y registro de los instrumentos indicados ha de ser una cláusula general y precisa en ellos, cuyo defecto vicie la sustanciacion del acto en cuanto á la persecucion de las hipotecas, que de lo contrario no se entiendan constituidas: lo que se expresará en los títulos que se libren de escribanos anotadores, en los países de reales cédulas de escribanos reales, en los títulos de escribanos públicos de ayuntamiento, del número ó provincia, y se ha de prevenir en las comisiones que se libren para las visitas ó residencias... para que se hagan á los residenciados los cargos respectivos, haciéndose sobre esto pregunta separada.

Los tres artículos restantes tratan de la impresion y circulacion de las disposiciones referidas.

La Audiencia aprobó esta instruccion en auto de 27 de setiembre de 1784 con las reformas siguientes, entre otras que ya seria inútil referir. » Que en el artículo VI se añada que tambien se han de tomar en cada pueblo, distrito ó partido las razones correspondientes. En cuanto al XVI se declara que el término para el re-

gistro de las escrituras que se otorguen fuera del lugar donde residiere el anotador, haya de ser, á mas de los seis dias que previene la ley, el que se necesite para ocurrir á la cabecera, regulándose á razon de cuatro leguas por dia; y que lo que se expresa relativo á los escribanos y justicias, ha de correr sin perjuicio de lo que se resuelve en el artículo VII. Y respecto á que ni por la ley, auto acordado, ni por instruccion de los fiscales del supremo consejo se manda ó dispone cosa alguna en razon de las hipotecas generales, se declara no deberse registrar por ahora mientras que S. M. otra cosa resuelva en vista del testimonio de este expediente con que se le ha de dar cuenta; y por consiguiente no deber correr lo que tocante á esto se dice en el artículo XXII (1). »

## TITULO XV.

## DE LA COMPAÑIA Ó SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

TIT. 10 y 12, P. 3.

- |  |   |
|--|---|
| <p>1. <i>Compañía ó Sociedad</i>, se define. Su division en universal y singular.</p> <p>2. Requisitos para que la compañía sea válida.</p> <p>3. Personas que pueden hacer compañía.</p> <p>4. Para celebrarla se requiere el consentimiento unánime de todos los socios, y no es válida si no se le prefiere tiempo.</p> <p>5. No vale el pacto de que</p> | <p>la compañía ha de pasar á los herederos, si no es en los casos que se expresan.</p> <p>6. Cuando es lícito que alguno ó algunos de los socios disfruten mayor utilidad. Pacto leonino, no vale; pero no se disuelve por él la compañía sino que se distribuirán equitativamente las ganancias. Comparacion del trabajo y del caudal para</p> |
|--|---|

(1) Lo contenido en esta nota se ha sacado de la *Rec. de Aut. accord.*, etc., del sr. Beleña, tom. 2, n. 55, pág. 310 y siguientes.

de la persecucion de las hipotecas, ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo de las penas expresadas en el párrafo XX á los jueces y ministros que contravengan.

XXII. Solo se registrarán y tomará razon de las escrituras é instrumentos en que haya hipoteca expresa, especial y señalada de bienes raíces, ó tenidos por tales, y no de las escrituras en que se hipotequen generalmente bienes raíces los tenidos por tales, muebles, semovientes, sueldos ó salarios en general, personas ó cualesquiera otras cosas; pena al escribano anotador que registre ó tome razon, de instrumentos de hipotecas generales de veinte y cinco pesos por cada una, aplicados conforme á la ley; y en caso de reincidencia, de privacion perpetua de oficio.

XXIII. La toma de razon y registro de los instrumentos indicados ha de ser una cláusula general y precisa en ellos, cuyo defecto vicie la sustanciacion del acto en cuanto á la persecucion de las hipotecas, que de lo contrario no se entiendan constituidas: lo que se expresará en los títulos que se libren de escribanos anotadores, en los países de reales cédulas de escribanos reales, en los títulos de escribanos públicos de ayuntamiento, del número ó provincia, y se ha de prevenir en las comisiones que se libren para las visitas ó residencias... para que se hagan á los residenciados los cargos respectivos, haciéndose sobre esto pregunta separada.

Los tres artículos restantes tratan de la impresion y circulacion de las disposiciones referidas.

La Audiencia aprobó esta instruccion en auto de 27 de setiembre de 1784 con las reformas siguientes, entre otras que ya seria inútil referir. » Que en el artículo VI se añada que tambien se han de tomar en cada pueblo, distrito ó partido las razones correspondientes. En cuanto al XVI se declara que el término para el re-

gistro de las escrituras que se otorguen fuera del lugar donde residiere el anotador, haya de ser, á mas de los seis dias que previene la ley, el que se necesite para ocurrir á la cabecera, regulándose á razon de cuatro leguas por dia; y que lo que se expresa relativo á los escribanos y justicias, ha de correr sin perjuicio de lo que se resuelve en el artículo VII. Y respecto á que ni por la ley, auto acordado, ni por instruccion de los fiscales del supremo consejo se manda ó dispone cosa alguna en razon de las hipotecas generales, se declara no deberse registrar por ahora mientras que S. M. otra cosa resuelva en vista del testimonio de este expediente con que se le ha de dar cuenta; y por consiguiente no deber correr lo que tocante á esto se dice en el artículo XXII (1). »

## TITULO XV.

## DE LA COMPAÑIA Ó SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

TIT. 10 y 12, P. 3.

- |  |   |
|--|---|
| <p>1. <i>Compañía ó Sociedad</i>, se define. Su division en universal y singular.</p> <p>2. Requisitos para que la compañía sea válida.</p> <p>3. Personas que pueden hacer compañía.</p> <p>4. Para celebrarla se requiere el consentimiento unánime de todos los socios, y no es válida si no se le prefiere tiempo.</p> <p>5. No vale el pacto de que</p> | <p>la compañía ha de pasar á los herederos, si no es en los casos que se expresan.</p> <p>6. Cuando es lícito que alguno ó algunos de los socios disfruten mayor utilidad. Pacto leonino, no vale; pero no se disuelve por él la compañía sino que se distribuirán equitativamente las ganancias. Comparacion del trabajo y del caudal para</p> |
|--|---|

(1) Lo contenido en esta nota se ha sacado de la *Rec. de Aut. accord.*, etc., del sr. Beleña, tom. 2, n. 55, pág. 310 y siguientes.

- los efectos que se expresan.
7. No vale la compañía cuando haya engaño entre los socios, aunque se obliguen á no demandárselo. Tampoco vale el pacto de que sean comunes á los socios los bienes que esperan heredar de persona determinada, si no es que esta de su consentimiento.
  8. Bienes que se comprenden en la compañía universal.
  9. Las expensas, cargas y deudas de la compañía universal son comunicables entre los socios. Dominio que se transfiera á estos. Cosas que son á cargo de la compañía.
  10. En qué compañía pueden los socios tener negociación separada.
  11. Sobre la proporción en que se han de dividir las utilidades y existencias de la sociedad.
  12. Cómo se ha de hacer esta división cuando los socios no expresaron el modo de verificarla, y á qué se ha de estar en cuanto á lo demás de la compañía, si nada pactaron los socios ó lo hicieron contra justicia.
  13. Sobre la reconvencción al socio que administra los bienes de la compañía.
  14. Formalidades que requieren las Ordenanzas de Bilbao para la celebración de las compañías de comercio.
  15. Cómo han de tener y encabezar sus libros los comerciantes que formaren compañía.
  16. Debe otorgarse nueva escritura cuando se renovare la compañía.
  17. Del caso en que fallezca algun socio durante la compañía.
  18. Igualdad de las partes en que los socios quedan obligados á un acreedor.
  19. Noticia que los socios deben dar de la disolución de la compañía.
  20. Cláusula en las escrituras de someterse al juicio de personas prácticas en las dudas y diferencias que se ofrezcan en la compañía.
  21. Durante la compañía los socios nada pueden sacar del capital ó de las ganancias, bajo la pena que se expresa, excepto lo que se haya estipulado en la escritura.
  22. Obligación de los interesados en la compañía por lo tocante á los negocios hechos á nombre de todos.
  23. Cómo pueden los socios emplear caudales suyos en negocios particulares.
  24. Modos de acabarse la compañía.
  25. Observación sobre dos

- modos de acabarse la compañía, que no tienen lugar en los otros contratos, excepto el mandato, y son la muerte y la renuncia.
26. Obligaciones del socio que administra la compañía.
  27. MANDATO, qué es, y cómo puede celebrarse.
  28. Es bilateral. Obligaciones que produce.
  29. Se divide por razón de su objeto en judicial y extrajudicial. Aquí solo se trata del segundo.
  30. Modos de contraer el mandato considerado con respecto á su fin.
  - 31 y 32. Obligaciones del mandatario. Lo que este puede retener de los fondos y efectos del mandante.
  33. Al mandatario le está prohibido bajo la pena que se expresa comprar los bienes cuya venta tiene á su cargo.
  34. Sobre la revocación del mandato.
  35. Causas por que concluye el mandato.

1. El tercer contrato consensual es la *compañía ó sociedad*, que se define así: *Ayuntamiento de dos ó mas hombres hecho con intencion de ganar algo*. Es de dos maneras, *universal* y *singular*. La primera se hace incluyendo todos los bienes presentes y futuros sin limitación para cualesquiera negocios en que se quiera tratar y comerciar. La *singular* es la que se reduce á bienes y negocios señalados.

2. Para que la compañía sea válida se requieren cinco condiciones: 1ª Que se haga sobre negocio lícito. 2ª Que los socios junten su caudal ó industria para utilidad común. 3ª Que se guarde entre ellos igualdad proporcional segun el caudal ó industria que cada uno ponga, de modo que sean iguales, tanto en la utilidad como en los daños y expensas. 4ª Que la suerte puesta en la compañía sea á pérdidas y ganancias, de manera que esté sujeta á todo y no á una cosa sola. 5ª Que se observen los justos pactos que los socios se impongan.

3. Puede hacer compañía el que no es loco, fatuo, desmemoriado, ni menor de catorce años. El mayor de esta edad y menor de la de veinte y cinco, si conoce

que de subsistir en la compañía se le irroga perjuicio, ó fué engañado, tiene facultad de acudir al juez ordinario del lugar en que se celebró, y reclamar el daño ó engaño, para que se le exonere de la obligación contraída (1).

4. Debe hacerse la compañía con unánime consentimiento de todos los socios, por tiempo determinado ó por toda su vida, sobre aquellas cosas licitas en que los socios esperen luero. No valdrá si no se prefiere tiempo, pues entónces, aunque uno de los socios muriese, no se acabaría, y sería mas bien una especie de servidumbre.

5. Aunque la hagan con pacto de que ha de pasar á sus herederos, no por eso pasará ni valdrá dicho pacto, menos en los casos siguientes: 1º Que sea en arrendamiento de rentas fiscales ó del comun de algun concejo; y 2º cuando el testador les manda subsistir en ella por tiempo determinado. En estos dos casos pasará y no se extinguirá la compañía; pero en el primero es necesario que expresamente se pacte (2). Las resultas de cuentas, tanto activas como pasivas del tiempo de la compañía, pasan á los herederos (3).

6. Alguno ó algunos de los socios suelen ser mas hábiles y estar mas instruidos en el manejo y dirección de los negocios de la compañía, ó tienen mas trabajo, y ponen mas industria, ó se exponen á mayores riesgos, ó ponen un capital que excede á la industria y trabajo de los otros socios, y por estas causas es justo que disfruten mayor utilidad, ó que nada sufran de la pérdida si la hubiere; y si tal pacto se hiciere, será válido. Pero si se estipulare que uno ha de llevar toda la utilidad y nada de pérdida, ó al contrario, no valdrá

(1) L. 4, tit. 10, P. 3. — (2) LL. 1, 2 y 10, tit. 10, P. 3. Oleo De cess. jur., tit. 3, quæst. 3, n. 3 y sig. — (3) L. ult., tit. 10, P. 3.

este pacto, como *leonino* (1), que se gradúa de inicuo é insubsistente. Mas no por esto quedará disuelta la compañía, sino que se hará distribución equitativa entre los socios de las pérdidas y las ganancias (2). Cuando por ser el trabajo corto y el caudal de buena calidad se coteja ó compara el primero con solo el uso de este, el socio que pone su trabajo no se hace partícipe del caudal del otro socio, y de consiguiente solo para este se salva ó perece, sin que aquel tenga parte en uno ú otro caso. Pero si por ser contrarias las circunstancias se coteja ó compara el trabajo con el dominio del caudal, entónces el socio que pone el primero tendrá parte en lo que se salve del segundo. Si en el contrato se explicó la voluntad de los contrayentes acerca de estos puntos, deberá observarse; pero si no se explicó, deberá estarse á lo que resultare de la calidad del trabajo y del caudal que haya puesto cada uno (3). Pondremos dos ejemplos para aclarar esta doctrina. 1º Pedro puso mil pesos, y Juan un trabajo tan corto, que se consideró no ser igual mas que al beneficio que podría producir el uso de aquella cantidad. Por eso cuando se disuelva la compañía, todo el valor de lo que resultare hasta completar mil pesos será de Pedro, y Juan no tendrá derecho sino á la mitad de lo que excediere de esta suma. 2º Si el trabajo de Juan es tal que se considere igual á los mil pesos de Pedro, entónces todo lo que resultare al fin de la compañía será partible entre los dos por mitad, sin atender á si hubo ganancia ó pérdida respecto del capital de Pedro. Podría decirse que en este caso todo el daño es de Pedro y ninguno de Juan; pero es claro que si aquel pierde su capital pecuniario, este

(1) Este nombre alude á una fábula de Esopo, segun la que el leon se tomó toda la ganancia, sin dar parte á sus compañeros de caza.

(2) L. 4, tit. 10, P. 3. Gom., lib. 2, var., cap. n. 5, et ib. Ayllon.

(3) Cobarr. 3, var., cap. 2, n. 2. Escobar comput. 22. Vin., lib. 1, select. quæst., cap. 54.

pierde su trabajo, y por eso es válido y lícito este pacto.

7. No vale la compañía cuando hay engaño entre los socios, aunque se obliguen á no demandárselo; pero puede dejarse á arbitrio de la persona que elijan, la parte de ganancia ó pérdida que cada uno debe percibir, cuya regulacion valdrá, siendo arreglada al mérito del socio, y no de otra suerte (1). Tampoco vale el pacto de que han de ser comunes á los socios los bienes que esperan heredar de alguna persona que nombren, á ménos que esta preste su consentimiento; pero si no la nombran será válido (2).

8. En la compañía universal no solo se comprenden los bienes procedentes de la industria agrícola, fabril ó comercial, sino tambien los adquiridos por la guerra ó algun oficio público, que se llaman castrenses ó cuasicastrenses, ó por herencia, legado ó de otro modo, si no es que el pacto se limite á bienes determinados, pues entónces solo estos pertenecerán á la compañía (3).

9. Son comunicables entre los socios las expensas, cargas y deudas de la compañía universal, y á cada uno se transfiere el dominio de los bienes del otro. Luego que esta se perfecciona, aunque los haya adquirido en su mismo nombre, y lo propio sucede con las ganancias que tenga; por lo que cualquiera de los socios puede usar de todos los bienes de la compañía, y pedirlos judicial y extrajudicialmente como si fueran suyos. Igualmente son del cargo de la compañía los alimentos de la familia de los socios y la multa en que alguno de ellos es condenado injustamente; pero no se les transfiere el dominio de los derechos incorpóreos, como señorío ó jurisdiccion á ménos que el dueño lo permita y dé poder para demandarlos (4).

(1) L. 5, tit. 10, P. 5. — (2) L. 9, tit. 10, P. 5. Cur. Fil. Comer. terr., cap. 3, n. 10. — (3) L. 6, tit. 10, P. 5. — (4) LL. 47, tit. 28,

10. Cualquiera de los socios de compañía singular ó de una negociacion, puede tener otra, sin comunicar sus ganancias á la primera (1), á no ser que se estipule lo contrario; pero en este caso los socios deben obligarse á la responsabilidad de las respectivas pérdidas, para que el pacto sea válido. En esta compañía si uno de los socios compra alguna cosa en nombre de él, no está obligado á participarla á los otros; pero si á restituir el dinero con que la compró, siendo del fondo de la compañía.

11. La division de las utilidades y existencias de la sociedad se ha de hacer con proporeion geométrica, tanto en la cantidad como en la calidad de bienes y deudas; y si hay alguna cosa que no pueda dividirse cómodamente, debe el juez aplicarla á uno por el valor en que se estime, para que dé á los otros sus partes en dinero (2). La division de las deudas que son á favor de la compañía, se ha de hacer por cesion de derechos y acciones, de modo que cada uno ha de ceder á los otros el que le compete en aquella parte.

12. Si los socios no expresaron el modo con que se habian de dividir la ganancia y la pérdida, se hará por partes iguales. Si expresaren las de la ganancia y no las de la pérdida, se partirá esta como aquella, y lo mismo en caso contrario, de modo que la expresion de una sirva para la otra (3). En cuanto á lo demas de la compañía, si nada pactaren ó lo hicieren contra justicia, ha de estarse á la costumbre del pueblo ó region en que se establece (4).

13. El socio que administra los bienes de la compa-

P. 3 y 6, tit. 10, P. 5. Cur. Filip. Comer. terr., lib. 1, cap. 3, n. 8. Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 12, n. 10. — (1) L. 7, tit. 10, P. 5. — (2) Cur. Filip. Comer. terr., lib. 1, cap. 3, n. 49. L. fin., tit. 13, P. 6. — (3) L. 3, tit. 10, P. 5. — (4) Pal. Rub. in cap. *Per vestras*, § 11, n. 10. Greg. Lop. en la ley 10, tit. 10, P. 5, glos. 5. Molin. *De just. et jur.*, disp. 416.

ña tiene á su favor el beneficio llamado de *competencia*, de que hablaremos en otra parte (1).

14. Las compañías ó sociedades de comercio son de varias clases (2), aunque las Ordenanzas de Bilbao solo dan la definición de la compañía en general, bien que suponen que hay varias. Las mismas Ordenanzas (3) previenen lo siguiente acerca de las formalidades con que deben celebrarse las compañías de comercio; pero debe advertirse que tales formalidades no son de esencia del contrato (4), sino que únicamente se requieren como prueba de él. Los comerciantes que quieran formar compañía estarán obligados á hacerlo por escritura pública ante escribano, expresando en ella con toda distinción sus nombres, apellidos, vecindad, tiempo del principio y fin de la compañía, porción ó porciones de caudal, efectos ó industria que cada uno pone, la administracion, trabajo y cuidado que ha de ser á cargo de cada uno; la parte de dinero que cada cual ha de sacar anualmente para sus gastos, los comunes pertenecientes al comercio, cómo han de entenderse las pérdidas en créditos fallidos, naufragios y otras desgracias semejantes, términos en que se han de dividir las ganancias ó las pérdidas que resultaren al fin de la compañía, la estimacion que ha de darse á los efectos que entónces existieren, el repartimiento de los créditos y haberes, el pago de los créditos pasivos, y todas las demas circunstancias y condiciones licitas que quisieren imponerse.

15. Los comerciantes que formaren compañía estarán obligados á tener y encabezar sus libros en debida forma, expresando al principio de ellos pertenecer á la compañía, con el inventario de sus haberes capitales, y la razón por menor de los nombres, apellidos y ve-

(1) Lib. 3, tit. 13. — (2) V. al Febrero de Tapia, lib. 2, tit. 5, cap. 2, n. 1. — (3) Cap. 10, nn. 4 y 3. — (4) Febrero de Tapia, lib. 2, tit. 5, cap. 2, n. 2.

ciudad de todos los interesados, con declaracion de los capítulos y principales circunstancias en que hubieren convenido, y anotaren por escritura (1).

16. Fenecido el tiempo de una compañía, si los socios quisieren renovarla en los mismos ó en diversos términos, deberán otorgar nueva escritura (2).

17. Si durante la compañía falleciere algun socio, la viuda, hijos ó herederos que dejare, deberán estar y pasar por lo que se hubiere obrado en la compañía hasta el tiempo de la muerte ó ausencia de la persona á quien representaren, quedando ademas sujetos á las contingencias de los negocios pendientes por lo respectivo á la prorata de su interes; y si quisieren proseguir en la propia compañía en los mismos ó en otros términos, deberán celebrar nueva escritura (3).

18. Las partes en que los socios quedan obligados á un acreedor son *viriles* ó iguales, y no en proporcion de lo que tiene cada uno en ella, pues los acreedores no tienen obligacion de saber los pactos que median entre los socios, ni las porciones de capital que cada uno ha puesto en la compañía. Pero los socios entre si deberán hacerse los abonos ó cargos correspondientes al interes que cada cual tenga en la compañía.

19. Para evitar que disuelta la compañía continúen algunos interesados en ella procediendo como si subsistiese, se previene en las Ordenanzas de Bilbao (4) que los socios estén obligados á dar noticia de la disolucion de la compañía á todos aquellos con quienes hayan tenido ó tengan cuentas y correspondencia de comercio.

20. Para evitar largos litigios en el ajuste de cuentas, se manda en las mismas Ordenanzas (5) que todos los

(1) Orden. de Bilb., cap. 10, n. 6. — (2) Id. id., n. 8. — (3) Orden. de Bilb., cap. 10, n. 9. — (4) Orden. de Bilb., cap. 10, n. 17. — (5) Id. id., n. 16.

que formaren compañía estipulen y pongan por cláusula de la escritura que por lo tocante á dudas y diferencias que durante ella y á su fin se les puedan ofrecer, se obligan y someten al juicio de dos ó mas personas prácticas que ellos ó los jueces de oficio nombraren, y que estarán y pasarán por lo que sumariamente juzgaren, sin otra apelacion ni pleito alguno; cuya cláusula se les hará observar bajo la pena convencional que deberán imponerse, ó la arbitraria que los jueces señalaren.

21. Del capital que pusieren los socios en la compañía, ó de las ganancias que resultaren de ella, ninguno de los interesados podrá sacar dinero ni efecto alguno hasta su conclusion, para negocios particulares ni otros fines, bajo motivo ni pretexto alguno, excepto lo que se haya estipulado en la escritura, bajo la pena de pagar los daños y menoscabos que sobrevinieren (1)

22. Todos los interesados en una compañía serán obligados á abonar y llevar á debida ejecucion á pérdida ó á ganancia cualesquiera negocios que cada compañero haga y ejecute á nombre de todos con otras personas y negociantes fuera de ella, saneando cada uno las pérdidas que puedan suceder hasta en la cantidad del capital y ganancias en que fuere interesado, y resultaren del total de la compañía; entendiéndose que aquel ó aquellos bajo cuya firma corriere la compañía, estarán obligados, ademas del fondo y ganancias que en ella le pertenezcan, con todo el resto de sus bienes habidos y por haber, al saneamiento de todas las pérdidas, aunque hayan entrado sin poner caudal en dicha compañía (2). No obstante, si uno de los socios, autorizado en la escritura para obrar y firmar por la compañía, firmase solo en su nombre, omitiendo la razon ó nombre social que se haya estable-

(1) Orden. de Bilb., cap. 10, n. 7. — (2) Orden. de Bilb., cap. 10, n. 16.

eido, entónces no quedarán obligados los demas socios, pues se juzgará que procedió de su cuenta particular. Los que hagan préstamos deben cuidar de exigir la firma de la compañía, pues de este modo, cualquiera que sea la inversion de la cantidad, ó aunque no se asiente en los libros de ella, no por eso dejarán de quedar obligados todos los socios.

23. Cuando algun socio que puso en la compañía caudal para tenerlo á pérdida y ganancia, quisiere emplear ademas otros caudales suyos en negocios particulares, lo podrá hacer, con tal que en ellos exprese distintamente su propio nombre y firma particular, para que en ningun tiempo se confundan sus negocios con los de la compañía (1).

Por la ordeanza de Minería, que es de 22 de mayo de 1783, se manda (tit. 11) que los compañeros en el laborio de minas no podrán pretender ni tener derecho á trabajar cada uno cierta labor, ó parte determinada de la mina, ni poniendo á determinado número de operarios, sino que se ha de trabajar en comun todo lo que permita la mina, y hacerse la division de los costos por la suma de ellos repartida proporcionalmente á todos los compañeros; y lo mismo los metales, ya en bruto ó despues de beneficiados, segun se convinieren. Todas las providencias conducentes al laborio se han de deliberar á pluralidad de votos de los socios, con intervencion de uno de los diputados del distrito. Los votos han de valer y contarse por las barras de cada compañero, de suerte que si uno ó muchos fueren dueños de una barra, solo tendrán un voto, el que tuviere dos barras tendrá dos votos etc.: pero si uno solo fuere dueño de doce ó mas barras,

(1) Orden. de Bilb., cap. 10, n. 13. Lo dicho en este título sobre compañías de comercio está sacado del Febr. de Tap., lib. 2, tit. 3, cap. 2.

valdrá su voto por uno ménos de la mitad. La discordia por igualdad de votos ú otra cualquier causa, la decidirá el diputado que presidiere la junta. Si estándose trabajando una mina no produjere utilidades ó no cubriere los costos, y alguno de los compañeros no quisiere contribuir con la parte que de ellos le tocara, los otros darán aviso á la diputacion para que se anote el dia en que dejó de contribuir; y si lo hiciere en cuatro meses continuos, por el mismo hecho y desde el dia en que hubiere dejado de contribuir, quedará desierta la parte que de la mina poseyere, y se acrecerá proporcionalmente á los que contribuyeren, sin necesidad de denunciarla: pero si ántes de cumplir aquel término concurriese á los costos, será admitido, con tal que pague á satisfaccion de los interesados lo que debiere, causado en el tiempo que dejó de contribuir. Si estando la mina en frutos, alguno de los compañeros no quisiere concurrir á los costos de las faenas muertas (deliberadas con la formalidad que queda dicha) por consumirse en ellas una parte ó el total de lo que produce la mina, podrán los demas compañeros retenerle é invertir en este destino una parte ó todos los metales que le correspondieren. Si dos compañeros en minas quisieren dividir la compañía, no estarán obligados á comprarse ó venderse uno á otro su parte, sino que cada uno tendrá libertad para venderla á cualquier tercero; pero el socio será preferido por el tanto. La compañía de minas no se entiende dividida por muerte de alguno de los compañeros, ántes quedan los herederos obligados á seguir en ella, pero con el libre arbitrio de vender su parte en los términos referidos.

24. Los modos de acabarse la compañía son segun la ley (1) los siguientes: 1º La muerte natural de alguno de los compañeros, aunque los que sobrevivan sean muchos, á no ser que hayan pactado que muerto uno

(1) L. 10, tit. 10, P. 3.

continuasen los demas. 2º Si uno de los socios fuere desterrado para siempre. 3º La cesion de bienes de alguno de los compañeros. 4º La muerte ó pérdida de la cosa sobre que se hizo la compañía, ó porque mudase de estado haciéndose sagrada. 5º La renuncia (1) cuando no es dolosa ó intempestiva, porque si lo es, no liberta al que la hace; pero si liberta de él á sus compañeros. Por ejemplo, si un socio viendo que iba á tener alguna ganancia por herencia ú otro título, renunciase de la compañía, para que esté no participase de aquella utilidad, sus compañeros tendrán parte en ella; pero él no la tendrá en la ganancia que tal vez tuvieren los otros despues de la renuncia (2). La intempestiva es la que se hace ántes de acabarse el negocio por que se hizo la compañía, ó el tiempo que esta debia durar. El que hace tal renuncia debe pagar á los otros socios el daño ó menoscabo que por esta causa padecieren, salvo si se hubiere pactado que podia dejarse la compañía siempre que alguno de los socios quisiese (3). Pero esto se entiende cuando no hay causa justa para renunciar. La ley (4) señala cuatro: 1ª La mala condicion de algun compañero, por la que no lo pueden sufrir los demas, ó vivir con él en buena manera. 2ª Si algun compañero es enviado por el rey ó el comun de alguna ciudad ó villa con poderes, ó le dan algun oficio, ó le mandan hacer algun servicio ó cosa que sea en beneficio del rey ó del comun del lugar. 3ª El faltarle á algun compañero á la condicion que se puso al contraerse la compañía. 4ª El embargarse la cosa sobre que se hizo la compañía, de suerte que no puedan usar de ella.

25. Segun lo dicho, la compañía se acaba de dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, á excepcion del de mandato en que tambien lo tienen

(1) L. 11, tit. 10, P. 3. — (2) L. 12, tit. 10, P. 3. — (3) L. 11, tit. 10, P. 3. — (4) L. 14, tit. 10, P. 3.

en parte, y son la muerte y la renuncia, sin embargo de que hay contra ellos dos axiomas ó reglas capitales, á saber: *El que contrae, contrae para sí y para su heredero* (1). *De la obligación una vez contraída no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro.* Las razones de que la compañía esté exceptuada de estas reglas son: 1<sup>a</sup> porque en este contrato se tiene consideración á la industria y habilidad de la persona, y á veces el heredero de un hombre hábil es muy lerdo: 2<sup>a</sup> en obsequio de la tranquilidad, porque la compañía entre personas que la resisten produce discordias (2).

26. El socio que administra la compañía tiene obligación de hacerlo con el mismo cuidado y diligencia que si fuesen cosas propias, y así deberá prestar la culpa leve. Si hubiere daños ó menoscabos por dolo suyo en no haber puesto cuidado, serán todos de su cuenta, y deberá resarcir á los otros socios los perjuicios que les hubiere causado (3), sin que le sirva de excusa decir que por otra parte hizo tantas ganancias que podían resarcir la pérdida. Y si algun otro hubiere procedido también con dolo, deberán los dolosos pro-ratear entre sí el resarcimiento de perjuicios á favor de los demás (4). La ley (5) manda que si el que administra los bienes hubiere dado á otro compañero alguna porción sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, debe restituirla el que la recibió, para que se haga con igualdad la division entre todos, si no es que habiendo sabido los socios lo hecho por el administrador, hayan callado, y despues haya venido este á pobreza, en cuyo caso sufrirán el perjuicio por su culpa. El socio administrador está obligado á dar cuenta formal á sus socios.

(1) L. 11, tit. 14, P. 3. — (2) L. 11, tit. 13, P. 6. — (3) L. 7, tit. 10, P. 5. — (4) L. 13, tit. 10, P. 3. — (5) L. 13, tit. 10, P. 3.

27. MANDATO. — El cuarto y último contrato consensual es el *mandato ó mandamiento*, á saber: *Encargo que uno hace á otro, quien le recibe con obligación de cumplirlo.* Se puede celebrar tácita ó expresamente (1), y por cualesquiera palabras que manifiesten la intencion de obligarse (2).

28. Es bilateral, pues por él quedan obligados, el *mandante* á pagar al *mandatario* lo que hubiere expendido en cumplir el mandamiento (3), y el *mandatario* á cumplirlo, de manera que si no lo hace por engaño ó culpa, ha de satisfacer al primero el daño que le ocasionare (4). Gregorio Lopez (5) interpretando la palabra *culpa* de que usa la ley, dice que debe entenderse hasta la levisima, apoyado en el derecho romano. Para que valga el mandato y produzca estas obligaciones, es menester que no sea contra las buenas costumbres, pues siéndolo, no vale ni aprovecha para cosa alguna.

29. El mandato se divide por razon de su objeto, en judicial y extrajudicial. Aquí solo tratamos del segundo, y lo haremos del primero en lo perteneciente á juicios (6).

30. El mandato considerado con respecto á su fin, se puede contraer de cinco maneras (7). I. Por utilidad del mandante solo, que es la mas frecuente. II. Por utilidad de un tercero solo. III. Por la del mandante y de un tercero. IV. Por la del mandante y del mandatario. V. Por la del mandatario y de un tercero. Cuando toda la utilidad es del que recibe el mandato, mas bien

(1) L. 12, tit. 12, P. 5. — (2) L. 24, tit. 12, P. 5.

(3) Esta es la doctrina del derecho romano, que requiere en el mandatario oficios puramente gratuitos, como que supone fundado este contrato en la amistad; pero la designation de salario no lo viciaba: entónces, ni tampoco ahora entre nosotros (Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 13, n. 2).

(4) L. 20, tit. 12, P. 5. — (5) Glos. 5 de la ley 20, tit. 12, P. 5. — (6) Lib. 3, tit. 3. — (7) LL. 21 y 22, tit. 12, P. 5.

seria consejo sin producir obligacion en el mandante, si no es que lo hubiese dado de malicia ó con engaño, en cuyo caso debería pagar los daños que haya recibido aquel á quien lo dió (1).

31. Es obligacion del mandatario advertir á su principal todo lo que sepa en orden al negocio de su comision, si cree que esta noticia puede influir en que la revoque. Asi por ejemplo, en el caso de haberle mandado comprar determinada casa en el concepto de ser bien construida, debe suspender la compra, si se sabe que no lo está, y hacerlo presente al mandante.

32. Est tambien obligacion del mandatario, concluido que sea el mandato, dar cuentas del negocio y su manejo al mandante (2), entregándole cuantos efectos y documentos tuviere relativos á él. Puede sin embargo el mandatario retener de los fondos del mandante las cantidades que haya anticipado, y los efectos comprados á nombre de este, para asegurar el cobro de su alcance (3); pero deberá acreditar competentemente las partidas de cargo y data (4), á ménos que por ser gastos manifiestos ó de corta entidad se tenga por bastante su juramento. Si son muchos los mandatarios que han tenido á su cargo un asunto, puede el principal reconvenir *in solidum* á cualquiera de ellos. Si resultaren alcances entre los contrayentes, y sufre demora su reintegro, deberá el deudor satisfacer al acreedor, si este lo exige, los intereses que se considere justos, ó bien á estilo de comercio.

33. Al mandatario que tiene á su cargo la venta de bienes le está prohibido comprarlos para sí, bajo la pena de nulidad del contrato, y de pagar el cuádruplo del valor de lo que hubiere comprado, con aplicacion al fisco (5).

(1) L. 23, tit. 12, P. 3. — (2) LL. 26, 27 y 31, tit. 12, P. 3. — (3) L. 29, tit. 12, P. 3. — (4) LL. 20, 21, 26, 28, 31 y 33, tit. 12, P. 3. — (5) L. 23, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 12, lib. 10 de la N.

34. El mandante puede revocar el mandato en cualquier tiempo (1); pero se duda si el mandatario puede eximirse del contrato, cuando aun no se ha dado principio á su desempeño, que es lo que se llama *íntegro negocio*. Gregorio Lopez comentando aquellas palabras de la ley (2), *tenudo es de cumplirlo*, opina por la negativa; pero la opinion contraria es mas general (3).

35. El mandato concluye: I. Por haberse cumplido con arreglo á lo contratado. II. Por su revocacion tácita ó expresa, en cuyo caso el mandante debe pagar los gastos hechos por el mandatario hasta la revocacion, y los salarios de este, si se hubieron estipulado, á ménos que la revocacion proceda de culpa ú omision del mandatario. Se revocaria tácitamente encargando el mismo negocio á otra persona, ó si el mandatario hubiese sufrido condenacion judicial por causa infamatoria. Lo practicado por aquel ántes de tales hechos, obliga al mandante, asi como lo ejecutado ántes de saber la revocacion aunque sea expresa (4). III. Por el fallecimiento del mandatario, pues aunque no hay ley nuestra que lo prevenga, parece que las palabras de la ley (5), *por hacerles amor*, indican que el mandato es personal, y no pasa á los herederos. IV. Por muerte del mandante, bien sea natural ó bien civil, exceptuando tres casos: 1º Cuando estaba principiado el negocio; 2º Cuando se principió despues de la muerte del mandante, ignorándolo el mandatario; 3º Cuando el asunto era de tal calidad que de suspender su ejecucion y esperar la respuesta de los herederos podian resultar notables perjuicios. En estos casos tienen obligacion aquellos de pasar por lo hecho, y abonar los gastos. V. Por la mudanza de estado del mandante, siempre que sea tal que le impida legalmente el manejo de sus negocios.

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 13, n. 19 nota. — (2) L. 20, tit. 12, P. 3. — (3) Febr. de Tap. en el n. 19, ult. cit. — (4) L. 31, tit. 3, P. 3. — (5) L. 20, tit. 12, P. 3.

como la prodigalidad declarada por el juez, la demencia ú otro incidente por el cual se le nombre curador ; y en la muger el contraer matrimonio, pues queda sujeta al marido. En estos casos tienen lugar las excepciones referidas de ignorancia y urgencia. VI. Cuando el mandante pierde el derecho de hacer por sí mismo lo que tiene encargado á otro.

ALERE FLAMMAM  
VERITATIS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

APENDICE.

DE LOS COMISIONISTAS Y DE LOS CORREDORES (1).

1. *Comisionistas ó comisionarios*, quiénes son.
2. El comisionista debe arreglarse en las compras á las órdenes del comitente.
3. Cuándo serán para el comitente y cuándo para el comisionista las mercaderías que este compre á nombre suyo.
4. Basta el dicho del comisionista sin necesidad de prueba, sobre no haber hallado las mercaderías que el comitente le mandó comprar.
5. Facultad de cualquier socio de una compañía para repetir por lo que le toca contra el comisionista que compró efectos malos.
6. Disposiciones sobre la conduccion de los géneros comprados.
7. Responsabilidad del comisionista moroso en la remision de las mercaderías.
8. El comisionista debe arreglarse con puntualidad á las órdenes que se le dieren sobre la venta de efectos.
9. No puede el comisionista comprar los bienes que tuviere para vender.
10. Responsabilidad del comisionista que vende al fiado sin orden para hacerlo.
11. Pena del comisionista que por culpa ó morosidad no vende como es debido las mercaderías que tiene para despacharlas.
- 12 y 13. Lo que debe hacer el comisionista, verificada que sea la venta de los efectos.
14. Lo que debe hacer el comisionista para la

(1) Está sacado del Febr. de Tap.

15. Cuenta que debe llevar el comisionista cuando vende mercaderías propias suyas y otras de comision.
16. El comisionista debe seguir las órdenes que tenga en cuanto al embolso del producto de las mercaderías.
17. En la orden para vender ó comprar mercaderías no se entiende comprendido el permiso de trocarlas ó permutarlas.
18. Tampoco se comprenden en el mandato general de comprar y vender, el tomar dinero á cambio, ó daño con interés, sino en el caso que se expresa, ni mercaderías para hacer barata con pérdida de su precio.
19. Si en la orden para comprar ó vender no se designa el precio, se entiende que ha de ser el que fuere justo.
20. Lo que debe hacerse cuando el comisionista traspasa las órdenes del comitente en la compra ó la venta.
21. Obligaciones de los comisionistas cuando reciben géneros con orden sola de hacerlos conducir á poder de su dueño ú otro parage.
22. Derechos que pueden cobrar los comisionistas.
23. Maestres y sobrecargos.
24. *Corredores*, qué son, y á quién pertenece su nombramiento.
25. El oficio de corredor es semejante al del procurador, mandatario ó encargado, con la diferencia que se expresa. Calidades y requisitos de los corredores.
26. Conduca que deben observar en el trato de los negocios. Libro que deben tener.
27. El corredor no puede ser apremiado á declarar, ni vale su dicho sino de consentimiento de ambos contrayentes.
28. Sobre lo que no pueden comprar y vender los corredores.
29. No puede el corredor intervenir en contratos ilícitos y prohibidos, bajo las penas que se expresan; ni se le debe corretaje por ellos.
30. No puede haber corredores de ganados en los mercados y ferias ú otras partes donde se vendieren.
31. El corredor no es responsable del éxito de los negocios que maneja, á no ser que haya dolo ó culpa de su parte.
32. Siendo varios los corredores que cometan dolo ó culpa en un negocio, cada uno estará obligado *in solidum*.
33. Por el dolo del corredor no queda obligado ninguno de los principa-

- les contrayentes, si no es que haya sido partícipe ó sabedor del dolo.
34. Estipendio, qué se llama corretage debido al corredor.
35. Casos en qué se le debe el corretage, aunque
- no se concluya el negocio.
36. Corredor que debe ser preferido para el pago del corretage cuando concurren varios.
- 37 y 38. Corredores de navios: sus requisitos.

1. Los comisionistas, ó *comisionarios*, segun los llama la Ordenanza de Bilbao, y los corredores, son unos verdaderos mandatarios. Se da aquel nombre á los que ejercen ó negocian, ya con su nombre, ya bajo un nombre y razon social, por cuenta de los comitentes.

2. Las comisiones constituyen una de las partes principales del comercio, y en su ejecucion debe emplearse la mas escrupulosa exactitud. En las compras debe el comisionista poner el mayor cuidado en ejecutar las órdenes que le dé el comitente, sin excederse de ellas, y procurando siempre por todos medios sacar el mejor partido á favor de este, así en los gastos como en las precios, y en suma, correspondiendo debidamente á la confianza que de él se hace (1).

3. Teniendo un comisionista orden ó mandato especial de su comitente para comprar mercaderías, si estas fueren designadas, aunque las compre en su propio nombre, no serán para él sino para el comitente en cuyo nombre se entienden compradas, y así deberá dar cuenta de ellas. Lo contrario sucederá si la orden ó mandato fuere general, esto es, para comprar cualesquiera cosas ó mercaderías sin expresarlas, pues entónces, si las comprare en su nombre el comisionista, se entiende que son para él (2).

(1) Orden. de Bilb. cap. 12, n. 1. — (2) Cur. Filip., del Comer. terr., cap. 1, n. 27.

4. Si el comitente diere orden al comisionista para que le compre algunas mercaderías en cierto parage, y este dijere que no las halló, bastará su dicho, sin que sea necesario probarlo, pues la presuncion está á su favor, si no es que se pruebe lo contrario. Y aun esta prueba se excluye con otra, y es que aunque hizo diligencias en su busca, no las encontró (1).

5. Si alguno de los socios de una compañía mercantil mandare á otro que compre alguna cosa para ella, y este mandatario ó comisionista la comprare mala ó deteriorada, pueden repetir contra él por el principal é intereses, no solo el socio mandante ó comitente, sino tambien los demas que no dieron la orden, por la parte que les toca (2).

6. Acerca de la conduccion de los géneros comprados hay las disposiciones que siguen: 1ª Si hubieren de conducirse por tierra las mercaderías, será de obligacion del comisionista alquilar las cargas que hubiere de enviar, con intervencion de uno de los corredores de arrieros, donde los hubiera, á fin de que en caso de cometer el arriero conductor algun fraude, queden asegurados los géneros que se envien, mediante las fianzas que tienen dadas dichos corredores. 2ª Al arriero ó arrieros deberá entregarse por mano del corredor la carta de porte, poniéndola clara, y con expresion del nombre y vecindad del arriero, los géneros que contengan las cargas, sus números, pesos, piezas ó medidas y marcas. 3ª Deberá igualmente darse por la misma mano al arriero ó arrieros los despachos ó guías para que en las aduanas por donde transitaren no se les ponga embarazo alguno. 4ª El comisionista tendrá cuidado de avisar por el primer correo la remesa de las cargas al individuo á quien fueren dirigidas, nombrán-

(1) Cur. Filip. del Comer. terr., cap. 1, n. 23. — (2) L. 21, tit. 12, P. 3, vers. *La tercera*.

dole el arriero conductor, su vecindad, el dia en que salieron aquellos, las aduanas de su tránsito, con la cuenta de su importe y gastos. 5ª Si los efectos comprados hubieren de transportarse por mar, deberá buscarse embarcacion buena, bien aparejada y tripulada; y en caso de no hallar flete corriente para el puerto de su destino, se ajustará lo mas barato que se pudiere, y se embarcarán los efectos, haciendo que el maestre ó capitán de la embarcacion firme tres ó cuatro conocimientos en que se exprese el número de barricas, fardos, cajones ú otras especies, con las marcas y expresion de haberlas recibido bien tratadas y acondicionadas; y avisará igualmente por el primer correo al sugeto á quien se remitieren los géneros el nombre de la embarcacion y del capitán, y se le enviará conocimiento y cuenta, sin embargo de la que se haya remitido, como suele hacerse, con la misma embarcacion. 6ª Tambien será obligacion del comisionista entregar al maestre ó capitán, los despachos que fueren necesarios (1).

7. Si el mandatario ó comisionista fuere moroso ó tardio en remitir las mercaderias ó efectos que se le mandaron comprar, estará obligado á pagar al mandante ó comitente los daños ó intereses que resultaren por la morosidad y culpa que en ello tuvo (2).

8. Si el comisionista recibiere efectos para venderlos por cuenta y riesgo de sus dueños, deberá atender en su venta á las órdenes que tuviere para hacerla, ya sea al contado, al fiado ó á trueque, ó en los términos que hubiere recibido dichas órdenes, ejecutándolas y observándolas puntualmente, y procediendo como en cosa propia (3).

9. Como el que tiene á su cargo bienes agenos para

(1) Orden. de Bilb., cap. 12, nn. 2 á 8. — (2) LL. 13, tit. 11, y 20 21, tit. 12, P. 3. — (3) Orden. de Bilb., cap. 12, n. 9.

vender, no puede comprarlos por si ni por otro, ni vale tal venta, pues la ley (1) lo prohíbe para evitar fraudes; por la misma razon es claro, que ninguno á quien se da orden para comprar, puede hacer la compra de sus propios bienes y efectos, por ser preciso, ademas de la razon expresada de fraude, que el comprador y el vendedor sean personas distintas.

10. Si el comisionista no tuviere facultad del comitente para vender al fiado, y lo hiciere, será de su cargo el riesgo que acaeciere en las ditas (cauciones ó seguridades) aunque sea por accidente ó caso fortuito, por haber hecho lo que no debia; pero teniendo orden del dueño ó comitente, sólo será responsable de los riesgos, cuando hiciere la venta á personas que no sean abonadas (2).

11. El comisionista que por culpa ó morosidad no vende como es debido las mercaderias que ha recibido con el objeto de despacharlas, es responsable de los perjuicios que se sigan al comitente (3).

12. Verificada la venta de las mercaderias ó efectos remitidos por el comitente, debe el comisionista sentarlo en el libro de facturas (ademas del cargo que se hará á los compradores en los otros libros) con el nombre de persona, fecha, cantidad, plazo, precio ó importe, sumariamente para tener presentes por este medio las circunstancias de la venta.

13. Asimismo, concluida que sea esta, formará el comisionista la cuenta, señalando en ella, del mismo modo que en el libro de facturas, las fechas, cantidades vendidas, nombre del comprador ó compradores, precios, plazos e importe, anotando si faltó algun comprador al tiempo del pagamento ó plazos, y abonará el neto producto ó rendimiento al dueño, deducidos los

(1) L. 23, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 12, lib. 10 de la N. — (2) Cur. Filip. del Comer. terr., lib. 1, cap. 4, n. 18. — (3) Cur. Filip. del Comer. terr., lib. 1, cap. 4, n. 18.

gastos, derechos, corretage y comision, y le remitirá dicha cuenta con la mayor brevedad, avisándole dejar abonada la cantidad líquida ó neta, sin perjuicio hasta la cobranza de lo que estuviere entónces por cobrar de los compradores (á ménos de que por convenio haya salido responsable al abono de las ditas); so pena de que si se faltare á estas circunstancias ó cualquiera de ellas, y se omitiere en las partidas el nombrar las personas compradoras, se tendrán las mercaderías por vendidas á dinero contante.

14. En la cobranza de lo vendido á plazo, deberán ser los comisionistas muy activos, sin dar lugar á que por su negligencia se demore á los dueños el pago, ni tengan estos menoscabo alguno en sus negocios.

15. Pudiendo suceder que los comisionistas vendan en diferentes tiempos á uno ó mas compradores mercaderías suyas propias y otras de comision á ciertos plazos ó sin ellos, llevarán cuenta exacta de lo que vendieren, con distincion de las mercaderías suyas y de las de comision, expresando de cuenta de quién reciben las cantidades que el deudor pagare, para que en caso de quiebra ú otro accidente imprevisto procedan segun justicia distributiva, aplicándose á sí mismos y á los demas interesados las proratas que les correspondan en la quiebra.

16. Cobrado el valor de los efectos vendidos, deberán los comisionistas seguir las órdenes que sobre su producto tuvieren de los dueños para que puedan disponer de su embolso.

17. En el mandato para vender ó comprar mercaderías ú otras cosas, no se entiende comprendido el permiso de permutarlas ó trocarlas por otras, á ménos que en dicha orden haya cláusula de libre y general administracion, y de poder hacer lo que haria el mismo dueño ó mandante. (1).

(1) Cur. Filip. del Comer. terr., lib. 1, cap. 4, n. 17.

18. En el mandato general no se comprende el tomar dinero á cambio ó daño con interes, á ménos que se exprese así, ó el mandante acostumbre tomarlo, ó haya estilo en aquel pueblo de que semejantes mandatarios lo tomen. Lo mismo se ha de entender en cuanto á tomar mercaderías para hacer barata con pérdida ó menoscabo de su precio. Y en caso de que el mandatario, aunque sea acreedor, tenga facultad del mandante ó deudor para tomar dinero á cambio ó daño con interes para hacerse pago de la deuda, ó en otra manera, se entiende solo el primer cambio, daño ó interes, y no otros (1).

19. En el mandato para vender y comprar se debe señalar precio; y se entiende señalado si se comete á arbitrio del mandatario; pero si no se señalare precio, es visto querer que se haga por el que fuere justo (2).

20. Si en la venta ó compra el mandatario se excediere en el precio ó cantidad de la cosa que se vendiere ó comprare, ú ocasionare deterioro en perjuicio del mandante, no queda este obligado, á ménos que se reduzca el negocio á la forma debida, ó que lo ratifique el mismo mandante (3).

21. Cuando los comisionistas recibieren por mar ó por tierra géneros y mercaderías con orden sola de hacerlas conducir á poder de su dueño ú á otro parage, tendrán obligacion de examinar al tiempo del recibo, si están bien acondicionadas; y no hallándolas en debida forma, practicarán judicial y extrajudicialmente las diligencias que convengan contra quien resultare culpado, en beneficio de la persona á quien pertene-

(1) Cur. Filip. del Comer. terr., lib. 1, cap. 4, nn. 28 y 29. —

(2) Cur. Filip. del Comer. terr., lib. 1, cap. 4, n. 19. — (3) Cur. Filip. del Comer. terr., lib. 1, cap. 4, n. 20.

cieren, y seguirán las órdenes de sus dueños en el nuevo transporte de los referidos géneros (1).

22. En orden á los derechos que deben llevarse por razon de semejantes comisiones, la Ordenanza de Bilbao previene lo siguiente: Por todo género de mercaderías de lana, seda, hierro y otras cosas, sean comestibles, potables ó combustibles, que se vendieren y compraren de comision, así de dentro como de fuera del país, habrá de cobrarse á sus dueños por razon de comision dos por ciento, además del corretage y otros gastos que tuvieren, excepto algunos artículos que allí se designan. Cuando se vendieren ó negociaren en comision cualesquiera géneros en trueque de otros, y los que así se recibieren en trueque, se remitieren por mar ó tierra á sus propios dueños, se pagará el derecho de comision á razon de uno por ciento por el retorno, además de lo correspondiente á la principal comision. Pero si se vendieren los referidos géneros que se recibieren en trueque, el comisionista tendrá por el nuevo trabajo otros dos por ciento además de la comision principal. Siempre que se recibiere dinero por cuenta de alguno, ya sea de letras ó ya de otra manera, se cargará medio por ciento de comision. Lo mismo por todas las letras que se libren en virtud de orden ó para hacer remesas en pago de las mercaderías vendidas. El referido derecho de comision en cada una de las especies indicadas, deberá entenderse cuando no haya ningun convenio particular entre el comitente y el comisionista, pues habiéndolo, se estará y pasará por él (2).

23. Hay otro género de comisionistas, que son los maestros y sobrecargos que navegan y llevan en buques propios ó ajenos los efectos y encargos que deben

(1) Orden. de Bilb., cap. 12, n. 15. — (2) Orden. de Bilb., cap. 12, nn. 16 á 20.

desempeñar con arreglo á las consignaciones, memorias ó mandatos de los dueños, mandantes ó comitentes, á las disposiciones comunes de los comisionistas y á las costumbres de los respectivos pueblos.

24. Los corredores son unas personas medianeras entre dos ó mas comerciantes para la explicacion y ajuste de algun negocio. En esta ciudad de Méjico el nombramiento de corredores lo hace la junta de fomento, acreditando previamente el que solicite serlo, tener los requisitos legales establecidos en el reglamento de corredores de 20 de mayo de 1842.

25. El oficio de corredor es semejante al de un procurador, mandatario, ó encargado, con la diferencia de que teniendo intereses opuestos las personas para quienes se emplea, es encargado por cada una de ellas para negociar ó concluir el contrato. Tienen, pues, obligacion los corredores de guardar, respecto de ambos interesados, una perfecta fidelidad en la ejecucion de lo que respectivamente se les confie por ellos, á fin de que cuando quieran, se pongan en estado de tratar por sí mismos y concluir el contrato. Además deben tener la debida reserva, callando los nombres de los contratantes, cuando alguno de ellos ó el negocio lo exige, hasta estar tomada ya la palabra ó el consentimiento, despues de lo cual los abocan, y se extienden y firman los contratos. Han de tener tambien los corredores la correspondiente inteligencia; y una ley de la Recopilacion (1) exige que sean naturales, pues prohíbe á los extranjeros el serlo, so pena de perdimiento de todos sus bienes, y que sean desterrados perpetuamente del país. Por el reglamento citado en el párrafo anterior se exige para ser corredor: ser Mejicano por naturalizacion ó nacimiento; mas los extranjeros que antes de la publicacion de este reglamento ejercian la correduría, están espeditos para seguirla ejerciendo, segun la

(1) L. 7, tit. 18, lib. 5 de la R. ó 1. tit. 6, lib. 9 de la N.

declaracion del gobierno provisional de 1º de julio de 1842. La ordenanza de Bilbao (1) y el reglamento citado, previenen que los corredores antes de entrar á ejercer su oficio presten juramento de que lo desempeñarán bien y fielmente.

26. Es obligacion de los corredores tratar los negocios con discrecion, sin exagerar las calidades de unos sujetos ni vituperar las de otros, proponiendo sinceramente el negocio que se les encomiende. Si este consiste en letras, deberán llevarlas del librador al tomador; y cuando fuere de mercaderías, se hallarán presentes, si lo pidieren las partes, á la entrega, peso ó medida. Estarán obligados á tener un libro foliado en debida forma, para sentar en él diariamente por sí ó de otra mano todos los negocios en que intervengan, con expresion de los nombres de los negociantes, del vendedor y comprador, dador y tomador, segun fueren, de la fecha, circunstancias y clase de negocios: por manera que siendo mercaderías, se han de especificar sus calidades, precios, marcas, números, plazos y demas que los contrayentes declaren; y si letras, han de individualizarse sus datas, términos, libradores y tenedores, á cargo de quién y en qué plaza, cambios, endosos y demas circunstancias que contengan para que en caso de discordia puedan y deban hacer fe su asiento y declaracion. Rubricarán precisamente de su mano todas las partidas sentadas, y jurar tambien, al hacer su juramento al principio de cada año, que han sentado puntualmente en sus libros todas las partidas de los negocios en que hubieren intervenido en el año anterior (2).

27. Si se originare litigio sobre cosa vendida con intervencion de corredor, no podrá este ser apremiado á

(1) Cap. 13, n. 1. — (2) L. 11, tit. 18, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 6, lib. 9 de la N. Orden. de Bilb., cap. 13, nn. 3 y 13, y reglamentos de corredores del año de 1842.

declarar, ni vale su dicho sino de consentimiento de ambos contratantes, y no de uno solo, á ménos que el corredor declare de su propia voluntad (1).

28. Por el reglamento de 1842, no pueden los corredores, ser comerciantes, ni aseguradores, ni comprar para si cosa alguna de las que se les dan á vender, incurriendo si contravienen á esta disposicion, en las penas establecidas en el mismo reglamento.

29. No puede el corredor intervenir en contratos de los ilícitos y prohibidos, bajo la pena que designa la ley (2), y por esta clase de negocios no se le debe corretage.

30. No puede haber corredores de ganados en los mercados y ferias ú otras partes donde se vendieren, ni las justicias les permitirán usar de dichos oficios (3).

31. El corredor no es responsable del éxito de los negocios que maneja, excepto el caso que haya cometido dolo ó culpa, como tampoco lo será de la insolvencia de aquellos á quienes haya hecho prestar dinero ú otra cosa, aunque haya recibido corretage y hablado en favor del que recibió el préstamo, á ménos que por expreso convenio se hubiere constituido garante ó responsable, ó haya procedido con dolo (4).

32. Si en el contrato en que intervinieren dos ó mas corredores mediare de su parte dolo ó engaño, cada

(1) Cur. Filip. Comer. terr., lib. 1, cap. 5, n. 21, siendo de advertir que en la ley de partida que allí se cita no se halla semejante disposicion, mas vease la ley 36 del tit. 16, Partida 3 á Gregorio Lopez en la glosa 1, y á Berni, quien fundado en la ley 6, tit. 6, lib. 3 de la R. asegura lo contrario. — (2) Reglamento de corredores de 1842, y L. 11, tit. 18, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 6, lib. 9 de la N. Las penas que esta ley impone son la de perdimiento de bienes y destierro del país por diez años; pero debe advertirse que la confiscacion de bienes como pena está prohibida por el art. 147 de nuestra constitucion federal.

(3) L. 8, tit. 14, lib. 5 de la R. ó 5, tit. 7, lib. 9 de la N. —

(4) Cur. Filip. Comer. terr., lib. 1, cap. 5, n. 11.

uno de ellos estará obligado solidariamente por todos á satisfacerlo, y con el pago que uno hiciere quedarán libres los demas (1).

33. En el contrato celebrado por medio de corredor ú otro tercero, y en que hay dolo ó engaño de su parte, solo él queda obligado, y no el contratante principal, á quien no perjudica, ni respecto de este se anula el contrato, á menos que haya sido participe ó sabedor del dolo.

34. Al corredor se le deberá pagar el tipendio convenido, ó el que esté regulado por las leyes ú ordenanzas, ó por el uso, ó por el arbitrio del juez. Segun las Ordenanzas de Bilbao (2), las agencias ó corretages de mercaderías se han de pagar por mitad entre vendedor y comprador, á razon de dos por mil por cada una de las partes; y de las letras uno por mil en los mismos términos, á no ser que las partes se convengan en que una de ellas lo pague todo. En esta ciudad de Méjico á los corredores se les pagará, segun lo prevenido en su arancel inserto en el reglamento de 1842.

35. Siempre que el corredor haya intervenido en las cosas intrínsecas y extrínsecas del contrato, esto es, acerca de lo sustancial y accidental, y cumplido enteramente con su encargo, y estando ya preparados y dispuestos los ánimos de las partes, así en el precio como en los otros pactos, aunque no se concluya el negocio por manifiesta culpa de uno de los contratantes, que se arrepienta ó desista, se deberá sin embargo el corretage, y lo pagará la parte que se arrepiente ó desiste. Con mayor razon se deberá el corretage cuando habiendo proporcionado comprador con su diligencia é industria, y sabida la voluntad de este, rehusa maliciosamente el vendedor celebrar la venta, valiéndose de algun pretexto para evitar la mediacion del corredor y

(1) Cur. Filip. Comer. terr., lib. 1, cap. 3, n. 13. — (2) Cap. 15, n. 12.

defraudarle su estipendio. En esto se funda la máxima adoptada en muchas plazas de comercio, de que empedado por un corredor el trato de una operacion mercantil entre dos comerciantes, le sea debido el corretage, aunque el contrato se haya perfeccionado sin su asistencia.

36. Aunque concurren varios corredores de una negociacion ó contrato á pretender el corretage, debe preferirse para el pago de este al que hubiere sido el primero en proponer la venta, ya por ser un premio debido á su vigilancia y solicitud, ya por evitar que los corredores se perjudiquen mutuamente en su ejercicio, y se arrebaten su respectivo lucro.

37. En el capítulo 16 de las Ordenanzas de Bilbao se trata de los corredores de navíos, cuyas obligaciones vienen á ser las mismas que las de los otros, con la diferencia que proviene de la diversa naturaleza de los negocios en que se ocupan.

38. Estos corredores han de servir de intérpretes á los capitanes y maestros extranjeros que ignoran nuestro idioma, y por lo mismo deben estar prácticos en las lenguas mas usuales para el comercio, como la francesa y la inglesa.

## TITULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL Ó DE PALABRAS, Y EN PRIMER LUGAR DE LAS PROMESAS. ®

Tit. 11, P. 6.

1. Del contrato verbal segun el derecho romano y segun el nuestro.
2. Promision o promesa, en qué consiste.
3. Requisitos para que sea válida la promesa.
4. Las promesas pueden ser puras, á dia cierto, condicionales y mixtas.

uno de ellos estará obligado solidariamente por todos á satisfacerlo, y con el pago que uno hiciere quedarán libres los demas (1).

33. En el contrato celebrado por medio de corredor ú otro tercero, y en que hay dolo ó engaño de su parte, solo él queda obligado, y no el contratante principal, á quien no perjudica, ni respecto de este se anula el contrato, á menos que haya sido participe ó sabedor del dolo.

34. Al corredor se le deberá pagar el tipendio convenido, ó el que esté regulado por las leyes ú ordenanzas, ó por el uso, ó por el arbitrio del juez. Segun las Ordenanzas de Bilbao (2), las agencias ó corretages de mercaderías se han de pagar por mitad entre vendedor y comprador, á razon de dos por mil por cada una de las partes; y de las letras uno por mil en los mismos términos, á no ser que las partes se convengan en que una de ellas lo pague todo. En esta ciudad de Méjico á los corredores se les pagará, segun lo prevenido en su arancel inserto en el reglamento de 1842.

35. Siempre que el corredor haya intervenido en las cosas intrínsecas y extrínsecas del contrato, esto es, acerca de lo sustancial y accidental, y cumplido enteramente con su encargo, y estando ya preparados y dispuestos los ánimos de las partes, así en el precio como en los otros pactos, aunque no se concluya el negocio por manifiesta culpa de uno de los contratantes, que se arrepienta ó desista, se deberá sin embargo el corretage, y lo pagará la parte que se arrepiente ó desiste. Con mayor razon se deberá el corretage cuando habiendo proporcionado comprador con su diligencia é industria, y sabida la voluntad de este, rehusa maliciosamente el vendedor celebrar la venta, valiéndose de algun pretexto para evitar la mediacion del corredor y

(1) Cur. Filip. Comer. terr., lib. 1, cap. 3, n. 13. — (2) Cap. 15, n. 12.

defraudarle su estipendio. En esto se funda la máxima adoptada en muchas plazas de comercio, de que empedado por un corredor el trato de una operacion mercantil entre dos comerciantes, le sea debido el corretage, aunque el contrato se haya perfeccionado sin su asistencia.

36. Aunque concurren varios corredores de una negociacion ó contrato á pretender el corretage, debe preferirse para el pago de este al que hubiere sido el primero en proponer la venta, ya por ser un premio debido á su vigilancia y solicitud, ya por evitar que los corredores se perjudiquen mutuamente en su ejercicio, y se arrebaten su respectivo lucro.

37. En el capítulo 16 de las Ordenanzas de Bilbao se trata de los corredores de navíos, cuyas obligaciones vienen á ser las mismas que las de los otros, con la diferencia que proviene de la diversa naturaleza de los negocios en que se ocupan.

38. Estos corredores han de servir de intérpretes á los capitanes y maestros extranjeros que ignoran nuestro idioma, y por lo mismo deben estar prácticos en las lenguas mas usuales para el comercio, como la francesa y la inglesa.

## TITULO XVI.

### DEL CONTRATO VERBAL Ó DE PALABRAS, Y EN PRIMER LUGAR DE LAS PROMESAS.

Tit. 11, P. 6.

1. Del contrato verbal segun el derecho romano y segun el nuestro.
2. Promision o promesa, en qué consiste.
3. Requisitos para que sea válida la promesa.
4. Las promesas pueden ser puras, á dia cierto, condicionales y mixtas.

- 5, 6 y 7. De varios casos que pueden ocurrir en el cumplimiento de las promesas.  
 8 y 9. Promesas que no valen.  
 10. Quiénes pueden, y quiénes no pueden prometer.  
 11. Lo que se necesita para que haya dos reos de

prometer, ó para que dos estén obligados *in solidum* ó al todo de lo que prometieron. Sobre la paga de lo prometido cuando hay dos reos de estipular. Pueden constituirse dos reos en otro contrato ó en testamento.

1. Fue muy famoso entre los romanos el contrato verbal, que llamaron *estipulación*, *stipulatio*, para el que se requerian al principio varias solemnidades escrupulosas, de que se hallan algunas en el derecho reformado por Justiniano; aunque este y su antecesor Leon cuidaron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes que ántes eran necesarias, lo hacian distinguir clarisimamente del nudo pacto; pero despues que las quitó el emperador Leon, fué difícil algunas veces conocer si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulación, aunque siempre han quedado muchas diferencias en cuanto á los efectos, y la principal es que la estipulación produce accion y no la producen los pactos. Entre nosotros hay una ley célebre (1) que constituye un modo de producir obligación y accion tan desnudo de solemnidades y distante de ser estipulación, que ni aun es nudo pacto, como que consiste solo en que conste la voluntad de quererse obligar, sin ser necesario para su valor que otro consienta, sin lo cual no puede haber pacto. La explican con extensión Acevedo y Cobarrúvías (2), probando que si uno manifiesta querer dar ú obligarse á dar á un ausente, vale desde luego la donacion ó pro-

(1) L. 2, tit. 16, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 1, lib. 10 de la N. V. en este tomo el tit. 9, n. 27, nota. — (2) Lib. 1, var., cap 14, n. 3.

mesa; pero que es revocable hasta que el otro la sepa y acepte, é irrevocable despues de la aceptación. Resulta, pues, que la citada ley constituye un modo anómalo ó extraordinario de producir obligación, con el que se destruyen muchos vestigios de las estipulaciones que se hallan en el tit. II, p. 5, que trata de las promisiones. Si hubiéramos de referir aquel modo á alguna clase de contratos, seria mas bien á la de los consensuales que á la de los verbales. Sin embargo, lo ponemos en el título de estos, porque el fin principal de la expresada ley creemos que fué el de que se despreciase toda la escrupulosidad y solemnidad de palabras. Por tanto, apénas se puede decir que tenemos contrato verbal que no se reduzca á la repetida ley, y así es en gran parte inútil el tit. II, p. 5. No obstante, si un individuo pregunta á otro que está presente si le promete dar ó hacer alguna cosa, y el preguntado responde afirmativamente, habrá un contrato verbal, llano y regular, que no está prohibido, sino que no es necesario, ni tampoco lo son las escrupulosidades que para él se requerian.

2. Al contrato verbal se le llama *promision* (1), y consiste en que uno pregunta á otro si le quiere dar ó hacer por él alguna cosa, y el otro responde otorgándolo, quedando por ello obligado á cumplirlo.

3. Para que valga este contrato es preciso que haya congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta, porque para que haya contrato es preciso que se convengan los que lo celebran. Así por ejemplo, no lo habria verbal, si preguntado Pedro si daba un buey, respondiese que daba un caballo. Lo mismo sucederia si á una pregunta pura se diese una respuesta condicional, ó al contrario, aunque fuese de una misma cosa. Seria inútil el contrato en estos dos casos por ser

(1) L. 1, tit. 11, P. 3.

total la incongruencia; pero cuando esta fuese parcial, solo seria inválido en la parte que tuviese incongruencia, y válido en lo demas, como si preguntado alguno si daba *cuarenta*, respondia que daba *diez*, ó al contrario, en cuyos casos valdria la promesa de *diez*, porque en esta cantidad convenian los dos, y no en los treinta restantes, porque en este exceso no estaban conformes. Así lo dispone una ley (1); pero creemos que está corregida por la recopilada que hemos citado ántes, segun la cual el promitente debe estar obligado á cuanto dijo. De este sentir es Antonio Gomez (2), discrepando solo en el caso de ser pura la pregunta y la respuesta condicional, ó al contrario, de cuya discrepancia no hallamos razon sólida.

4. Las promesas pueden ser *puras*, á *dia cierto*, *condicionales* y *mixtas*. Son *puras*, cuando no hay en ellas dia señalado ni condicion. *A dia cierto*, cuando se fija un dia determinado para su cumplimiento, ó tambien indeterminado, aunque cierto, como el dia de la muerte. *Condicionales*, cuando se les pone alguna condicion. *Mixtas*, cuando hay en ellas dia cierto y condicion. En las puras toca al juez señalar dia para su cumplimiento; y si se expresó el lugar en que este se habia de verificar, y el promitente no quisiere ir á él por malicia, habiendo tenido tiempo para hacerlo, puede el juez apremiarle á ir y satisfacer los daños y menoscabos que el otro haya sufrido (3). Las que son á dia cierto señalado, condicionales ó mixtas, tendrán su cumplimiento cuando llegue el dia y se cumpla la condicion (4). En las promesas condicionales ó á dia cierto, si cualquiera de los contrayentes muere ántes de cumplirse la condicion ó de que llegue el dia, pasan los efectos de la promesa á los herederos de la misma manera que estaban en el que murió (5).

(1) L. 26, tit. 11, P. 3. — (2) 2 var., cap. 9, n. 4. — (3) L. 13, tit. 11, P. 3. — (4) LL. 12 y 17, tit. 11, P. 3. — (5) L. 14, tit. 11, P. 3.

5. Si se promete dar alguna cosa el dia primero del mes, sin decir cuál ha de ser este, se debe entender el próximo á la promesa. Si esta fuere de dar cierta cosa cada año, no se podrá pedir hasta el fin del año respectivo. Pero si alguno prometiera darla en todos los de su vida, se le podria pedir al principio de cada uno lo perteneciente al mismo año (1). Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el tiempo, como el dia de la muerte, si le pagare ántes, no podria repetirlo el que lo dió, porque no podria dejar de llegar el dia en que se le pudiera exigir. Así lo dice una ley (2) hablando en términos de condicion; pero si se lee con cuidado, se advierte que cuando dice *so condicion*, habla impropriamente, atendiendo solo á la fórmula de las palabras, porque no puede haber condicion sin incertidumbre de que se verifique, la cual no hay en el caso propuesto. A más de que en la parte primera de la misma ley en que se habla de condicion propia, se dice lo contrario.

6. El que prometió condicionalmente, y paga lo prometido ántes de cumplirse la condicion, lo puede repetir, porque puede suceder que no llegue á deberse. Así lo dispone la ley en su primera parte que acabamos de citar.

7. El que promete, y se impone pena para el caso de no cumplir, está obligado á pagar lo prometido, ó á sufrir la pena, ó á uno y otro, si á ello se hubiere obligado. El que prometiere dar ó hacer una cosa, si no diere ó hiciera otra, por ejemplo dar cien pesos si no diere un vestido, no estará obligado mientras él viviere y la cosa exista, porque pudiendo dar esta, evadirá la obligacion de la promesa (3). Creemos que por identidad de razon esta doctrina se extiende generalmente á todas las promesas de no hacer tanto respecto del promitente como del estipulador, pues siempre deberá

(1) L. 13, tit. 11, P. 3. — (2) L. 32, tit. 14, P. 3. — (3) L. 13, tit. 11, P. 3.

esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion, para que esta puede decirse cumplida. Nunca jamas tiene lugar aquí la caucion llamada *Muciana*, que lo tiene en los legados (1).

8. No vale la promesa de las cosas que están fuera del comercio de los hombres, como son las que llamamos de derecho divino, y no valdria ni aun en el caso de que despues se hiciesen profanas (2). No vale tampoco la promesa de lo que no existe ni puede existir, ni la de cosa cierta que hubiese muerto ya, por ejemplo un caballo, y el que la prometió no queda obligado á dar cosa alguna en razon de ella (3). Pero si la matare sin causa justa, deberá pagar su importe (4). Vale la promesa de las cosas que aun no han nacido, como los frutos de tal año ó de tal campo, y el promitente estará obligado á cumplir, luego que la cosa nacida se hallare en estado de poderse dar. Si nada naciere de la cosa que señaló, no tendria obligacion de dar nada, á no ser que de malicia hubiese impedido el nacimiento, pues entónces debería pagar el importe de lo que debería nacer (5).

9. Ninguna promesa es válida, si el que la hace no obra de libre y espontánea voluntad. No valdrá, pues, cuando interviene dolo, fuerza, miedo grave, obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe ú otra de las cosas prohibidas, aunque se prometa con juramento y pena (6). Pero si el que promete hace voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo; ántes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ella tenia (7). Si alguno con palabras ó medios delosos hace que otro

(1) V. tit. 3 de este lib., n. 13. — (2) L. 22, tit. 11, P. 3. — (3) L. 21, tit. 11, P. 3. — (4) L. 19, tit. 11, P. 3. — (5) L. 20, tit. 11, P. 3. — (6) LL. 28 y 31, tit. 11, P. 3, 1, tit. 10 y 7, tit. 33, P. 7, 2, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 1, lib. 10 de la N. — (7) LL. 6, tit. 11, lib. 1 del F. R. y 28, tit. 11, P. 3.

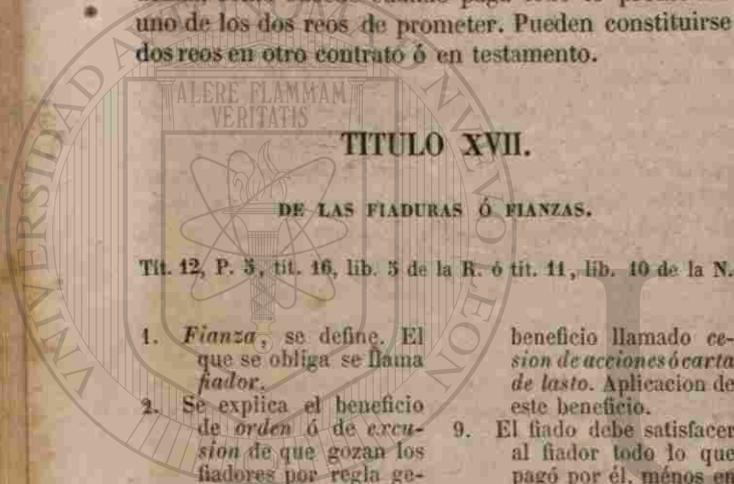
prometa y se obligue á pagarle mayor cantidad que la que debia, y despues le demandare en juicio, el demandado quedará libre de la deuda si justifica el dolo (1).

10. Pueden prometer todos aquellos á quienes no está prohibido. Lo está (2) al loco, al desmemoriado, al infante ó menor de siete años, al pupilo, que es el mayor de esta edad y menor de catorce años, si no es en cuanto le sea útil la promesa: lo mismo sucede con el mayor de catorce años y menor de veinte y cinco, si tuviere curador, y se quisiere obligar sin consentimiento de este; pero si no lo tuviere, aunque vale su promesa, queda sujeto á la restitution *in íntegrum*. Lo dicho acerca del pupilo es lo mismo respecto del pródigo. No puede prometer el padre á su hijo que está en la patria potestad, ni al padre el hijo que se halla en este caso, si no es en razon del peculio castrense ó cuasi-castrense. Exceptúanse las promesas de mejorar, segun lo que dijimos en el tit. 6 de este libro.

11. Para que haya dos reos de prometer, esto es, para que dos estén obligados *in solidum* ó al todo de lo que prometieron, es necesario que lo expresen así al tiempo de contraer la obligacion, por que si se obligaren simplemente por contrato ó de otra manera, se entienden obligados cada uno por la mitad (3). Acevedo (4) prueba que debe entenderse tanto de los fiadores como de los que se obligan con el carácter de principales, y que cuando se obligaren *in solidum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la excepcion ó beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion siendo solventes, y que no necesitan de tal beneficio cuando se hubieren obligado simplemente, porque la ley (5) ordena que solo estén obligados por

(1) L. 44, tit. 2, P. 3. — (2) LL. 4, 5 y 6, tit. 11, P. 3. — (3) L. 1, tit. 16, lib. 3 de la R. ó 10, tit. 1, lib. 10 de la N. — (4) Comentario de esta ley. — (5) La última citada.

mitad; y así bastará que lo digan por vía de defensa, con lo que deben aquietarse desde luego el acreedor y el juez. Cuando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo, se extingue la deuda, como sucede cuando paga todo lo prometido uno de los dos reos de prometer. Pueden constituirse dos reos en otro contrato ó en testamento.



### TITULO XVII.

#### DE LAS FIADURAS Ó FIANZAS.

Tit. 12, P. 3, tit. 16, lib. 3 de la R. ó tit. 11, lib. 10 de la N.

1. *Fianza*, se define. El que se obliga se llama *fiador*.
2. Se explica el beneficio de *orden* ó de *excusión* de que gozan los fiadores por regla general.
3. Las fianzas pueden ser *simples* ó de *pagador principal* ó *in solidum*, que se llama tambien *solidaria*.
4. De las renunciaciones que pueden hacer los fiadores de los beneficios que se expresan.
5. Modos con que pueden otorgarse las fianzas.
6. Pacto que puede hacer el fiador con el fiado.
7. Casos en que puede el fiador pagar la deuda con bienes del deudor.
8. Compete á los fiadores el beneficio llamado *cesion de acciones* ó *carta de lasto*. Aplicacion de este beneficio.
9. El fiado debe satisfacer al fiador todo lo que pagó por él, ménos en los casos que se expresan.
10. Del caso en que el fiador pague voluntariamente cuando ya tenia ó ántes de tener obligacion de hacerlo.
11. Obligaciones sobre que puede recaer la fianza.
12. Causas por que el fiador puede ser exonerado de la fianza.
13. Casos en que se acaba la fianza.
14. Quiénes pueden dar y recibir fianzas.
- 15, 16 y 17. Quiénes no pueden ser fiadores. Privi-

- legios concedidos á los individuos que labran la tierra por sí mismos ó por su familia y criados.
21. Cuando no se puede, y cuándo se puede pedir fianzas al obligado después de la celebracion de algun contrato.
- 18, 19 y 20. De las fianzas otorgadas por los menores.
22. De ciertas fianzas especiales.

1. La fianza es un *contrato por el cual se obligan uno ó mas individuos á pagar la deuda ó cumplir la obligacion de otro*. La ley de Partida dice así: *Fiaduras hacen los homes entre sí, porque las promisiones é los pleitos que facen, é las posturas sean mejor guardadas* (1). Esta definicion manifiesta ser la fianza una obligacion accesoria de otra principal. El que se obliga se llama *fiador*, porque presta su fe y seguridad á ruego y con anuencia del fiado.

2. Por regla general, el deudor debe ser reconvenido primero que sus fiadores, contra los cuales se procederá, si aquel no pudiere verificar el pago. Cuando por no estar el deudor en el pueblo, se demanda á los fiadores, podrán pedir plazo para presentarlo, y el juez debe concederles el que le parezca suficiente, y solo se procederá contra ellos si no presentaren al deudor dentro del término concedido. Este beneficio del fiador para no ser reconvenido ántes que el deudor, se llama de *orden*, y tambien de *excusión*, porque esta debe hacerse de los bienes del deudor, y verse por ella si los hay ó no, y si son ó no bastantes para satisfacer al acreedor. Adelante veremos cuando deja de tener lugar esta regla.

3. Las fianzas pueden ser *simples*, ó de *pagador principal*, ó *in solidum*, que se llama tambien *solidaria*. La fianza simple consiste en que el fiador se obliga á pagar en caso de que el deudor no tenga bienes

(1) Prol. del tit. 12, P. 3.

suficientes para cubrir su deuda, y si los fiadores son dos ó mas, pagarán entre sí á prorata. Tienen, pues, derecho á pedir la excusion de aquellos bienes. En la fianza de pagador principal el fiador puede ser reconvenido, sin que tenga accion á pedir que se haga previa excusion de los bienes del deudor principal; y si los fiadores son dos ó mas, será reconvenido cada uno por su parte (1). La fianza *in solidum* ó solidaria es cuando cada uno de los fiadores se obliga por el todo de la deuda. En tal caso puede el acreedor proceder contra cualquiera de ellos, para que le pague por entero (2). En cualesquiera fianzas los fiadores presentes están obligados á pagar la cuota de los ausentes, y los ricos la de los pobres (3).

4. Los fiadores pueden obligarse renunciando los beneficios que las leyes citadas les dispensan, pues como quiera que conste que un individuo ha querido obligarse, debe cumplir aquello á que se obligó (4). Los que renuncian el beneficio de orden ó de excusion se constituyen en la clase de pagadores principales, aunque la fianza suene como simple, y así tendrán que pagar entre sí á prorata, sin derecho á que se haga previa excusion en los bienes del deudor. Si ademas renunciaren el beneficio de division que es el de no ser reconvenido cada uno mas que por su parte, se podrá reconvenir á cualquiera por el todo de la deuda como si la obligacion fuese solidaria. Toda otra renuncia de leyes romanas es inútil (5).

(1) LL. 8 al principio y 10, tit. 12, P. 3. L. 1, tit. 16, lib. 3 de la R. ó 10, tit. 1, lib. 10 de la N.

(2) La ley de la R. últimamente citada. Esta ley se halla en oposicion con la Auténtica *Hoc ita Cod. De duob. reis stipul.* cuya renuncia ponen los escribanos en las escrituras de fianza por mera costumbre (Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 4).

(3) L. 10, tit. 12, P. 3. — (4) L. 2, tit. 16, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 1, lib. 10 de la N. — (5) Febr. de Tab., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 3, nota.

5. Las fianzas pueden otorgarse entre presentes ó ausentes, de palabra ó por escrito, y como les parezca ménos gravoso y mas cómodo á los fiadores, por toda la deuda ó parte de ella, puramente, á dia cierto ó con condicion, ántes que se obligue el deudor principal, ó despues ó al mismo tiempo, porque de todos modos lo permite el derecho (1). Sin embargo, esta generalidad se limita por leyes particulares segun las cuales el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal, y de lo contrario no valdrá la fianza en el exceso, que puede ser de cuatro maneras: 1<sup>a</sup> Cuando se obliga á pagar mas cantidad que la que debe el principal. 2<sup>a</sup> Cuando se obliga el deudor á satisfacerla en lugar determinado, y el fiador en otro que le es mas gravoso é incómodo; pero si le fuere mas cómodo, valdrá la fianza. 3<sup>a</sup> Cuando el deudor se obliga á pagar á tiempo cierto, y el fiador á tiempo mas corto. 4<sup>a</sup> Cuando el principal se obliga con alguna condicion, y el fiador sin ella ó puramente. En todos estos casos la nulidad versa sobre la parte gravosa de la fianza y no mas (2).

6. El fiador puede pactar con el fiado que le dé algun interes ó le preste otro servicio en pago del riesgo á que se expone por la fianza, pues por mas abonado que sea el segundo, siempre el que fia impone cierta sujecion á sus bienes, y la ley no se opone á los pactos arreglados.

7. Puede asimismo el fiador pagar la deuda con bienes del deudor cuando los tenga en su poder, ó cuando aquel se halle insolvente, y tema ser encarcelado si el deudor no paga, sin que por esto incurra en pena, ni cometa hurto ni violencia, porque no interviene dolo ni fraude de su parte (3).

8. A los fiadores compete el beneficio llamado *ce-*

(1) L. 6, tit. 12, P. 3. — (2) L. 7, tit. 12, P. 3. — (3) Febr. reformado, citado en el de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 3, nota.

*sion de acciones*, por el cual pagando uno de los fiadores toda la deuda al acreedor, puede pedir que le ceda sus acciones contra sus compañeros, para que cada uno le satisfaga la porcion que le corresponda (1). Este beneficio se llama tambien *carta de lasto*, y para su aplicacion deben distinguirse tres casos: 1º Cuando el fiador paga simplemente, esto es, sin expresar por quien lo hace: 2º Cuando paga por el deudor principal. 3º Cuando paga por sí como fiador. En el primero es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor; y si entónces no lo hace, no puede pedirselo despues, porque se entiende haber pagado por el deudor principal y no por sus fiadores, y asi solo podrá reconvenir al primero. En el segundo caso tampoco puede pedir lasto contra sus confiadores, pues no paga por ellos sino por el deudor principal. En el tercero puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar toda la deuda al principal ó á prorata á los demas fiadores de la misma cantidad, segun él quiera; y si alguno no pudiere pagarle entónces, debe otorgar obligacion de hacerlo cuando pueda. Si dirige su accion contra los fiadores, le queda la de repetir contra el deudor por la parte que á él le haya tocado pagar; y de esta accion puede usar cuando quiera; y en todo tiempo puede compeler al acreedor á que le dé lasto, y aun sin este puede pedir toda la deuda al obligado principal (2).

9. Este debe satisfacer á su fiador todo lo que pagó por él menos en los casos siguientes: 1º Si el fiador paga con intencion de no cobrar al fiado: 2º Si le fió por su propia utilidad: 3º Si le fió contra la voluntad del deudor (3), ó por mandato de un tercero ignorándolo aquel, en cuyo caso podrá demandar al mandante. Pero si al hacerse la fianza estuvo presente el deudor

(1) L. 11, tit. 12, P. 3. — (2) L. 11, tit. 12, P. 3. — (3) Id., id., id.

y no lo contradijo, ó se hizo en su nombre no estando presente y le fué favorable, está en el arbitrio del fiador demandar al fiado ó al mandante (1): 4º Cuando reconvenido el fiador sabe que el deudor principal tiene alguna excepcion ó defensa con que se pondria fin á la demanda, y por no oponerla, se le condena y paga: 5º Cuando el fiador tenia excepcion que podia aprovechar tambien al deudor; como si el acreedor hubiese prometido á este ó al primero no demandar nunca la deuda ó se hubiese hecho otro pacto semejante, por el que no tuviese efecto la demanda. Pero esto no tiene lugar cuando la excepcion aprovechase solo al fiador, y no al deudor (2).

10. Si el fiador paga voluntariamente ó sin ningun apremio la deuda que tenia obligacion de pagar, podrá cobrar al deudor, como si hubiese pagado por mandato del juez; pero si lo hiciere antes del plazo convenido, no podrá demandar al deudor hasta que el plazo se cumpla (3).

11. La fianza puede otorgarse por la obligacion actual, pasada ó futura, ya provenga de contrato, ya de delito, ahora esté vivo ó muerto el deudor, con su noticia ó sin ella, y sobre todas las cosas ó contratos en que pueden obligarse los hombres. Dos son las especies de obligaciones sobre que puede recaer la fianza. La primera es cuando al que la hace se le puede apremiar por su cumplimiento, y se llama *obligacion civil y natural*, á causa de tener fuerza por la ley y la naturaleza. La segunda es la llamada *natural*, porque quien la hace solo está obligado naturalmente á cumplirla, y no puede ser apremiado á ello en juicio. Asi aunque el esclavo no puede ser apremiado á cumplir lo que prome-

(1) L. 1, tit. 12, P. 3. — (2) L. 12, tit. 12, P. 3. Sobre la contradiccion que parece haber entre esta última disposicion de la ley y la primera, véase á Gregorio Lopez en su glosa y á otros intérpretes. — (3) L. 16, tit. 12, P. 3.

tió, está obligado á ello *naturalmente*; y si alguno fué su fiador, puede ser apremiado al pago de aquello sobre que se dió la fianza (1). Sin embargo, el fiador de un hijo de familias que está bajo la patria potestad no puede ser reconvenido por deuda que aquel contrajo sin licencia de su padre (2). Y si alguno sale por fiador de un menor de veinte y cinco años á quién se engaña sobre aquello á que se refiere la fianza, no quedan obligados el menor ni su fiador en lo que importe el engaño; pero si no lo hubo, aunque el menor puede invalidar el pacto ó contrato sobre que recayó la fianza, el fiador queda obligado, y puede apremiarse al cumplimiento de su promesa, y aun si paga alguna cosa, no podrá demandarla al menor (3). Puede también darse fianza por una herencia yacente ó vacante, la cual se considera en derecho como una persona; por los pupilos, los locos, y los pródigos privados de la administracion de sus bienes, en aquellas cosas por las que semejantes personas pueden quedar obligadas eficazmente sin ningun hecho de su parte; pero si se obligan contrayendo directamente á pesar de su incapacidad legal, serán nulas las fianzas que den por no poder haberlas sin una obligacion principal. Puede darse en fin por otro fiador y por hechos personales que solo el deudor puede prestar, en cuyo caso la obligacion del fiador se reduce á la satisfaccion de daños é intereses causados por no haber cumplido el deudor. Por último, la fianza ha de recaer sobre obligacion que sea conforme á la buena moral y no reprobada por las leyes.

12. Aunque generalmente hablando, el fiador no

(1) L. 5, tit. 12, P. 5. — (2) LL. 4 y 6, tit. 1, P. 5 y 21, tit. 11, lib. 5 de la R. ó 17, tit. 1, lib. 10 de la N. V. á Greg. Lop. en las leyes de Part. cit.; á Mat. en la de R. cit., glos. 3, 4, 5 y 6, á Gom., lib. 2, var., cap. 6, n. 2 y 3, Febr. de Tap., lib. 2 tit. 4, cap. 17, n. 11, nota. — (3) L. 4, tit. 12, P. 3.

puede pretender que el deudor le exonere de la fianza ántes que pague algo de la deuda, podrá intentarlo, y aquella se disolverá por las causas siguientes: 1ª Cuando se le condena judicialmente á pagar el todo ó parte de la deuda, pues ántes de hacer el pago puede pedir al deudor la exoneracion de la fianza. 2ª Si ha estado en ella mucho tiempo, lo cual ha de regular el juez á su arbitrio. 3ª Si el fiador creyendo que se ha cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar por no incurrir, ni que el deudor incurra en pena, y el acreedor rehusa el recibo de su crédito; ó si por no hallarse este en el lugar, deposita su importe con la formalidad correspondiente en parte ó persona segura. 4ª Si cuando hizo la fianza prefirió término al deudor con anuencia del acreedor, para que le exonarase de ella, y se ha cumplido ya el término. 5ª Si el deudor principal empieza á disipar sus bienes (1). 6ª Si ha llegado á prescribir la accion principal. 7ª Si ha intervenido pacto entre el deudor y el acreedor de no pedir este su deuda. 8ª Si queda el fiador en lugar del deudor, en cuyo caso resultará obligado aquel por la accion principal, y se extinguirá la fianza, pues nadie puede ser fiador de sí mismo. 9ª Cuando siendo la fianza reducida á pagar lo que el acreedor no pueda cobrar del deudor, hay morosidad en aquel para reconvenir á este, y de ella resulta que no se le puede hacer la cobranza; en cuyo caso queda libre el fiador; mayormente si requirió al acreedor para que reconviniere al deudor, y no lo hizo. 10ª Cuando la fianza es simple, sin renuncia del beneficio de la excusion, y el fiador instó al acreedor para que reconviniere al deudor principal y no lo hizo, y no de otra manera (2).

13. La fianza se acaba: 1º Cuando cesa la obliga-

(1) Todas las causas referidas son sacadas de la ley 14, tit. 12, P. 5. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 23 y nota.

ción del deudor principal ya sea porque la cumpla, ya porque se compense su deuda, ya porque se la remita el acreedor, ó ya por una novación (1). Pero si la cosa debida por el sugeto fiado perece por culpa del fiador, ó despues da haberse constituido este en mora, su obligación no se extingue por la extinción de la principal, sino que permanece obligado, no solo por la deuda sino por los perjuicios que se hubieren seguido al acreedor. 2º Cuando el deudor principal llegare á ser heredero de su acreedor, ó al contrario, ó un tercero lo fuese de ambos, pues entónces la deuda se extinguiría por confundirse las calidades de acreedor y deudor reuniéndose en una misma persona. 3º Cuando el acreedor recibe voluntariamente del deudor alguna heredad en pago de alguna cantidad de dinero por la que habia recibido fiador, aun quando el acreedor se despojare en juicio de la posesión de dicha heredad. 4º Cuando el acreedor deja prescribir su derecho contra el deudor, y este se hace despues insolvente.

14. Pueden dar y recibir fianzas todos los que son capaces de otorgar promesas obligatorias (2).

15. No pueden ser fiadores los obispos religiosos, los clérigos regulares ni sus prelados, ni los caballeros y soldados que están en el servicio, y señaladamente no pueden estos últimos, á saber, los caballeros y soldados, ser fiadores de los recaudadores de rentas fiscales. Tampoco pueden ser fiadores los siervos sino en la parte que su señor les tenga cedida en pleno uso y dominio. Los clérigos de orden sacro no deben fiar

(1) La novación de un contrato es la translacion ó conversión de la primera deuda ó obligación en otra distinta. Puede subsistir el mismo deudor ó entrar otro en su lugar, en cuyo caso se llama delegación. Uno de los efectos de la novación es la extinción de las obligaciones gravosas accesorias de la principal como la prenda y la fianza. (Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 24 y nota.)

(2) L. 1, tit. 42, P. 3.

sino á otros clérigos, á iglesias ó personas miserables y desvalidas, aunque si fiaren á otras personas valdrá la fianza en cuanto importaren sus bienes patrimoniales, y no mas; y sus prelados podrán imponerles pena por haberse constituido fiadores (1).

16. No pueden serlo tampoco los labradores sino entre sí mismos unos por otros, y las fianzas que hicieren por otros son nulas. Asi lo previene una ley (2), añadiendo que lo contenido en ella y en otra que cita (3) á favor de los labradores no se pueda renunciar, ni valga tal renunciación aunque se haga. Los principales privilegios concedidos en las leyes citadas á los individuos que labraren la tierra por sí mismos ó por su familia y criados, son los siguientes: I. No pueden ser ejecutados por lo que debieren de cualquiera manera, en sus bueyes, mulas, ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos que tuvieren para labrar, ni en sus sembrados ni barbechos en ningun tiempo del año, ni en el pan que cogieren de sus labores, aun despues de segado, puesto en rastrojos ó en las eras, hasta que lo tengan entrojado, y entónces cuando por alguna ejecución se les hubiere de vender alguna parte, no se puede hacer á precio menor que el de la tasa (4); y no habiendo comprador, se debe hacer pago con ello al acreedor. Creemos que la palabra *pan* de que usa la ley debe entenderse de todos los frutos cereales, por referirse á la palabra *sembrados*, y ser una misma la razon en todos. Las propias leyes exceptúan tres casos, que son las deudas por pechos y derechos al fisco; por las rentas de las tierras del señor de la heredad, y por lo que el tal señor les hubiere prestado para la

(1) L. 43, tit. 6, P. 1. L. 2, tit. 42, P. 3. — (2) L. 28, tit. 21, lib. 4 de la R. ó 16, tit. 31, lib. 11 de la N. y notas 3 y 4. — (3) Es la 25, tit. 21, lib. 4 de la R. ó 13, tit. 31, lib. 11 de la N.

(4) Las tasas están abolidas. V. el decreto de las cortes de España de que hablamos en el tit. 10 de este lib., n. 19.

labor. Estas excepciones se entienden cuando los labradores no tuvieren otros bienes de que pueden ser pagadas las deudas referidas, y aun en tal caso deben excluirse de la ejecucion un par de bueyes ú otras bestias de arar. II privilegio: No pueden ser presos por deuda que no proceda de delito (1). Si el juez ó el ejecutor contraviniere á estos dos privilegios, deben ser castigados, el primero con la suspension de oficio por un año. El acreedor que lo pidiere, pierde por el mismo caso la deuda, de la cual queda libre el labrador. III. No pueden renunciar su fuero ni someterse á otro por ninguna deuda. IV. No pueden obligarse como principales, ni como fiadores de los señores de los lugares en cuya jurisdiccion vivieren. Y las escrituras que otorgaren contra este y sus demas privilegios sean nulas, sin embargo de cualesquiera renunciaciones que de ello hicieren; ni los escribanos consientan que ante ellos se otorguen, so pena de perder sus oficios. V. No se les pueden tomar ningunos carros, carretas ni bestias, si no es para el servicio nacional ó necesidad pública, y entonces pagándoles primero el alquiler que calificare la justicia, según el tiempo en que se les tomaren. Otros privilegios de ménos uso sobre panadear y no asistir á guardas, ni otra gente de guerra con trigo, cebada, ni otro mantenimiento, se pueden ver en las leyes citadas.

17. No pueden ser fiadoras las mugeres; mas su fianza será válida en los casos siguientes: 1º Por la libertad, como si alguno quisiese darla á su esclavo por dinero, y este diese por fiadora del pago á una muger. 2º Por razon de dote, como si alguna muger fuese fiadora de un hombre por la dote que este recibiera de la muger con quien casase. 3º Cuando sabedora y segura la muger de que no podia ni debia ser fiadora; lo fuere

(1) Este privilegio ha dejado de serlo porque ya es una disposicion general. V. el lib. 3, tit. 45.

renunciando por su voluntad y desamparando el derecho que la ley le concede. 4º Si alguna muger se constituyere fiadora y dura en la fianza por dos años, y despues de cumplidos la renueva, ó entrega prenda al acreedor para seguridad de la deuda. 5º Si recibiere precio por la fianza (1). 6º Si la muger se viste de varon ó hace creer de otra manera que lo es para que se le reciba por fiadora. La razon que da la ley es que el derecho concedido á las mugeres no se les ha concedido para engañar, sino por la simplicidad y flaqueza que naturalmente tienen. 7º Cuando hiciere la fianza por su hecho propio ó utilidad, como si fuese fiadora de quien la hubiese fiado á ella. Pero debe advertirse que las mugeres no pueden ser fiadoras de sus maridos, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ellas. Así lo previene una ley (2), añadiendo que cuando marido y muger se obligaren de mancomun en un contrato ó en diversos, la muger no quede obligada á ninguna cosa, si no es que se probase haberse convertido la deuda en su provecho, pues entonces quedará obligada á prorata del provecho que le resultó. Pero si este fué en las cosas que el marido debía darle, como vestido, alimento y lo demas necesario, no quedará obligada por ello. Todo lo dicho se entiende, si no fuere la referida fianza y obligacion de mancomun por dinero de las rentas fiscales ó pechos ó derechos de ellas (3).

18. La emancipacion de un menor no le habilita para obligarse como fiador, y aun al que ejerce un cargo en virtud de dispensa de edad puede restituirsele

(1) Sobre el modo de probar el recibo del precio, y sobre si basta cualquier precio, véase á Greg. Lop. glos. 9 de la l. 3, tit. 12, p. 3.

(2) L. 9, tit. 3, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 41, lib. 10 de la N. —

(3) L. ult. cit. V. Ant. Gom. 2, var., cap. 43, nn. 16 y 17, y en la l. 61 de Toro que es la misma de la R. ult. cit.

contra una fianza que hubiese hecho, si no es relativa al desempeño de su encargo.

19. Un menor mercader no puede ser fiador de otro mercader, porque solo por los negocios de su propio comercio puede contraer sin esperanza de restitucion.

20. El único caso en que es válida la fianza de un menor es el de darla por sacar á su padre de prision, pues entonces cumple con un deber que prescribe la misma naturaleza; pero esto se entiende si el padre no puede obtener su libertad por medio de la cesion, ó no ocasionándose un perjuicio demasiado considerable en los bienes del hijo (1).

21. Si al tiempo de celebrarse algun contrato, no se piden fianzas al obligado á su cumplimiento, no se le pueden pedir despues, sino en los casos de hacerse dissipador de sus bienes ó mudar de domicilio. Febrero (2) dice que el marido no está obligado á darlas por la dote de su muger, aunque se las pidan al tiempo de celebrar el contrato, y aunque haya costumbre contraria en el pueblo. La razon que da es, porque si le dan muger sin fianza, mejor le deben dar igualmente la dote, cuya razon, dice Tapin, ciertamente no satisface. Pero el mismo Febrero añade que hay casos en que deberá darlas, y son: 1º Cuando recibiendo la dote ántes de casarse le pidieren fianzas ó él las prestare espontáneamente, de que la restituirá, si el matrimonio no se verifica. 2º Cuando por quiebra ú otro incidente queda reducido á suma pobreza. 3º Cuando disuelto el matrimonio tiene obligacion de devolver la dote. 4º Cuando su padre ó hermano concurren con él á su otorgamiento en calidad de fiadores. 5º Cuando se obliga con juramento á dar las fianzas.

22. Hay ciertas fianzas especiales que tienen lugar en

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 31. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 32.

casos determinados, y regularmente se prestan por mandamiento del juez ó de la ley; pero de estas trataremos en el lib. 3 tit. 13.

## TITULO XVIII.

## DE LOS PEÑOS Ó PRENDAS.

Tit. 13, P. 5. Tit. 17, lib. 3 de la R. Tit. 31, lib. 14 de la N.

1. *Peño*, qué es. Cuándo se llama *prenda* la cosa empeñada, y cuándo *hipoteca*.
2. Division de este contrato en *universal y particular*, *voluntario ó convencional*, y *necesario ó judicial*, *expreso y tácito*.
3. *Del universal y particular*.
4. *Hipoteca especial y general* se puede interponer en cualquier contrato y obligacion al tiempo de celebrarse ó despues de celebrada. Bienes que se comprenden en la hipoteca general.
5. *Del contrato de prenda voluntario ó convencional*, y *del necesario ó judicial*.
6. *Del expreso y del tácito*. Hipotecas que pertenecen al segundo.
7. Personas que pueden empeñar las cosas.
8. Cosas que pueden ser empeñadas.
9. Cosas que no pueden serlo.
10. Modos de hacerse el empeño ó hipoteca.
11. Cuándo tiene accion á demandar la cosa el que la recibió á peños.
12. Derechos del acreedor en la cosa empeñada cuando el peño es especial.
13. Casos y modo en que el acreedor puede vender la cosa empeñada.
14. El acreedor puede empeñar la cosa que recibió á peños.
15. El acreedor no puede comprar la alhaja empeñada, sino en los casos que se expresan.
16. Pactos prohibidos en este contrato.
17. Acciones que nacen de este contrato, la *hipotecaria* y la *pignoratícia*.
18. PREFERENCIA DE LOS ACREEDORES ENTRE SI. La tiene sobre todas el que tuviere derecho de dominio. Division de los acree-

contra una fianza que hubiese hecho, si no es relativa al desempeño de su encargo.

19. Un menor mercader no puede ser fiador de otro mercader, porque solo por los negocios de su propio comercio puede contraer sin esperanza de restitucion.

20. El único caso en que es válida la fianza de un menor es el de darla por sacar á su padre de prision, pues entonces cumple con un deber que prescribe la misma naturaleza; pero esto se entiende si el padre no puede obtener su libertad por medio de la cesion, ó no ocasionándose un perjuicio demasiado considerable en los bienes del hijo (1).

21. Si al tiempo de celebrarse algun contrato, no se piden fianzas al obligado á su cumplimiento, no se le pueden pedir despues, sino en los casos de hacerse dissipador de sus bienes ó mudar de domicilio. Febrero (2) dice que el marido no está obligado á darlas por la dote de su muger, aunque se las pidan al tiempo de celebrar el contrato, y aunque haya costumbre contraria en el pueblo. La razon que da es, porque si le dan muger sin fianza, mejor le deben dar igualmente la dote, cuya razon, dice Tapin, ciertamente no satisface. Pero el mismo Febrero añade que hay casos en que deberá darlas, y son: 1º Cuando recibiendo la dote ántes de casarse le pidieren fianzas ó él las prestare espontáneamente, de que la restituirá, si el matrimonio no se verifica. 2º Cuando por quiebra ú otro incidente queda reducido á suma pobreza. 3º Cuando disuelto el matrimonio tiene obligacion de devolver la dote. 4º Cuando su padre ó hermano concurren con él á su otorgamiento en calidad de fiadores. 5º Cuando se obliga con juramento á dar las fianzas.

22. Hay ciertas fianzas especiales que tienen lugar en

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 31. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 32.

casos determinados, y regularmente se prestan por mandamiento del juez ó de la ley; pero de estas trataremos en el lib. 3 tit. 13.

## TITULO XVIII.

## DE LOS PEÑOS Ó PRENDAS.

Tit. 13, P. 5. Tit. 17, lib. 3 de la R. Tit. 31, lib. 14 de la N.

1. *Peño*, qué es. Cuándo se llama *prenda* la cosa empeñada, y cuándo *hipoteca*.
2. Division de este contrato en *universal y particular*, *voluntario ó convencional*, y *necesario ó judicial*, *expreso y tácito*.
3. *Del universal y particular*.
4. Hipoteca especial y general se puede interponer en cualquier contrato y obligacion al tiempo de celebrarse ó despues de celebrada. Bienes que se comprenden en la hipoteca general.
5. Del contrato de *prenda voluntario ó convencional*, y del *necesario ó judicial*.
6. Del *expreso* y del *tácito*. Hipotecas que pertenecen al segundo.
7. Personas que pueden empeñar las cosas.
8. Cosas que pueden ser empeñadas.
9. Cosas que no pueden serlo.
10. Modos de hacerse el empeño ó hipoteca.
11. Cuándo tiene accion á demandar la cosa él que la recibió á peños.
12. Derechos del acreedor en la cosa empeñada cuando el peño es especial.
13. Casos y modo en que el acreedor puede vender la cosa empeñada.
14. El acreedor puede empeñar la cosa que recibió á peños.
15. El acreedor no puede comprar la alhaja empeñada, sino en los casos que se expresan.
16. Pactos prohibidos en este contrato.
17. Acciones que nacen de este contrato, la *hipotecaria* y la *pignoratícia*.
18. PREFERENCIA DE LOS ACREEDORES ENTRE SI. La tiene sobre todas el que tuviere derecho de dominio. Division de los acree-

- dores en cinco clases.
19. Quiénes pertenecen á la primera clase.
20. Quiénes pertenecen á la segunda.
- 21, 22, 23 y 24. Preferencia del fisco en los casos que se expresan.
- 25 y 26. Preferencia de la dote.
27. Preferencia que tienen
- unás respecto de otras las cinco clases indicadas.
- 28, 29, 30, 31, 32 y 33. Preferencia de los acreedores cuando concurren dos ó mas de una misma clase.
34. Modos de acabarse la obligacion de peños.

1. *Peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña á otro apoderándole de ella, é mayormente cuando es mueble* (1). Cuando la cosa empeñada se entrega al acreedor, lo cual sucede por lo comun siendo mueble, se llama *prenda*: cuando queda en poder del deudor, como se practica con los bienes raíces, se llama *hipoteca*.

2. El contrato de prenda ó hipoteca se divide en *universal y particular, voluntario ó convencional, y necesario ó judicial, expreso y tácito*.

3. *Universal* es aquel en que se gravan los bienes que tiene el deudor al tiempo del contrato y los que adquiere despues, sin que por la obligacion á que quedan afectos se impida su enagenacion. *Particular* es aquel en que se ligan expresa y determinadamente algunos, los cuales siempre están sujetos á la responsabilidad de la obligacion contraida, aunque pasen á *tercer poseedor*, hasta que esta se extingue. Si se empeña ó hipoteca el título ó escritura de propiedad de la cosa, queda esta empeñada, aunque no se diga expresamente (2).

4. En cualquier contrato y obligacion, sea pura, condicional ó mixta, puede interponerse hipoteca especial y general, así al tiempo de celebrarse, como despues de celebrada. En la última se comprende toda

(1) L. 1, tit. 13, P. 3. — (2) LL. 3 y 14, tit. 13, P. 3.

clase de bienes habidos y por haber, y sus frutos (1), aunque con algunas excepciones que la ley establece, y son: los criados y el siervo ó sierva destinados á la servidumbre del que prestó la hipoteca, su lecho, ropa y la de su muger, las cosas de su cocina, su caballo, armas y demas alhajas que necesita para su uso diario (2), á no ser que la deuda corresponda al fisco, y así por lo mismo no deben ser embargados, ejecutados ni vendidos. Tampoco se comprende en la obligacion general la hipoteca que el deudor enagenó con expreso consentimiento de su acreedor, aunque vuelva luego al dominio ó poder del mismo deudor, porque la accion que se extingue no revive; lo que una vez se hace enagenable, siempre lo queda; y supuesto que renunció de ella, no debe volver á quedarle sujeta ni obligada, si no es por nuevo contrato (3).

5. *Voluntario ó convencional* es el que se hace por palabras y convenio de las partes. Puede hacerse tambien por testamento, como si un individuo legase á otro cien pesos anuales, hipotecando para el pago los bienes raíces que dejase á su heredero. *Judicial* es el que se hace por la via ejecutiva regular.

6. *Expreso* es el que se manifiesta por las palabras de los contrayentes. *Tácito* el que se constituye por la ley, bien sea apoyando la voluntad presunta de las partes, en cuyo caso le llaman algunos *convencional*, ó bien sin atender á voluntad alguna, y entónces se le llama puramente *legal*. A la primera de estas dos especies del contrato tácito pertenece la hipoteca que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella para asegurar la cobranza del arrendamiento, y los menoscabos que le hubiere ocasionado

(1) L. 16, tit. 13, P. 3. Cur. Filip., *Com. terr.*, lib. 2, cap. 3, n. 4, y 6 al. 13. — (2) L. 3, tit. 13, P. 3. — (3) Matienz. en la ley 7, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 4, n. 37. Carlev., tit. 3, disp. 22, n. 8. Cur. Filip., *Com. terr.*, n. 5.

en la misma casa el arrendatario. A la propia especie pertenece la hipoteca que tiene el dueño de un campo arrendado en los frutos que produjo (1); la que tiene el legatario en los bienes del testador (2), y la que compete al que prestó dinero para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para hacer ó reparar alguna casa ú otro edificio, sobre la nave ó edificio en que se empleó el dinero (3). A la segunda especie pertenecen las siguientes hipotecas: 1.<sup>a</sup> La que tiene el fisco por la alcabala y demas derechos en las cosas que se venden, cambian ó permutan; y por los tributos reales, personales, ordinarios y extraordinarios en los bienes del que los debe y en los de aquellos que los cobran ó hacen arrendamiento ú otro convenio para recogerlos (4). 2.<sup>a</sup> La del pupilo en la cosa suya que otro compró, hasta que este haya pagado todo el precio (5). 3.<sup>a</sup> La que tienen los menores en los bienes de sus guardadores desde el día que empezaron á usar su oficio hasta que hayan dado las cuentas (6). 4.<sup>a</sup> La que tiene el marido para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió, en los bienes del que le hizo la promesa, ya fuese su muger ó ya otra persona (7). 5.<sup>a</sup> La que tiene la muger en los bienes de su marido por razon de la dote ó bienes parafernales que recibió (8). 6.<sup>a</sup> La de los hijos en los bienes de su madre que casa por segunda vez, en razon de las donaciones que le hizo su primer marido, padre de ellos, á cuyo favor están reservadas (9). 7.<sup>a</sup> La de los hijos en los bienes de su madre viuda, que despues de haber sido su guardadora, contrae matrimonio. Esta hipoteca se extiende á los bienes del nuevo marido.

(1) L. 23, tit. 24, lib. 4 de la R., ó 13, tit. 31, lib. 11 de la N. V., el tit. 3 de este lib. n. 31. — (2) L. 26, tit. 13, P. 3. — (3) L. 26, tit. 13, P. 3. — (4) L. 23, tit. 13, P. 3. L. 8, tit. 18, lib. 9 de la R., ó 9, tit. 9, lib. 1 de la N. — (5) L. 23, tit. 13, P. 3. — (6) L. 23, tit. 13, P. 3. — (7) La misma, l. 23. — (8) L. 17, tit. 11, P. 4. — (9) L. 26, tit. 13, P. 3.

hasta que los hijos tengan guardador, y les den cuenta y recado de lo suyo, como dice la ley (1). 8.<sup>a</sup> La de los hijos por razon de sus bienes maternos en los de su padre, fructuario de ellos que los administra; y si los bienes de este no fueren bastantes, pueden los hijos demandar los suyos enagenados por el padre á cualquiera que los tuviere: pero esto último se entiende cuando los hijos no quisieren heredar ni tener parte en los bienes del padre (2).

7. Los que pueden enagenar las cosas, porque son dueños de ellas, pueden empeñarlas, y aun aquellos que tienen algun derecho en las cosas, aunque no tuviesen el señorío de ellas. Si alguno, esperando el señorío de cierta cosa, la empeñase ántes de tenerlo, y en efecto lo tuviese despues de haberla empeñado, valdria esto como si lo hubiera hecho despues de ser ya dueño (3). Gregorio Lopez (4) dice, hablando de este caso, que el que empeña quedaria desde luego obligado; pero no lo quedaria la cosa hasta que la adquiriese el que la empeñó. Esta opinion tiene en su apoyo una ley (5), en que se previene que para que el acreedor pueda usar de su derecho de peños, ha de probar que le empeñaron la cosa, y que quien lo hizo era dueño de ella; con cuya prueba se le debe entregar la cosa empeñada que demanda. Es verdad que el mismo Lopez (6) dice que el requisito del dominio solo es necesario cuando el acreedor quiere intentar la accion hipotecaria contra un tercer poseedor, y en efecto, de él habla la ley; mas para intentarla contra el mismo que empeñó la cosa, le basta probar que este la poseía con buena fe al tiempo en que la empeñó. El personero ó mayordomo empeñando alguna cosa de aquella persona de quien es personero ó mayor-

(1) La misma, l. 26. — (2) L. 24, tit. 13, P. 3. — (3) L. 7, tit. 13, P. 3. — (4) Glos. 2 de la misma ley. — (5) L. 18, tit. 13, P. 3. — (6) Glos. 1 de la misma ley.

domo, sin su mandato ni conocimiento, si el dinero que recibió por el empeño se invierte en utilidad del señor, y la cosa empeñada pasó á poder del que la recibió á peños, bien la puede retener hasta que cobre el dinero que dió sobre ella; pero si no pasó á su poder, aunque puede demandar su dinero al señor de la cosa, si se invirtió en utilidad de este, no puede exigir que le dé la cosa empeñada (1). El que tiene en guarda los bienes de algun huérfano, si fuere necesario empeñar alguna cosa de ellos en utilidad de este, puede hacerlo en las cosas muebles, pero no puede empeñar las raíces sin licencia judicial (2). Si el curador empeñase alguna cosa de las suyas para pagar deuda del huérfano ó por alguna otra cosa, valdrá el empeño contra el curador, aunque el huérfano no fuese obligado á pagar la deuda, porque no se hubiese invertido en utilidad suya (3).

8. Pueden ser dadas á peños las cosas corporales ó incorporales que están en el comercio de los hombres, y aun las que están por nacer, como los partos de los ganados y los frutos de los campos ó árboles. Los frutos y provechos de las cosas empeñadas pertenecen al dueño de estas, y así el que tiene aquellas cosas á peños, debe descontar de lo que se le debe el importe que percibiere de aquellos frutos y provechos (4), porque las cosas no se dan á peños para que las disfrute el que las recibe, sino para que le sirvan de seguridad por lo que se le debe (5). Nuestros autores admiten la doctrina (6) de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio puede percibir y retener, sin impulsar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes que se le hubieren dado á peños en seguridad de la dote que habian de darle (7).

(1) L. 8, tit. 13, P. 3. — (2) La misma ley. — (3) La misma ley. — (4) L. 2, tit. 13, P. 3. — (5) L. 1, tit. 13, P. 3. — (6) Decret. de Greg. IX, cap. *Salubriter* 16, de *usu.* — (7) Gom. en la l. 50 de

9. No pueden empeñarse las cosas que por naturaleza, ley, estatuto ó persona están privadas de enagenarse, ni las cosas sagradas y religiosas. Las meramente profanas de la iglesia y conventos solo podrán serlo con los requisitos que define el derecho (1). Tampoco puede ser empeñado el hombre libre, y quien lo recibiese á peños debe perder todo lo que diese por él, y otro tanto mas para él, ó si hubiese muerto para sus parientes. Exceptuáanse de esta prohibicion los tres casos siguientes: 1º Si el que estuviese cautivo se empeñase á otro para salir del cautiverio. 2º Si alguno empeñase á su hijo, estando en extrema necesidad de hambre. 3º Cuando es entregado alguno en rehenes por razon de paz, ó por tregua ó por otra seguridad, ó por otra cosa semejante (2). Febrero dice (3) que cree no ser practicable el segundo de estos tres casos, por la limitacion que tienen los derechos de la patria potestad. No pueden ser empeñados los bueyes, vacas y bestias destinadas para arar, ni los arados y demas aperos necesarios para el cultivo de las tierras, ni los siervos que las labran; y si el juez ejecutor ú otro las *prenda* y hace entrega de ellas, debe pagar á su dueño el daño y menoscabo que por ello se le irroque (4). La cosa agena no debe ser empeñada sin orden ó consentimiento de su dueño (5). Ni este puede empeñar lo que ya lo estuviere, sin permiso del primer acreedor, á menos que sea cuantiosa y suficiente para ambos; y no siendo, está obligado á dar al segundo otra equivalente; y por el engaño puede el juez imponerle pena arbitra-

Toro, n. 30. Castell., lib. 3, *Controc.*, n. 23. Cobarr. *Var.*, cap. 1, n. 3. — (1) LL. 1 y 2, tit. 14, P. 1. L. 63, tit. 48, P. 3. L. 3, tit. 13, P. 3. LL. 7 y 10, tit. 2, lib. 1 de la R., 63 y 4, tit. 3, lib. 1 de la N. (Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 19, n. 7.) — (2) L. 3, tit. 13, P. 3. — (3) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 19 n. — (4) L. 4, tit. 13, P. 3. L. 25, tit. 21, lib. 4 de la R., 63 y 4, tit. 31, lib. 11 de la N. — (5) L. 9, tit. 13, P. 3.

ria. Lo mismo procede cuando alguno empeña cosa agena, ignorándolo el que la recibe en empeño (1). Hay varias disposiciones sobre peños dadas por los vireyes de Méjico, prohibiendo que en las vinaterias y pulquerías y en las tiendas de pulperia, se reciban todas aquellas prendas que parezcan ser de alguna iglesia; los instrumentos conocidos de artes y oficios; las armas vedadas; las llaves ó chapas, porque suelen los inquilinos arrancarlas cuando se mudan clandestinamente de las casas; las libreas ó cosas de ellas; frenos, estrivos, hebillas y otros aderezos de guarnicion; cualquier otra cosa que se conozca no poder ser del que la empeña, si no interviene su legítimo interesado, y finalmente alhaja ó género nuevo en pedazo ó ropa que manifieste valer hasta dos pesos, y pueda admitirse en el Monte de piedad (2). Está prohibido tambien el recibir armas, municiones y demas concerniente al vestuario de los soldados, condenando á los transgresores en la devolución de las prendas, con la pérdida de lo que hubiesen dado ó prestado sobre ellas, y mas cincuenta pesos de multa por la primera vez, reservando mayor castigo á proporción de la inobediencia. (3). En otro bando (4), despues de repetirse las prohibiciones del primero que hemos citado, se previene que solo podrán recibirse en las tiendas la ropa nueva ó vieja y otras cosas que no se reciban en el Montepio por su corto valor, y difícil expendio, con tal que no sean de las prohibidas. Y se manda tambien que siempre que los tenderos presten sobre prendas, den al dueño un papel firmado en que asiente su nombre y al de aquel, y exprese claramente la cantidad suplida, abonándole como se acostumbra, por rayas las que le vaya entregando á cuenta poco á

(1) L. 10, tit. 13, P. 3. — (2) Bando de 23 de abril de 1781. Está en la *Rect. de Aut. acord.* etc., del Sr. Beleña, tom. 2, n. 39, pág. 138. — (3) Bando de 8 de abril de 1790. — (4) De 4 de mayo de 1790.

poco, las que ha de estar en obligacion de recibirle.

10. El empeño ó hipoteca puede hacerse por escritura ó sin ella, por mensagero ó por cartas, estando presentes ó ausentes el dueño de la alhaja y el que la recibe, expresando con puntualidad sus señas para evitar dudas y equivocaciones (1). Puede hacerse puramente ó prefiniendo término, y poniendo condicion que no sea opuesta á la ley ni á las buenas costumbres, porque si lo es, no valdrá (2).

11. Hasta que se cumpla el término y condicion, no tiene accion á demandar la cosa empeñada el que la recibió á peños, á ménos que se presuma que su dueño hará fuga, pues en tal caso puede pretender que se le entregue por el empeño, ó que el deudor dé fianzas de que al tiempo prefinito se le dará (3).

12. Veamos ahora los derechos que tiene el acreedor en la cosa empeñada cuando el peño es especial. Puede demandar la entrega de la cosa al que se la empeñó ó á sus herederos. Y si este, antes de entregarla la enagenase de cualquier manera entregándola á otro, puede aquel á quien se empeñó primero pedir al deudor todo lo que le habia dado sobre ella, y si lo pudiese cobrar, no debe molestar al que la tiene. Pero no pudiendo hacer el cobro, puede pedir la cosa al que la tuviere (4), de suerte que el acreedor debe guardar en esto el mismo orden que contra el fiador, esto es, reconvenir primero al deudor que contrajo la obligacion. La ley (5) exceptúa el caso de que el deudor hubiera enagenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella, pues entonces podrá este demandar la deuda al deudor ó la cosa empeñada al que la tenga, segun mejor le pareciere. Si un hombre debe dinero á otro sobre prenda, y despues contrae otra deu-

(1) L. 6, tit. 13, P. 3. — (2) L. 12, tit. 13, P. 5. — (3) L. 17, tit. 13, P. 5. — (4) L. 14, tit. 13, P. 5. — (5) La misma.

da con el mismo, recibiendo dinero sin prenda, aunque pague el primer crédito, puede el acreedor retener la prenda hasta que le pague el segundo. Pero esto se entiende solamente con el deudor y con sus herederos, pues si acaeciese que el dueño de la prenda la empeñase ó vendiese á otro, estando todavía en poder del primer acreedor, podría aquel pedir á este la prenda, dándole lo que prestó sobre ella, y no podría resistir su entrega á título de la otra deuda contraída sin prenda (1). La ley (2) hablando de la segunda deuda referida añade la calidad de que sea *con carta*; pero Gregorio Lopez (3) dice que lo mismo se entiende aunque sea sin ella. Esta es la opinión comun de los doctores, y que aquel requisito se pone por ejemplo.

13. Si al tiempo de constituirse el peño pactasen el acreedor y el deudor que si este no redimiese su prenda dentro de un plazo determinado, pudiese aquel vender la cosa empeñada, la podrá vender, pasado el término, en la manera convenida; pero ántes deberá haberlo saber al deudor que la empeñó, si se hallare en el lugar, y no hallándolo, á las personas que encontrare en su casa. Hecho esto por el acreedor, ó si no lo pudiere hacer por alguna razon, puede proceder á la venta públicamente en almoneda, á buena fe y sin engaño, devolviendo al deudor el sobrante del precio, pagada la deuda, ó cobrando lo que falte para completarla (4). También podrá vender la prenda el acreedor, aunque el empeño se haya hecho sin plazo fijo para la redención, ni se haya expresado nada sobre la venta de la cosa, con tal que preceda intimación al deudor en presencia de hombres buenos para que la redima, y aquel no lo haya verificado dentro de doce dias, si la cosa es mueble, ó en treinta siendo raiz. Puede igual-

(1) L. 22, tit. 13, P. 3. — (2) La misma. — (3) Glos. 3 de la misma ley. — (4) L. 41, tit. 13, P. 3.

mente vender el acreedor la cosa empeñada, aun cuando se hubiese pactado lo contrario; mas para ello debe requerir al deudor por tres veces delante de hombres buenos, y dejar pasar dos años despues del último requerimiento. Tanto en este caso como en el anterior se debe hacer tambien la venta de buena fe en almoneda (1).

14. El acreedor tiene facultad de empeñar á otro la cosa que hubiere recibido á peños; pero si el deudor le pagase la deuda, podrá este recobrar su alhaja del segundo que la recibió á peños, quien tendrá derecho para exigir del que se la empeñó que le dé otra prenda igual, ó que le pague lo que le debe (2).

15. El acreedor no puede comprar la alhaja empeñada si no es con placer de su dueño; pero si puesta en almoneda no se encontrare comprador por miedo ó algun respeto á su dueño, podrá pedir al juez que se la adjudique, y el juez deberá hacerlo, atendiendo á la cantidad de la deuda y valor de la prenda (3). No puede el acreedor hacer uso de la prenda sin consentimiento del deudor, y debe poner exacta diligencia en su conservacion, pues si se pierde ó deteriora por su culpa, tiene obligacion de indemnizar á su dueño (4).

16. Sobre los pactos prohibidos en este contrato, véase el n. 28 tit. 9, y el n. 86 tit. 10 de este libro.

17. Las acciones que nacen de este contrato son la *hipotecaria* y la *pignoraticia*. La *hipotecaria* es la que corresponde á aquel en cuyo favor obligó el deudor alguna finca ó cosa inmueble. La *pignoraticia* es directa ó contraria. La primera se da al deudor para reclamar la alhaja luego que el acreedor está satisfecho de su deuda, ó depositada judicialmente la paga, si el segundo no quisiere recibirla. Con esta accion se pide no solo

(1) L. 42, tit. 13, P. 3. — (2) L. 35, tit. 13, P. 3. — (3) L. 44, tit. 13, P. 3. — (4) L. 20, tit. 13, P. 3.

la prenda, sino todos los daños causados á ella por dolo, culpa, lata ó leve del acreedor (1). La segunda se da al acreedor restituida la prenda. Con esta accion se indemniza al acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda (2); y tambien se le da contra el deudor cuando este le dió la prenda como un equivalente del débito y luego resulta no serlo, ó no de tan buena calidad como aseguró el deudor (3).

18. PREFERENCIA DE LOS ACREEDORES ENTRE SI. Antes de entrar en esta materia debe advertirse que si alguno quiere vindicar ó pedir por derecho de dominio alguna cosa que está en poder del deudor, por ejemplo un caballo depositado, es preferido á todos los acreedores en razon de aquella cosa (4). Pero si esta fuese de las que se suelen contar, pesar ó medir, no tendrá esta preferencia el que dió en depósito la cosa (5). Gregorio Lopez (6) da por razon que en este caso le falta el dominio, pues pasa al depositario, como establece expresamente otra ley (7). Sentado esto, decimos que los intérpretes dividen á los acreedores en cinco clases.

1.<sup>a</sup> Los singularmente privilegiados. 2.<sup>a</sup> Los hipotecarios privilegiados. 3.<sup>a</sup> Los hipotecarios no privilegiados. 4.<sup>a</sup> Los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio meramente personal. 5.<sup>a</sup> Los no hipotecarios sencillos que no tienen privilegio alguno.

19. A la primera clase pertenecen los acreedores por los gastos de entierro, cuyo cobro prefiere expresamente la ley (8) á todas las deudas del difunto de cualquier manera que las debiese, con la prevencion de que tales gastos sean hechos mesuradamente segun las

(5) L. 21, tit. 13, P. 5. — (2) La misma. — (3) [Febr. de Tap., lib. 3, tit. 1, cap. 1, n. 13. — (4) L. 9, tit. 3, P. 5 al fin, vers *Mas*. — (5) La misma ley. — (6) Glos. 1 sobre la misma ley. — (7) L. 2, tit. 3, P. 5. — (8) L. 12, tit. 13, P. 1. L. 30, tit. 13, P. 3.

circunstancias del difunto, y refiere las cosas que deben entenderse por estas *despensas*, añadiendo que primero se hagan de bienes muebles del difunto, si los hubiere, y en su defecto, de los inmuebles. Pertenecen tambien á la primera clase los acreedores por razon de los gastos del testamento, inventarios ú otra diligencia semejante, necesaria para formar el patrimonio y proceder á la paga de las deudas. La ley (1) compara estos gastos á los del entierro. Gomez (2) añade que debe decirse lo mismo de lo que se gastó en la enfermedad del deudor difunto.

20. A la segunda clase pertenecen: 1.<sup>o</sup> El fisco por lo que se le debe, y la muger en los bienes del marido por razon de su dote (3). 2.<sup>o</sup> El que dió dinero para rehacer ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para proveer la nave de armas, ú otras cosas que fuere menester, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, si con efecto se empleó en ello el dinero; pues semejante acreedor es preferido por el derecho de hipoteca, bien sea expresa, ó bien tácita, que tiene sobre la nave, al acreedor que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa á su favor (4). La razon que da la ley es, *que con los dineros que él dió fué guardada la cosa que se pudiera perder*. 3.<sup>o</sup> El huérfano en la cosa compra la con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario á quien estuviere obligada con hipoteca general por el que compró la cosa (5). 4.<sup>o</sup> El que prestó dinero para comprar una cosa con pacto de que le habia de estar obligada por él hasta que lo cobrase. Este tiene mayor derecho en la cosa que otro acreedor anterior á quien estuviesen obligados generalmente los bienes del deudor (6). 5.<sup>o</sup> Los señores de las tierras para cobrar su renta ó arrendamiento son preferidos en los frutos

(1) L. 8, tit. 6, P. 6. — (2) En la ley 30 de Toro. — (3) L. 33, tit. 13, P. 5. — (4) L. 28, tit. 13, P. 5. — (5) L. 30, tit. 13, P. 5. — (6) L. 30, tit. 13, P. 3.

de las mismas tierras á los otros acreedores de cualquier calidad que sean (1).

21. El fisco por el cobro de la alcabala, tributos y demas derechos, se prefiere á los acreedores de hipoteca tácita, porque la obligacion de satisfacerlos está inherente á los bienes y es inseparable de ellos; mas no tiene preferencia sobre los acreedores que tengan hipoteca anterior expresa especial ó general. En los bienes de los que contratan con él y de los administradores, cobradores y recaudadores del haber fiscal, goza del mismo privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario, sin mas prerrogativa, como si se hubiesen adquirido despues de celebrado el contrato, ó de haber entrado en la administracion de la hacienda fiscal, pues en los que adquirieron antes no es preferido á los acreedores de hipoteca expresa anterior especial ó general, ni en los de sus mugeres; ni tampoco en los adquiridos despues del contrato fiscal es preferido á los hipotecarios con privilegio de menor edad, tutela, dote y otro semejante, porque estos acreedores tienen doble privilegio, el de la hipoteca con antelacion de tiempo, y el de la menor edad etc.

22. En los demas contratos con el fisco, si concurre con un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad de hipotecas de ambos, se han de observar las reglas siguientes. 1<sup>a</sup> El fisco por razon de la hipoteca que le compete en sus contratos, es preferido á los acreedores quirografarios anteriores del deudor. 2<sup>a</sup> Si el fisco tiene hipoteca expresa, aunque sea posterior, es preferido á los anteriores de hipoteca tácita. 3<sup>a</sup> Si concurre el fisco con otro acreedor anterior que tenga hipoteca expresa especial ó general sin privilegio, debe ser preferido el primero en tiempo; y si lo es dicho acreedor, será su prelacion en los bienes

(1) L. 23, tit. 21, lib. 4 de la R., ó 6, tit. 11, lib. 10 de la N.

que tenia el deudor antes de contratar con el fisco, pues en los adquiridos despues la tendrá este sobre los acreedores anteriores aunque tengan hipoteca general expresa. Pero si el acreedor privado, á mas de la anterioridad de tiempo, tiene algun privilegio ó cualidad, como menor edad, tutela, dote etc., será preferido al fisco, no solo en los bienes adquiridos antes de contratar con este, sino en los que adquirió despues. 4<sup>a</sup> El fisco por el privilegio que le compete en la accion hipotecaria y juntamente en la personal, tiene mayor derecho que otros acreedores, y por él es preferido á los que solo tienen privilegio en lo personal, ó son personales privilegiados como los menores; por lo que, si estos concurren y no tienen hipoteca expresa, será preferido el fisco aunque sea posterior en tiempo, al modo que la dote, y lo mismo procede en los demas privilegiados en la hipoteca.

23. El fisco tiene tambien preferencia sobre los acreedores anteriores de hipoteca expresa, en los frutos de los bienes hipotecados antes de contratar con él de cualquier clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal, y estando en poder del deudor, y no en el de otro, á quien hubiese enagenado los bienes.

24. No obstante que en la cosa dada ó vendida á dos sujetos en diversos tiempos, es preferido el que tomó posesion de ella, aunque sea posterior; si alguna celebra contrato sin hipoteca con el fisco y con un particular, el primero será preferido, aunque se haya hecho la entrega posteriormente al segundo, por el privilegio de hipoteca tácita en sus contratos. Si un predio fiscal se vende al fiado, no solo queda obligado tácitamente el comprador á la solucion de su precio, aunque no se obligue, sino tambien los demas bienes suyos, ménos cuando la venta es á pupilo ó menor, pues entonces solo tiene hipoteca tácita en el predio vendido, y no en los demas bienes del comprador.

25. En cuanto á la preferencia de la dote sobre los acreedores que no sean el fisco, si la dote ha sido verdadera y entregada al marido ante escribano y testigos sin fraude ni simulacion, será preferida por la hipoteca tácita á todos los anteriores que la tengan, y á los posteriores de hipoteca general expresa, considerándose la anterioridad ó posterioridad desde el dia de la celebracion del matrimonio y no ántes. Del mismo privilegio gozará, aunque no conste la entrega ante escribano, ni en juicio contradictorio con los demas acreedores, con tal que la muger purifique en forma legal por otro medio haberla llevado al matrimonio y entregado á su marido (1). También será preferida á los acreedores posteriores que tengan hipoteca especial expresa sin calidad de prelacion. Respecto de la preferencia de la dote se debe advertir: 1º Que se exprese formalmente que la muger lleva sus bienes al matrimonio por dote. 2º Que si la muger es rica, se entiende que en la promesa de contraer matrimonio se comprende tácitamente la de llevar sus bienes en dote, á no ser que el marido tenga con que alimentarla, pues entónces no se presume, si no se expresa. 3º Que el privilegio de la dote verdadera no se extiende á la putativa.

26. No es preferida la dote á los acreedores anteriores del marido que tengan hipoteca expresa, especial ó general en sus bienes (2). Tampoco lo es la dote legitima al acreedor posterior que prestó graciosamente dinero al marido para alguna finca ó cosa determinada, ó construir ó reedificar alguna casa ú otro edificio, si en efecto lo destinó á estos objetos, é hipotecó la cosa especialmente á la responsabilidad del dinero, y al tiempo del préstamo se pactó expresamente que se le entregaba el dinero para ello. En tal caso será preferido

(1) L. 33, tit. 13, P. 5. — (2) LL. 28 y 29, tit. 13, P. 5.

este acreedor en la finca referida. Si el dinero prestado fué para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler, ó el del almacén en que está la cosa, ó conducirla de una parte á otra, ó satisfacer su trabajo á los oficiales que se emplearon en ella, ó alimentar á los sirvientes ó al ganado, ó para otro beneficio de la misma cosa, y se prestó simplemente sin pacto ni convencion, será preferida la dote al prestador, y lo será también el fisco, excepto que sean posteriores en tiempo (1).

27. Las cinco clases referidas tienen preferencia una respecto de otras segun el órden expresado. Vamos á tratar ahora de los casos en que concurren dos ó mas acreedores de una misma clase.

28. Cuando hay esta concurrencia es preferido por lo regular el que tiene derecho mas antiguo (2), que las leyes romanas explicaban por esta regla: *Qui prior est tempore, potior est jure: El que es primero en tiempo, es preferido en derecho.*

29. En cuanto á la preferencia de los acreedores de a 1ª y 2ª clase, cuando concurren dos de una misma de ellas, no hay apoyos de leyes expresas, ni opinion generalmente recibida. Dirémos sin embargo, con sujecion á mejor dictamen, que debe ser preferido en la 1ª clase el acreedor por los gastos del entierro, pues ademas del apoyo que tiene su prioridad en las muchas leyes que hablan de su privilegio, lo persuade así el que la causa pública y la religion demandan que estén expeditos los medios de facilitar los entierros de los cadáveres.

(1) Sobre el caso de que no conste la entrega de la dote, pero haya sido confesada por el marido en contrato ó última voluntad, estan discordes los autores porque no hay decision legal. V. al Febr. de Tap., lib. 3, tit. 4, cap. 3 de donde se ha tomado lo dicho en los nn. anteriores acerca de la preferencia del fisco y la dote.

(2) L. 27, tit. 13, P. 5.

30. Respecto de los acreedores de la 2ª clase nos parece que los dueños de las tierras deben ser preferidos en los frutos nacidos de ellas á cualquier otro privilegiado. Lo persuaden las palabras de la ley, y el considerar que ni los dueños ni los colonos ó arrendatarios debieron tener intencion de que los frutos se hicieran de estos, sino por medio de la paga; y de consiguiente que no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y el colono los tiene como por depósito. Lo cierto es que estando pendientes antes de perebirse, son del dueño de la tierra como parte de ella. Nos inclinamos tambien á que por lo tocante á nave ó casa debe ser preferido á todos el que dió dinero para su refaccion ó reparo, por la sólida razon que da la ley, y hemos copiado en el n. 20. Si concurren solos la dote y el fisco, obtendrá la prelacion el que sea anterior en tiempo (1) á ménos que en algun caso particular les competa especial privilegio, pues entónces se dará al que lo tenga. Si se dudare cual es primero en tiempo, será preferida la dote legitima, con tal que el fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque hallándose, será postpuesta (2).

31. Entre los acreedores de la 3ª clase es preferido el mas antiguo en tiempo (3). La ley (4) pone como excepcion el caso de que un hombre pidiese á otro dineros prestados sobre alguna cosa que le diese á peños ó ficiese carta sobre sí, ó se obligase de otra manera á pagarlos, ántes que hubiese recibido aquellos dineros, y despues obligase aquella cosa misma á otro, recibiendo luego los dineros de aquel á quien la obligó últimamente; y dice que aunque el primero á quien la habia obligado pagase despues lo que habia prometido

(1) Greg. Lop. en la L. 33, tit. 13, P. 5, glos. 2. — (2) Feb. de Esp. lib. 3, tit. 4, cap. 3, n. 24. — (3) L. 27, tit. 13, P. 5. — (4) La misma.

prestar sobre la cosa, quedaria obligado á aquel á quien despues fué empeñada. Pero en realidad este caso no es una excepcion, porque el acreedor que la ley llama segundo, tiene el derecho de peños antes del primero, y de ahí le viene la prioridad. Tampoco se opone á lo dicho la ley (1) que dice que el acreedor que probare con escritura hecha por mano de escribano público habérsele hipotecado alguna cosa, es preferido á otro que lo acreditase á su favor por carta en que lo escribió por su mano misma el deudor, ó haciendo pacto de esta obligacion ante dos testigos, aunque esta obligacion fuese anterior á la de la escritura pública: pues si se ve atentamente esta decision con lo demas de la ley, se conocerá que se funda en que el escrito privado no está del todo libre de la sospecha de que pudo suponerse una fecha anterior al tiempo en que se hizo, cuya supercheria no tiene lugar en la escritura pública. Persuade tambien este modo de pensar la segunda parte de la misma ley, en que se establece que sería preferido al acreedor de la escritura pública el que tuviese documento privado, si este fuese hecho por mano del deudor y firmado con tres testigos que escribiesen en él sus nombres con sus manos mismas. Gregorio Lopez (2) dice que la razon es que por estas circunstancias tiene fuerza de instrumento público el documento ó carta privada; es decir que se halla tan libre de sospechas de fraude como la escritura pública. Cobarruvias (3), fundado en esta doctrina, prueba bien que siempre que constase plenamente que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, debería ser aquella preferida. En este particular hay en una ley (4) cierta especie digna de notarse, y es que si el juez ha mandado dar alguna

(1) L. 31, tit. 13, P. 5. — (2) Glos. 8 de la ley anterior. — (3) Pract. quest., cap. 42. — (4) L. 13, tit. 13, P. 5.

cosa en peños á un individuo, y ántes de que se le entregue la da el dueño á otro individuo en peño convencional, y se la entrega, este segundo es preferido al primero. Cuya doctrina pone como ejemplo de una regla que establece, á saber, que los empeños mandados haer por el juez no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego que los otorgan las partes.

32. De la 4ª clase solo encontramos en nuestras leyes al que dió en depósito cosas que se suelen contar, pesar ó medir por cuenta, peso ó medida. Este, aunque pierde el dominio de ellas, como vimos arriba (n. 18), tiene en las mismas cosas privilegio de ser preferido á los demas acreedores que no sean hipotecarios (1).

33. En la 3ª clase hay tres especies de acreedores, que deben ser preferidos entre sí segun el orden siguiente. (2). 1ª Los acreedores que justifiquen su crédito por escritura pública. 2ª Los que lo justifiquen por documento privado escrito en papel del sello que corresponde á su calidad y cantidad. 3ª Los que lo justifiquen con documento extendido en papel comun (3). La ley (4) dice que los acreedores de la 2ª especie tengan lugar entre sí mismos conforme á su antelacion; y aunque no lo previene respecto de los de la 1ª, creemos que debe observarse lo propio, porque á mas de no aparecer ninguna razon de diferencia, lo exige notoriamente la equidad. En los de la 3ª especie no debe observarse esta regla, sino la que da otra ley (5), y es

(1) L. 9, tit. 3, P. 3 y en ella Greg. Lop. glos. 3. — (2) L. 48, tit. 23, lib. 4 de la R., ó L. 3, tit. 24, lib. 10 de la N.

(3) La ley de 6 de octubre de 1823 previene en su artículo 10 que todo título ó documento, sea cual fuere, que no estuviere extendido en papel del sello que le corresponda segun la misma ley, no hará fe en juicio.

(4) La de la R., últ. cit. — (5) L. 11, tit. 14, P. 3, claus. *Maxi* *si todos los otros.*

que deben recibir á prorata lo que les tocara. La ley solo habla de los acreedores quirografarios y no de los hipotecarios; pero teniendo tanto lugar la citada regla en los hipotecarios no privilegiados, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes que la ley quiso evitar, no dudamos afirmar que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

34. La obligacion de peños, como accesoria, se acaba por todos los modos que extinguen la principal, y de que trataremos en el tit. XXIII. Hay otros en que conservándose esta, se acaba aquella, y son: 1º Si se pierde ó consume del todo la prenda sin culpa del deudor, segun aquel famoso axioma: *Los deudores de determinada especie se libertan por parecer esta sin culpa suya.* Decimos que *si se pierde ó consume del todo*, porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiere mudado de estado, se conserva en lo que quedare: 2º Por la remision ó condonacion tácita ó expresa del acreedor. La tácita se entiende cuando ocurre algun caso que la hace presumir y la prueba, tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la caucion de su derecho, por lo cual se entenderia que le remitia el derecho de peños, pero no la deuda, si no es que dijera expresamente que se la perdonaba (1). 3º Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de treinta años sin distinguir cual sea el poseedor, al tenor de lo que dijimos de los censos (2), cuya doctrina es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

(1) L. 40, tit. 13, P. 3. — (2) Tit. 14 de este lib., n. 33.

## TITULO XIX.

## DEL CONTRATO LITERAL Y DE LOS REALES.

- |  |   |
|--|---|
| 1. Contrato literal, qué es.   | recibir empréstitos. Lo que se necesita para que valgan los que se hagan á las iglesias, ciudades, villas, comunidades y menores. |
| 2. Opiniones sobre si el reconocimiento de un vale excluye la excepcion del contrato literal.  |   |
| 3. Contratos reales, por qué se llaman así. Son tres: <i>mutuo, comodatario y deposito</i> . Cuando lo es tambien el de <i>peños</i> . | 11. Prohibición de dar á préstamo cantidad alguna en mercaderías.   |
| 4. <i>Mutuo</i> , se define y explica.   | 12. <i>Deposito</i> , su definicion y division.   |
| 5. Cosas que ha de restituir el que recibe en <i>mútuo</i> ; tiempo y lugar en que lo ha de hacer.                                     | 13. Cosas que se pueden dar en depósito.  |
| 6. <i>Comodato</i> , se define y explica.  | 14. Quiénes pueden dar en depósito.   |
| 7. Obligaciones del comodante.   | 15. Sobre la paga del depositario.  |
| 8 y 9. Obligaciones del comodatario.   | 16. Obligacion que tiene el depositario de restituir la cosa que se le dió en guarda. Casos en que puede retenerla.               |
| 10. Quiénes pueden dar y   | 17. Penas á los depositarios que niegan el depósito.  |

1. Contrato literal es, el que para su constitucion necesita letras ó escrito, y se verifica cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no ha recibido, y ha de jado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado. Así lo explica la única ley nuestra (1) que habla de este asunto. Usa de la palabra cosa; pero Gregorio Lopez (2) prueba bien que debe ser de aquellas

(1) L. 9, tit. 1, P. 3. — (2) Glos. 1 de la misma ley.

que constan de peso, número y medida, y lo convence la misma ley, que mas adelante habla siempre de *maravedis*. El que entregó el escrito puede impedir dentro de dos años que se forme ó perfeccione este contrato sin estar él obligado; y puede impedirlo, bien oponiendo la excepcion de no habersele entregado el dinero, si se le pide de justicia, ó protestar el no entrego aunque se le pida, y en su consecuencia que se le devuelva el escrito ó vale suyo que tiene el que se intitula acreedor. Si deja pasar los dos años sin valerse de alguno de estos remedios, estará obligado á pagar el dinero como si lo hubiese recibido, porque adquiere toda su perfeccion el contrato, que es obligatorio como todos los otros. Mas para serlo ántes de cumplirse los dos años, es menester que el tenedor del vale pruebe que con efecto entregó el dinero, y entónces ya seria contrato de *mútuo* ó préstamo, y no literal. La razon de que quien firmó el vale no esté obligado á probar su excepcion, cuando la pone, es porque tiene á su favor la presuncion de que no se le habia entregado el dinero cuando lo firmó, como lo indican las siguientes palabras de la ley: ... *é aquellos á quien facen esta promesa, facen carta sobre si ánte que sean entregados de ella* (de la cosa que se les ha prometido prestarles), *otorgando que la han recibido*. La experiencia acredita que así sucede. Si el que firmó el vale renunciare dicha excepcion, no la podrá oponer, sino que deberá pagar, *si este renunciamiento atal fuese escrito en la carta* (1). Esto último no deja de tener algunos inconvenientes, porque los pobres que se vean precisados á firmar el vale ántes de recibir el préstamo, firmarán tambien la renuncia. El señor Cobarruvias (2) dice, que esta se usa con frecuencia en España, y que cuando se hiciere debe entenderse de modo que no pueda el re-

(1) La misma ley. V. glos. 9 de Greg. Lop. sobre ella. — (2) 2 Var., cap. 4, n. 3.

nunciante oponer la excepcion transfiriendo á su adversario la obligacion de probar la entrega; y que al contrario sería, queriendo tomar sobre sí la de no haberla habido. Y añade y funda que la particula *si* de que usa la ley, al hablar de esta renuncia, no significa condicion, porque tambien vale la renuncia, y con mas razon, quando se hace en papel distinto del vale.

2. La disposicion de una ley (1) sobre que los vales reconocidos ante juez competente por quienes los hicieron traigan aparejada ejecucion, ha dado motivos á nuestros intérpretes para disputar, si hecho tal reconocimiento ante el juez y su escribano, queda excluida la excepcion de que acabamos de hablar. Nos parece mas probable la sentencia negativa, porque la excepcion, á mas de nacer del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos guarentigios (2), á los cuales compara la ley últimamente citada los vales reconocidos. Pero si el que reconoció el vale, reconoció tambien ser cierta la deuda que expresaba, no habrá lugar á la excepcion, porque falta su fundamento, que es la presuncion de que no hubo entrega.

3. CONTRATOS REALES. — Se llaman asi de la palabra latina *res*, porque necesitan para su constitucion que se entregue alguna cosa. Son tres: *mútuo*, *comodato* y *depósito*. Lo es tambien el de peños quando se entrega la prenda al acreedor; pero de este ya hemos tratado en el titulo anterior. Una ley (3) dice que *empréstamo es una manera de pleito* (contrato) que hacen los homes entre sí, empréstando los unos á los otros de lo suyo quando lo han menester. Y en seguida lo divide en dos especies, diciendo que una se llama en latin *mutuum* y otra *commodatum*.

(1) L. 5, tit. 21, lib. 4 de la R., ó 4, tit. 28, lib. 41 de la N. — (2) Gom. 2, Var., cap. 6, n. 3. Mol. de just. et jur. Disp. 302. — (3) L. 1, tit. 1, P. 5.

4. *Mútuo* es contrato por el cual se da á alguno cosa que se acostumbra contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto (1). Por él pasa el dominio de la cosa al mutuario que la recibe (2), de lo cual se infieren dos cosas: la primera, que si se pierde, aunque sea sin culpa del mutuario, por fuego ú otro cualquier accidente, se pierde para él (3), y así puede hacer de la cosa lo que quisiere (4); y la segunda, que solo puede dar en *mútuo* el que fuere dueño de las cosas que da, ú otro por su mandato (5).

5. Las cosas que ha de restituir el que las recibe en *mútuo*, han de ser del mismo género y especie que las que se le dieron, y de tan buena calidad como ellas, aunque nada de esto se hubiese dicho al tiempo que las recibió (6). Si entónces se prefijó tiempo y lugar, en él debe hacerse la devolucion, y si no fué puesto plazo, la debe dar á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fué prestada (7). Gregorio Lopez dice (8) que esto se entiendo quando el acreedor hubiere pedido el *mútuo*, de suerte que aunque pasen los diez dias no por eso se constituirá el deudor en morosidad, si no es que de nuevo se le interpele. Si el deudor no tuviere cosas de aquel género de que debe restituir las, estará obligado á pagar el precio de ellas, haciéndolo en el día y lugar en que debia restituir las. Si no se hubiere señalado día ni lugar, se estimará el valor por el que tuviere la cosa en el lugar en que se demanda y tiempo en que se pide en juicio (9). Si el

(1) Febrero lo define así: *Entrega gratuita de alguna de aquellas cosas que se acostumbra medir, pesar ó contar, y que no pueden usarse sin consumirse, á fin de que el mutuario disponga de ella como dueño, obligándose á devolver al mutuante igual cantidad en especie, bondad y demas calidades.* (Febr. de Tap, lib. 2, tit. 4, cap. 20, n. 2.)

(2) L. 1, tit. 1, P. 5. — (3) L. 10, tit. 1, P. 5. — (4) L. 2, tit. 1, P. 5. — (5) La ult. ley cit. — (6) La misma ley. — (7) La misma ley. — (8) Glos. 7 de la misma ley. — (9) L. 8, tit. 1, P. 5.

deudor fuere moroso en pagar al tiempo que debe, satisfará la pena que haya sido puesta; y si no se puso, los daños y menoscabos que causó al acreedor (1). La devolucion de las cosas en el mismo género es circunstancia esencial de este contrato, y el que tenga la misma calidad, es circunstancia natural (2).

6. *Comodato es préstamo de alguna cosa, de aquellas que no se gradúan por número, peso ni medida, para que quien la recibe se aproveche de ella por algún tiempo, ó para cierto uso, con obligacion de devolverla sin menoscabo notable, y no otra en su lugar* (3). Entre este contrato y el mútuo hay dos diferencias capitales: 1<sup>a</sup>, que la materia del mútuo son las cosas que se acostumbran contar, pesar y medir: 2<sup>a</sup>, que por el mútuo pasa el dominio de las cosas al que las recibe. De estas diferencias nacen otras subalternas, como son que el comodatario debe restituir la misma cosa que se le entregó, pasado que sea el tiempo ó el uso para que se le prestó, y que si pereciere sin culpa suya, por aventura, queda libre de restituirla ó pagarla (4). Sobre esta última diferencia pone la ley (5) tres casos en que el comodatario queda obligado, aun cuando la cosa se pierda ó perezca por aventura ó caso fortuito: 1<sup>o</sup> Si pereció por culpa suya dando á la cosa otro uso del que se le habia concedido. 2<sup>o</sup> Si fué moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de concluido el término señalado. 3<sup>o</sup> Si se conviene con el comodante en que le pagará los daños ó perjuicios ocasionados por las aventuras.

7. El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si lo tiene, y sabiéndolo no lo manifestare, debe pagar al comodatario todo el daño que por esta razon le viniere (6).

(1) L. 10, tit. 1, P. 3. — (2) V. el tit. 9 de este lib., n. 29. — (3) L. 1, tit. 1 y L. 1, tit. 2, P. 3. — (4) L. 3, tit. 2, P. 3. — (5) La últ. cit. — (6) L. 6, tit. 2, P. 3.

8. El comodatario está obligado á restituir la cosa luego que haya pasado el tiempo ó uso para que la recibió. Si fuere bestia, debe darle de comer de cuenta del mismo comodatario, y hacer con ella los demas gastos que fueren necesarios mientras la tuviere en su servicio. Pero si enfermase sin culpa del comodatario, pagará el dueño el importe de las medicinas y el trabajo del maestro que la curare (1). No puede el comodatario retener la cosa á título de serle deudor el comodante, salvo si la deuda fuese contraida por beneficio y en razon de la misma cosa, y despues de habérsela prestado, y no ántes; en cuyo solo caso la podrá retener, y con tal que las expensas hechas por el comodatario sean de las que con derecho se pueden pedir (2). Si durante el comodato muriese el comodatario, dejando varios herederos, deberá restituir la cosa el que la tuviere en su poder. Si se hubiere perdido con responsabilidad del comodatario, deberán pagarla todos los herederos (3). Cuando el comodatario perdió la cosa, y habiéndola pagado la hallare despues el comodante, queda en arbitrio de este retenerla y devolver el precio, ó al contrario. Pero si la hallare un tercero, podrá demandársela el comodatario como que pagó su precio (4). Como por lo regular se celebra el comodato en gracia del comodatario, debe este cuidar de la cosa con tanto ó mayor esmero que si fuera suya. Pero hay ocasiones en que no es tanta su responsabilidad, y son las siguientes: 1<sup>a</sup> Cuando el comodante y el comodatario se utilizan de la cosa prestada, v. gr.: si dos personas convidan á comer á un tercero, y una de aquellas pide á la otra que le preste sus cubiertos de plata para obsequiar mejor al convidado;

(1) L. 7, tit. 2, P. 3. V. Greg. Lop. glos. 1 de la misma ley. —

(2) L. 9, tit. 2, P. 3. Greg. Lop. en la glos. 3, de esta ley, se refiere sobre la excepcion *con derecho*, á la ley 7, del mismo tit. y Partida. — (3) L. 3, tit. 2, P. 3. — (4) L. 8, tit. 2, P. 3.

en este caso si se pierde algun cubierto, y el comodatario puso las regulares y prudentes diligencias para su custodia, no será responsable á su restitucion. 2ª Cuando el que presta la cosa, lo hace con intencion de honrarse á sí mismo mas que al comodatario : v. gr. si uno presta á su futura esposa vestidos preciosos para que se le presente mas adornada, pues aun cuando se pierdan, no debe restituírseles, si no es que de su parte haya culpa ó dolo (1).

9. El que tiene facultad de contraer, puede dar y recibir empréstitos, ya en mútuo, ya en comodato. En cuanto á las iglesias, ciudades, villas, comunidades y menores, se necesita para que valga el préstamo que se les haga, que se pruebe por quien lo hizo haberse invertido en utilidad de quien lo recibió (2). El hijo de familias que está bajo la patria potestad, no puede tomar prestado sin mandato de aquel en cuyo poder está, y si lo tomare no tiene obligacion de pagar él ni el padre, ni el fiador si lo dió el hijo; pero si este devolviese aquella misma cosa que se le prestó, ú otra tal que no fuese de los bienes de su padre, valdrá y no se lo podrá este impedir (3). Pero se exceptuan varios casos en que será válido el contrato : 1º Cuando el hijo al tomar la cosa prestada fué preguntado si tenia padre en cuyo poder estuviese, y lo negó; pues por tal mentira, dice la ley, está obligado á pagar aquello que tomó prestado. 2º Si tuviese públicamente algun oficio del Soberano ó de algun concejo, ó fuese menestral de cualquier menester que acostumbra trabajar públicamente, ó tuviese tienda de cambio, ó de paños ó de otra mercaderia en que acostumbrase trabajar y comerciar como hombre que no está en poder de otro. 3º Si fuese ca-

(1) L. 2, tit. 2, P. 5. — (2) L. 3, tit. 1, P. 5. — (3) L. 4, tit. 1, P. 5. L. 22, tit. 11, lib. 5, y L. 4, tit. 7, lib. 1 de la R., ó 17, tit. 1, lib. 10, y 1, tit. 8, lib. 10 de la N.

ballero, esto es, soldado, lo cual dice Gregorio Lopez (1) que debe entenderse del peculio castrense (2). 4º Si lo que tomó prestado lo empleó en utilidad del padre, en cuyo poder está (3). 5º Si toma prestado á sabiendas ó con mandato de aquel en cuyo poder está, ó aunque no se lo mande, está delante ó lo consiente, ó estando ausente se lo envia á decir por carta ó de otra manera, ó lo otorga, ó paga despues alguna partida de la deuda, quedan obligados á pagar tal préstamo el que lo saca, ó aquel en cuyo poder está. 6º Si el mismo que recibió el préstamo pagase alguna partida despues de tener edad cumplida, y haber salido de la patria potestad, está obligado á pagar todo lo demas. 7º Si habiendo ido á alguna mandaderia ó escuela, tomare algun préstamo, está obligado el que lo tiene en su poder á pagar, á lo ménos hasta aquella cantidad que pudiera haber gastado en comer, beber y otras cosas que le habrian sido necesarias estando en su poder y casas; como tambien quanto juzgasen que le podia costar el alquiler de la casa y lo que habian de dar á su maestro, y expender en otras cosas necesarias por razon de su estudio (4). « 8º El cambiador ó mercader que tuviese » tienda de paños ó de algun otro menester, y la enco- » mendase á otro que no estuviese en su poder, dejan- » dolo allí como en su lugar, si este tomare algun em- » préstamo por mandado del que lo dejó, ó sin su man- » dado, y lo invirtiese en utilidad del que lo dejó, no » debe pagar tal empréstito el que lo tomó, sino aquel » en cuyo lugar estaba. Pero si no lo tomó por su man- » dado, ni lo invierte en utilidad suya, entónces debe » pagarlo el que lo tomó (5). » Sobre préstamos á los estudiantes y sobre el contrato de mútuo con prenda ó

(1) Glos. 11 de la L. 4, tit. 1, P. 5 — (2) Las excepciones referidas se hallan en la L. 4, tit. 1, P. 3. — (3) L. 3, tit. 1, P. 3. — (4) L. 6, tit. 1, P. 5. — (5) L. 7, tit. 1, P. 3.

hipoteca, y el pacto llamado constitutivo, véase el libro 2, tit. 10, nn. 42 y 86.

10. Hay una ley (1) que prohíbe absolutamente « á » toda persona comerciante, ó de otra clase el dar á » préstamo cantidad alguna en mercaderías de cual- » quier especie que sean; y á los escribanos el otorgar » escritura alguna sobre tales contratos, so pena de » suspensión de oficio por dos años al escribano que los » otorgue, y de perder la cantidad así dada á préstamo, » aplicada por terceras partes al juez, fisco y denun- » ciador, bastando la prueba privilegiada de derecho » que es competente en todo contrato usurario y de » difícil prueba; teniendo los jueces ordinarios que co- » nocieren de tales contratos particular atención, á que » si la persona que hubiere tomado á préstamo en » mercaderías solas ó junto con dinero, acostumbrare » á ejecutar tales contratos, malversando sus bienes y » patrimonio, con justificación correspondiente se le » ponga la conveniente intervención para evitar su de- » sarreglo; y con expresa derogación de todo fuero pri- » vilegiado en cualquiera de los contrayentes en la forma » que sea expresa ... en otra cédula (2), .... entendién- » dose todo sin perjuicio de que se observen en lo que » fuere justo los contratos de cambio marítimo sobre » mercaderías que suelen practicarse en los puertos de » comercio con el fin de habilitarse los dueños para la » navegación mercantil. »

11. El depósito (3) es un contrato por el cual da un

(1) Real cédula de 16 de septiembre de 1784 que es la L. 3, tit. 8, lib. 10 de la N. El objeto de esta ley, según se ve por las razones que se añaden en la parte expositiva de la real cédula, fue evitar y prohibir las *mohatras*: pero la ley se halla tal como la trasladamos.

(2) Real cédula de la misma fecha tit. cit. que es la L. 12, tit. 11, lib. 10 de la N.

(3) Las leyes de Partida le llaman *condessijo*, nombre que ya no

*hombre á otro su cosa en guarda, fiándose en él* (1). Es de tres maneras (2): 1ª Cuando una persona da alguna cosa en guarda á otra, sin hacerle por algun apuro ó tribulación. 2ª Cuando lo hace obligada de algun riesgo ó apuro, como el de quemarsele la casa (3). 3ª Cuando dos ó mas individuos disputan sobre la pertenencia de alguna cosa, y la depositan en poder de otro para que la guarde hasta que se decida en juicio quién debe ser su dueño. Esta se llama *secuestracion*, y trataremos de ella en otra parte (4).

12. Se pueden dar en depósito todas las cosas de cualquier manera que fueren; pero regularmente se usa más bien dar las muebles que las otras. Ni el dominio ni la posesion de las cosas depositadas pasan al depositario, á no ser que fueren de las que se suelen contar, pesar ó medir, y se entregaren por cuenta, peso ó medida, en cuyo caso pasaria el dominio al que así las recibe, con la obligacion de volverlas y dar otro tanto, y tal como el que recibió (5).

13. Cualquiera que tenga las cosas en su poder, las puede dar en depósito á todo hombre, sea lego, clérigo ó religioso, y el que las recibe está obligado á guardarlas bien y lealmente, de manera que no se pierdan ni empeoren por su culpa ó engaño. El depositario debe prestar el engaño y la culpa lata; pero no la leve, porque en este contrato la utilidad toda es del que da. La ley (6) pone tres casos en que debe prestar el depositario la culpa leve: 1ª Cuando lo pactaren así los contrayentes. 2ª Cuando el depositario solicitó el depósito. 3ª Cuando el depositario recibe paga. No estando obli-

se usa, derivado del verbo *condesar*, que significa poner en custodia ó guarda.

(1) L. 1, tit. 3, P. 5. — (2) La misma ley. — (3) Entre los romanos se llamaba este depósito *miserable*. — (4) Lib. 3, tit. 3. — (5) L. 2, tit. 3, P. 5. — (6) L. 3, tit. 3, P. 5.

gado el depositario á la culpa leve, mucho menos lo está á la levisima, ni al caso fortuito; pero la ley (1) pone cuatro casos de excepcion, á saber: especial convenio, mora ó tardanza, culpa, y cuando el depósito se hace principalmente en utilidad del que lo recibe. Parece que en este último caso debería estar obligado á la culpa levisima y no al caso fortuito; pero la ley así está escrita.

14. El depositario propiamente dicho, no debería llevar paga, porque la ley (2) dice que entónces toma el hombre en depósito las cosas, cuándo no recibe precio ni galardón por guardarlas, pues si lo recibe ó se le promete, no sería depósito sino loguero; pero está en uso llamarse también depósito la guarda que se hace por paga, y en tal caso el depositario está mas obligado que el que no la recibe.

15. El depositario debe restituir la cosa al que se la dió en guarda ó á sus herederos en cualquier tiempo que se la pida, sin poderla retener por compensacion ó deuda, ni aun por las expensas que en ella hubiere hecho. La debe restituir con los frutos, rentas y mejoras que salieren de ella, pidiendo por separado lo que se le debiere (3). Pero hay cuatro casos (4) en que el depositario no debe restituir la cosa: 1º Si esta fuese espada ú otra arma, y el que la depositó se hiciere loco; pues mientras lo estuviere no se la debe entregar, y esto, dice la ley, por guardar que no haga algun daño con ella. 2º Cuando el deponente es desterrado y se le confiscan sus bienes. 3º Cuando algun ladrón deposita alguna cosa que hurtó, y cuando á la demanda se presenta aquel á quien la hurtó, y dice al depositario que no se la dé porque él quiere probar que es suya y que se la hurtaron; en tal caso no la debe restituir el depositario

(1) L. 4, tit. 3, P. 3. — (2) L. 2, tit. 3, P. 3. — (3) LL. 3 y 10, tit. 3, P. 3. — (4) L. 6, tit. 3, P. 5.

hasta que se pruebe si es verdad lo que aquel dice; y si no lo pudiere probar debe entregar la cosa al deponente. 4º Cuando la cosa que se deposita se le hubiese hurtado al mismo que la recibe en depósito, quien no estará obligado á restituirla, si probare que es suya. Si la cosa fuese depositada en una iglesia ó monasterio con otorgamiento y mandado del prelado y cabildo, estan obligados á devolverla de la propia manera que si la hubiese recibido cualquier hombre particular; y lo mismo sería si estuviesen presentes el prelado ó el cabildo, y callasen y no lo contradijesen. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de ellos tan solamente, sin saberlo los otros, entónces aquel solo sería obligado á restituirla y no el prelado ni el cabildo, ménos si se probase que aquella cosa fuera dada ó invertida en utilidad de la iglesia, pues en tal caso todos estarian obligados (1).

16. Si el depositario negare el depósito, y se le probare en juicio, se hace infame, y debe ser condenado á volver la cosa ó su valor, con los menoscabos y perjuicios que hubiese tenido por esta razon el deponente, segun el juramento de este; pero el juez los debe estimar y templar, teniendo en consideracion qué hombre es el que hace el juramento. Por menoscabos se entienden los daños que vinieron al deponente, por no habersele devuelto la cosa cuando la pidió; mas no lo que pudiera haber ganado por ella. Los perjuicios serian por ejemplo que el deponente tuviera que dar dinero ú otra cosa para dia señalado, con penas, ó de otra manera semejante, y porque no le fué devuelto el depósito al tiempo en que debiera ser, incurrió en aquellas penas. Si el depósito fuere de los de la segunda manera (2) y el depositario lo negase cuando se le pidiese, y despues se le probase, debe pagar doblada la cosa que recibió en depósito (3).

(1) L. 7, tit. 3, P. 3. — (2) V. el n. 12 de este tit. — (3) L. 8, tit. 3, P. 3.

## TITULO XX.

## DE LAS DONACIONES.

Tit. 4, P. 5, Tit. 10, lib. 3 de la R. Tit. 7, lib. 10 de la N.

- |  |   |
|--|---|
| <p>1. <i>Donacion</i>, en qué consiste. Se divide en dos especies, una que se llama <i>donacion entre vivos</i>, y otra <i>por causa de muerte</i>. La primera se divide en <i>propia ó pura, graciosa y simple</i>, y en <i>impropia</i>.</p> <p>2. Modos en que puede hacerse la donacion entre vivos. Beneficio de <i>competencia</i> que tiene á su favor el donante. De la donacion que se hace por tiempo determinado.</p> <p>3. La donacion pura entre vivos es irrevocable. Causas porque se puede revocar.</p> <p>4 y 5. Donaciones que no son válidas.</p> | <p>6. Quiénes pueden y quiénes no pueden hacer donaciones.</p> <p>7. Donacion <i>por causa de muerte</i>, qué es.</p> <p>8. Es válida cuando se hace por el riesgo de muerte de un tercero.</p> <p>9. Modos en que puede hacerse.</p> <p>10. Número de testigos para esta donacion.</p> <p>11. Quiénes pueden otorgarla.</p> <p>12. De las donaciones de esta clase hechas entre marido y muger, ó por los menores.</p> <p>13. Quiénes pueden recibir la donacion por causa de muerte.</p> <p>14. Causas porque se puede revocar.</p> |
|--|---|

1. La *donacion* es un contrato que consiste en la *dáviva gratuita que un individuo hace de alguna cosa propia en favor de otro que la acepta*. Se divide en dos especies (1), una que se hace por manda y razón de muerte, y la otra en salud sin manda. A la segunda se le llama donacion entre vivos, y á la primera donacion por causa de muerte. La donacion entre vivos se divide en pro-

(1) L. 7, tit. 10, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 7, lib. 10 de la N.

pia é impropia. La primera, que se llama tambien *pura, graciosa y simple*, es la que se hace por mera *beneficencia y liberalidad*, sin que se imponga ninguna limitacion al donatario. La segunda es la que se hace por algun motivo particular con determinado modo y condicion.

2. La donacion puede hacerse con entrega ó sin ella de la cosa donada, estando presentes ó ausentes el donante y el donatario y la cosa que se dona (1), á dia cierto, puramente, ó calificando la donacion con pactos que la restrinjan ó amplien, ó imponiendo al tiempo de hacerla al donatario y á la cosa donada los gravámenes y honestas condiciones que licitamente puedan cumplir (2). Hecha la donacion por palabras ó por carta simplemente sin haberse entregado la cosa, está obligado el donante á cumplirla; pero sin podersele pedir mas de lo que pueda hacer, porque tiene á su favor el beneficio de *competencia* (3), de que hablaremos en otra parte (4). La que se hiciere para que dure por tiempo determinado, solo valdrá en este tiempo, cumplido el cual gozarán la posesion y el señorío de ella el donador (5), sus herederos, ó el otro á quien nombrase para haberla, ó si no lo hubiese nombrado, recaerá en los que heredan los otros bienes del que hizo la donacion. Si en la donacion se impuso algun cargo al que la recibe, y lo cumpliere, quedará válida en un todo; pero si no los cumple, puede ser apremiado á ello, ó á que desampare la donacion, pues la puede revocar el donador (6). Estas donaciones dice la ley (7) que se llaman en latin *sub modo*.

3. La donacion pura entre vivos una vez hecha y

(1) LL. 1, 4 y 11, tit. 4, P. 5. L. 10, tit. 12, lib. 3, del F. R. — (2) LL. 4 y 6, tit. 4, P. 5. — (3) L. 4, tit. 4, P. 5. — (4) Lib. 3, tit. 15. — (5) La ley en que se hallan estas disposiciones que es la 7 tit. 4, P. 5. no hace mencion del donador. — (6) L. 6, tit. 4, P. 5. — (7) La ley últ. cit.

aceptada, bien sea que la cosa se haya entregado al donatario ó que subsista todavía en poder del donante, es irrevocable (1), aun cuando este mude de parecer; y por lo mismo en tal caso no tiene arbitrio para imponerle ningun gravamen ni condicion, pues ya transfirió su dominio al donatario, y de cosa ajena no puede disponer nadie sin auuencia de su dueño (2). Lo único que puede hacer el donante es aclarar su voluntad, cuando los términos en que hizo la donacion ofrezcan alguna ambigüedad que necesite explicarse (3). Puede sin embargo revocarse la donacion por cuatro causas (4): 1.<sup>a</sup> Cuando el donatario hace gran deshonra de palabras al donante, ó lo acusare de un delito tal que si lo probase, incurriera en pena de muerte, de perdimiento de algun miembro, de infamia, ó de perder la mayor parte de sus bienes. 2.<sup>a</sup> Si metiése manos airadas contra él. 3.<sup>a</sup> Si le hiciese gran daño en sus cosas. 4.<sup>a</sup> Si de alguna manera tratase su muerte. Si una muger hace alguna donacion á su hijo de matrimonio despues de muerto el marido, y la propia muger contrae posteriormente otro matrimonio, solo puede revocar aquella donacion por las tres últimas causas de las cuatro que acabamos de expresar (5). Las razones de ingratitud referidas puede ponerlas y alegarlas el mismo donante agraviado, y no sus herederos (6).

4. La donacion de todos los bienes que tuviere el donante, no es válida (7) aunque solo sea de los presentes (8). Antonio Gomez (9) dice que valdria, si el que la hizo se reservó alguna cosa notable como el usufructo durante su vida. Y la ley que la supone vá-

(1) L. 7, tit. 10, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 7, lib. 10 de la N. — (2) Salg. *Labyr.*, part. 2, cap. 9, n. 73. — (3) Rojas de Almanz. *De incompat. disp.* 1, quæst. 10, n. 24. — (4) L. 10, tit. 4, P. 3. — (5) La ley últ. cit. — (6) La misma ley. — (7) L. 7, tit. 12, lib. 3 del F. R. — (8) L. 8, tit. 10, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 7, lib. 10 de la N. — (9) En la ley 63 de Toro, que es la últ. cit. de la R. y de la N.

lida (1) deberá entenderse en este caso de haberse hecho la reserva. Esta ley dice que los hombres se mueven á veces á hacer donaciones, porque no tienen hijos ni esperanza de tenerlos; y por tanto, si alguno por tal razon diese á otro todo lo suyo ó gran parte de ello, y despues tuviese hijo de su muger legitima con quien haya casado despues, luego que lo tiene, queda revocada por eso la donacion, y no debe valer de ninguna manera. Y si alguno que tuviese hijos legitimos, hiciese á otro mayor donacion de la que puede, quedando á salvo la parte legitima de sus hijos, pueden estos revocarla en el exceso de que no podia disponer su padre. En el primer caso de esta disposicion se duda (2) si lo prevenido en ella comprende solamente la propiedad de los bienes donados, ó se extiende tambien á los frutos y rentas; bien que si despues de nacido el hijo no reclamare el donante en algun tiempo la cosa donada, y el donatario le pide la renta vencida hasta el dia en que se le hace aquel reclamo, deberá satisfacérsela, porque es visto haber querido donársela despues que nació el hijo, y privarse de su goce, como que no le está prohibido hacer una donacion moderada á quien quiera. Si no excede del quinto, no se revocará la donacion hecha, ni tampoco si es remuneratoria aunque exceda en algo (3). Gregorio Lopez (4) dice que la expresion indefinida de la ley que dice: *gran partida*, debe determinarse por el arbitrio del juez. Que la expresion *es revocada*, denota que lo queda por el mismo derecho. Y explicando las palabras, *con que casase despues*, opina que deberá decirse lo mismo en el caso de que tuviere hijos de la que era muger suya al tiempo de la donacion, con tal que apareciese que el donador no pensó en ellos.

(1) L. 8, tit. 4, P. 3. — (2) Greg. Lop., en la ley últ. cit. glos. 12. — (3) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 22, n. 21. — (4) Glos. 2, 10, de la ley 8, tit. 4, P. 3.

5. La donacion que exceda de quinientos maravedis de oro, no es válida en el exceso, á ménos que se haga con *insinuacion*, esto es, que se manifieste al juez mayor del lugar en que se hace para que la apruebe, y á ella interponga su autoridad judicial (1). Pero valdrán las donaciones en los casos siguientes, aunque se hagan sin insinuacion: 1º La que se hace por el soberano, y la que á él se le hace. 2º Las que se hacen por redimir cautivos, ó por rehacer alguna iglesia ó casa derribada. 3º La que se hace por dote ó donacion en razon de casamiento. 4º La que se hace á iglesia, lugar religioso ó hospital (2).

6. El que tiene potestad de tratar y contratar, puede hacer donacion entre vivos. No pueden por lo mismo hacerla, ni es válida la que hagan, el menor de veinte y cinco años, el loco, el fatuo, el desmemoriado, y el pródigo declarado; pero es válida la que se les hace. Tampoco pueden hacerla, ni valdrá la que hagan, los reos de lesa magestad, los declarados judicialmente hereges (3), los condenados á muerte ó destierro per-

(1) L. 9, tit. 4, P. 3. No se sabe de cierto cuanto valen los quinientos maravedis de oro de que habla esta ley; sobre lo cual hay varias opiniones, y el mas alto valor que se les da, es de poco mas de mil y doscientos pesos nuestros. Por tanto, y porque esta cantidad no puede ser excesiva en muchísimas personas, conveniria que nuestros cuerpos legislativos diesen reglas nuevas conformes á nuestras circunstancias.

(2) La ley últ. cit.

(3) Ley 2, tit. 4, P. 3. Parece que el motivo de esta prohibicion era que los reos á quienes comprende incurrian en la pena de confiscacion de bienes, que podria eludirse por medio de donaciones verdaderas ó fingidas: este concepto era sin duda el de Gregorio Lopez, pues en la glosa 2 de la citada ley, dice que tampoco valen las donaciones en otros casos y delitos en que se confiscan *ipso jure* los bienes desde el tiempo en que se comete el delito. Siendo esto así, deberá tenerse presente que la confiscacion de bienes como pena, está prohibida entre nosotros por el art. 147 de la constitucion federal.

petuo (1); pero en cuanto á estos juzgamos que no subsiste la prohibicion desde que una ley (2) les permite testar. El hijo que está bajo la patria potestad, no puede hacer donacion de sus bienes sin licencia de su padre; pero no la necesita respecto de sus bienes castrenses ó cuasicastrenses; y de los profecticios podrá dar tambien alguna cosa á su madre, hermana, sobrina ú otro pariente para casamiento ú otra cosa que entendiesen serles de gran menester, y fuere cosa justa y derecha; y asimismo á su maestro que le enseñase alguna ciencia (3). Tampoco pueden hacer donacion de los bienes de la iglesia, su administrador ni el arzobispo ú obispo, sino en los casos y con los requisitos que se expresan en las doce leyes del titulo 14 P. 1. Las donaciones entre los esposos ántes del matrimonio son válidas, aunque este no llegue á efectuarse, si no es que se pacte lo contrario; pero son nulas cuando se expresa que no han de tener efecto hasta despues de consumado el matrimonio, á ménos que sean de las permitidas entre marido y muger. Tampoco son válidas las donaciones de un novio á su novia, si esta se halla en casa de aquel, y fueren hechas en el mismo día de la boda. Las donaciones entre esposos hechas despues de casados, son nulas por lo general (4); y solamente son válidas en los casos siguientes: 1º Si el donante no las revocase en su vida, pues si lo hace, ó enagena la cosa donada, ó el donatario muere ántes que el donante, será ineficaz la donacion (5). 2º Cuando ninguno de los dos cónyuges se hace mas pobre por la donacion, como si uno diese al otro la alhaja que un tercero le hubiese legado (6). 3º Si el empleo de la cosa donada redunde en servicio de Dios ó de la igle-

(1) L. 2, tit. 4, P. 3. — (2) L. 3, tit. 4, lib. 3 de la R. 63, tit. 18, lib. 10 de la N. — (3) L. 3, tit. 4, P. 3. — (4) L. 4, tit. 11, P. 4. — (5) L. 4, tit. 11, P. 4. — (6) L. 3, tit. 11, P. 4.

sia, como en el caso de que el marido diese á su muger una heredad para mantener una lámpara, ó reparar alguna capilla ó monasterio (1). Sobre las donaciones de los padres á los hijos, véase lo dicho en el tit. 6º de este libro.

7. La donacion por causa de muerte es la que hace cualquier individuo enfermo ó sano que se juzga en peligro de morir, como al emprender un viaje por mar ó una peregrinacion larga, ó cuando es de edad avanzada ó amenaza invasion de enemigos ó ladrones.

8. Aunque es esencial en esta donacion que la causa impulsiva sea el temor de la muerte, no es preciso que esta sea la del donante, si bien es lo más comun, pues tambien es válida cuando se hace por el riesgo de muerte de un tercero, bajo la condicion de que si este fallece, perciba el donatario la cosa donada (2).

9. Esta donacion puede hacerse de dos modos: 1º Cuando uno por el peligro de muerte en que se encuentra, sea próximo ó probable, la otorga en tales términos, que haya de pasar la cosa donada al dominio del donatario inmediatamente, sin que jamas haya de volver al suyo, aunque el riesgo cese y quiera revocarla. 2º Cuando hace la donacion de manera que no haya de haber la cosa el donatario, sino despues de la muerte del donante (3).

10. Una ley (4) dice que esta donacion debe hacerse delante de cinco testigos; pero cremos con varios autores (5) que en esta parte se halla corregida por otra ley (6), que para los testamentos nuncupativos solo exige tres testigos, en la cual están comprendidas es-

(1) L. 6, tit. 11, P. 4. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 23, n. 3. — (3) Id. en el lugar cit., n. 2. — (4) L. fin., tit. 4, P. 5. — (5) Cobar. in rubr. de testam. part. 3, n. 32. Matienz. en la ley 1, tit. 4, lib. 3 de la R., glos. 2 y en la 7, lib. 10 del mismo tit., y otros. — (6) L. 1, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 18, lib. 10 de la N.

tas donaciones, pues las palabras *ú otra postrimera voluntad*, no tienen otro objeto á que referirse; y tambien porque seria infundado exigir mayor solemnidad para estas donaciones que para los testamentos. Otra ley (1) hablando de ellas, dice que se hacen por *manda*, cuya palabra significa legado ó fideicomiso, como hemos dicho en otra parte (2), con lo que denota que en muchas cosas se asemeja á los legados, y así es en efecto, como en la facultad de revocarla libremente el que la hizo, y en que está sujeta á la cuarta falcidia (3) y en otras cosas.

11. El que es idóneo para testar, aunque esté bajo la patria potestad (4), lo es tambien para otorgar estas donaciones, así de los bienes que actualmente posea, como de los que pueda adquirir en adelante, en cuanto las leyes no se lo prohiban por otro respecto, como el de tener hijos cuya legitima deba dejar á salvo, etc. (5).

12. Las donaciones por causa de muerte entre marido y muger son válidas; pero la que haga esta en favor de un extraño sin licencia de su marido, ó un menor sin la de su curador, es punto dudoso en que no están de acuerdo los autores (6). Mas para revocar la hecha, convienen todos en que ni la muger ni el menor necesitan de licencia (7).

13. Puede ser donatario el que tuviere aptitud para admitir legados, y puede estar ó no presente al otorgamiento de la donacion; pero su capacidad se ha de considerar al tiempo del fallecimiento del donante, y no al tiempo en que se hizo la donacion (8).

(1) L. 7, tit. 10, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 7, lib. 10 de la N. — (2) Tit. 6, de este, lib. n. 12. — (3) L. 4, tit. 11, P. 6. — (4) L. fin., tit. 4, P. 5. — (5) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 23, n. 4. — (6) V. Gom., lib. 2 Var., cap. 4, n. 16. Gutierr. de jur. conf., part. 1, cap. 19. Matienz. en la ley 2, tit. 3, lib. 3 de la R., glos. 1, n. 2. — (7) V. Hermos. en la L. 11, tit. 4, P. 5, glos. 1, n. 3, Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 23, n. 5. — (8) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 23, n. 6.

1.ª La donacion por causa de muerte puede ser revocada por tres causas (1). 1.ª Si el donatario muere ántes que el donador: 2.ª Si este salió de la enfermedad ú otro peligro por cuya razon hizo la donacion. 3.ª Si el donante se arrepiente de la donacion ántes de morir. Para acreditar la revocacion hecha por la última causa, bastarán tres testigos (2). Revocada la donacion debe restituir el donatario, no solo los frutos pendientes, sino los percibidos desde que se le hizo, aunque se le haya entregado entónces la cosa donada, porque no es contrato válido ni perfecto hasta que se confirma con la muerte del donante (3).

## TITULO XXI.

## DE LOS CUASICONTRATOS.

1. Cuasicontratos, qué son.
2. I. Cuasicontrato: *La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño.*
3. De la paga de expensas al administrador en los casos que se refieren pertenecientes á este cuasicontrato.
4. Casos en que puede no cobrar el importe de los gastos el que recoge á un huérfano desamparado. Obligaciones de este para con quien lo recoge.
5. De los gastos hechos por la madre ó abuela, en cuyo poder quedan los hijos ó nietos por muerte de su padre.
- 6 y 7. Obligaciones del administrador y culpa que debe prestar en este cuasicontrato.
8. II. Cuasicontrato: *La administracion de la tutela ó de la cura.*
9. III. Cuasicontrato. *La comunion de bienes,* no por contrato de compañía, sino por haberse dejado á dos en comun una herencia, legado ú otra cosa semejante.
10. IV. Cuasicontrato: *La adiccion ó admision de la herencia.*

(1) L. fin., tit. 4, P. 3. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cvp. 23, n. 7. — (3) Id en el lug. últ. cit.

11, 12, 13, 14. V. Cuasicontrato: *La paga de lo que no se debe.* Casos en que

la repeticion tiene lugar, y casos en que no la tiene.

1. Hay ciertas obligaciones que nacen de unos hechos honestos y buenos, tan semejantes en sus efectos á los contratos que el derecho finge ó hace presumir que lo son, por lo que los intérpretes de las leyes romanas y los autores españoles les llaman *cuasicontratos*, que son los que siguen.

2. I. *La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño.* La naturaleza de este cuasicontrato se halla bien explicada en una ley (1) que dice: « Vanse » los omes á las vegadas de sus tierras, é de sus lugares á otras partes, é por desacuerdo, ó por olvidanza » non encomiendan sus casas, nin sus heredades á » quien las recabde nin las labre. E acaece que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco ó por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro, trabájense de recabdar, é de enderezar aquellas heredades, é las otras cosas que así fincan como desamparadas, é despienden y de lo suyo á las vegadas; é á las veces esquilman de las heredades é aprovechanse de ellas. E porende decimos que cuando despendiere alguno desta manera en pro ó en mejoría de la heredad, ó de las cosas de otro en nome del, que tambien es tenuto de gelo fazer cobrar el señor de la heredad, como si lo oviese fecho por su mandado mismo. Otrosi el otro es tenuto de dar al señor de la heredad lo que ende esquilmare, demas de las despensas que y oviere fechas; dándole ende cuenta verdadera é derecha. »

3. La paga de las expensas tiene tambien lugar cuando el administrador y el guardador de huérfanos,

(1) L. 26, tit. 12, P. 3.

14. La donacion por causa de muerte puede ser revocada por tres causas (1). 1ª Si el donatario muere ántes que el donador: 2ª Si este salió de la enfermedad ú otro peligro por cuya razon hizo la donacion. 3ª Si el donante se arrepiente de la donacion ántes de morir. Para acreditar la revocacion hecha por la última causa, bastarán tres testigos (2). Revocada la donacion debe restituir el donatario, no solo los frutos pendientes, sino los percibidos desde que se le hizo, aunque se le haya entregado entónces la cosa donada, porque no es contrato válido ni perfecto hasta que se confirma con la muerte del donante (3).

## TITULO XXI.

## DE LOS CUASICONTRATOS.

1. Cuasicontratos, qué son.
2. I. Cuasicontrato: *La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño.*
3. De la paga de expensas al administrador en los casos que se refieren pertenecientes á este cuasicontrato.
4. Casos en que puede no cobrar el importe de los gastos el que recoge á un huérfano desamparado. Obligaciones de este para con quien lo recoge.
5. De los gastos hechos por la madre ó abuela, en cuyo poder quedan los hijos ó nietos por muerte de su padre.
- 6 y 7. Obligaciones del administrador y culpa que debe prestar en este cuasicontrato.
8. II. Cuasicontrato: *La administracion de la tutela ó de la cura.*
9. III. Cuasicontrato. *La comunion de bienes,* no por contrato de compañía, sino por haberse dejado á dos en comun una herencia, legado ú otra cosa semejante.
10. IV. Cuasicontrato: *La adiccion ó admision de la herencia.*

(1) L. fin., tit. 4, P. 3. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cvp. 23, n. 7. — (3) Id en el lug. últ. cit.

11, 12, 13, 14. V. Cuasicontrato: *La paga de lo que no se debe.* Casos en que

la repeticion tiene lugar, y casos en que no la tiene.

1. Hay ciertas obligaciones que nacen de unos hechos honestos y buenos, tan semejantes en sus efectos á los contratos que el derecho finge ó hace presumir que lo son, por lo que los intérpretes de las leyes romanas y los autores españoles les llaman *cuasicontratos*, que son los que siguen.

2. I. *La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño.* La naturaleza de este cuasicontrato se halla bien explicada en una ley (1) que dice: « Vanse » los omes á las vegadas de sus tierras, é de sus lugares á otras partes, é por desacuerdo, ó por olvidanza » non encomiendan sus casas, nin sus heredades á » quien las recabde nin las labre. E acaece que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco ó por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro, trabájense de recabdar, é de enderezar aquellas heredades, é las otras cosas que así fincan como desamparadas, é despienden y de lo suyo á las vegadas; é á las veces esquilman de las heredades é aprovechanse de ellas. E porende decimos que cuando despendiere alguno desta manera en pro ó en mejoría de la heredad, ó de las cosas de otro en nome del, que tambien es tenuto de gelo fazer cobrar el señor de la heredad, como si lo oviese fecho por su mandado mismo. Otrosi el otro es tenuto de dar al señor de la heredad lo que ende esquilmare, demas de las despensas que y oviere fechas; dándole ende cuenta verdadera é derecha. »

3. La paga de las expensas tiene tambien lugar cuando el administrador y el guardador de huérfanos,

(1) L. 26, tit. 12, P. 3.

ó procurador ó mayordomo de algun comun ó particular se ausentaren; y las deberán pagar ellos ó su principal (1). Las expensas se han de pagar, cuando el administrador entró con buena intencion á cuidar de las cosas del ausente; pero si se pudiere saber en verdad que alguno se metió en ello con mala intencion, y no aparece que alinó ni mejoró cosa alguna de donde pueda sacar las expensas que hizo, las debe perder sin poderlas recobrar del dueño, si no es que hiciera tanta ganancia que bastara para pagarlas y quedar parte de ella al dueño. Y si en las cosas hubiere algun daño ó menoscabo, lo debería todo al dueño (2).

4. Si alguno se mueve por piedad á recibir en su casa un huérfano desamparado, y hace gastos en alimentarlo y cuidar de sus cosas mientras lo tiene en su casa, no puede cobrar de los bienes del niño estos gastos, pues se entiende haberlo hecho por Dios; pero aquel deberá favorecerlo y honrarlo toda su vida (3). Exceptuáse el caso de que fuese una muchacha con quien quisiese despues casarse el que la recogió, ó que se casase alguno de sus hijos, y ella ó su padre se negasen á ello, pues el que le embarace deberá pagar las expensas hechas en su crianza (4). Gregorio Lopez (5) dice que esto se entiende cuando el novio no es mucho mayor en edad que la muchacha.

5. Cuando muerto un padre de familia quedaren sus hijos en poder de su madre ó abuela, y no tuvieren bienes propios, no podrán estas reclamar en lo sucesivo los gastos que hicieron en su alimento, vestido y demas que hubieren menester, porque se supone que se movieron naturalmente á mantenerlos. Pero si los hijos tienen bienes, que se hallan en poder de su madre ó abuela, y bastan á soportar aquellos gastos, podrán recobrarlos de los mismos bienes. Si los mozos fuesen

(1) L. 27, tit. 12, P. 3. — (2) L. 29, tit. 12, P. 3. — (3) L. 33, tit. 12, P. 3. — (4) L. 33, tit. 14, P. 3. — (5) Glos. 3 de la últ. ley cit.

tan ricos que tuviesen de que vivir con lo suyo, y los bienes de ellos no estuviesen en poder de la madre ni de la abuela, y teniendo estas en su poder algunos de ellos, les diesen todo lo que fuese menester, protestando que los gastos que hacian saliesen de los bienes de ellos, entónces bien pueden cobrar lo que gastaren y haberlo de los bienes de los mozos. Mas si no hicieren tal protesta, no podrian cobrar los gastos que hiciesen (1). Gregorio Lopez (2) opina que podrian cobrarlos, aunque no hubieran protestado, con tal que conste que tuvieron ánimo de repetirlos. El padrastro que teniendo en su casa á su entenado ó hijastro, le diese alimentos y las otras cosas que fueren menester, protestando que quería cobrar las expensas que en ello hacia, las podrá cobrar de los bienes del mozo si los tuviere. Pero si este fuere ya tan grande que se sirviese de él, no podrá cobrar los gastos que hizo en educarlo, aunque lo protestase, por ser justo que el servicio de aquel le sirva de descuento de las expensas hechas en razon de su persona. Mas podrá recobrar las que hubiere hecho en las cosas del mozo que fueron para su utilidad. La ley (3) que previene lo dicho, no lo limita al padrastro, sino que lo extiende á todos los hombres que gobiernan y cuidan de los mozos extraños y recaudan sus cosas.

6. El administrador no debe comprar ni hacer cosa alguna que no hubiese usado comprar ni hacer el dueño de los bienes que administra; si lo contrario hiciere, y en los bienes se encontrare algun daño ó menoscabo, será todo á cargo suyo y no del dueño, aunque aconteciere por ocasion ó caso fortuito. Y si hubiere ganancia, será toda del dueño, con obligacion de pagar al administrador las expensas que en ello hubiere hecho (4).

(1) L. 36, tit. 12, P. 3. — (2) Glos. 6 de la ley últ. cit. — L. últ., tit. 12, P. 3. — (4) L. 33, tit. 12, P. 3.

7. Una ley (1) dice que todo hombre que quiere trabajar en recaudar y alinear las cosas ajenas, debe hacerlo con buena fe y lealmente, y de manera que no se pierda ni menoscabe ninguna cosa por su culpa ni engaño que él haga; y si esto sucediere, está obligado á pagarlo. Pero si se moviere (añade la misma ley) á recaudar las cosas sobredichas porque las halló tan desamparadas que nadie cuidaba de ellas, y lo hizo por evitar daño á su dueño ó á los que las tienen en guarda, entónces no estaria obligado á pagar lo que por su culpa se perdiese, á menos que se le probase haber sido la pérdida por engaño que él hubiera hecho. Gregorio Lopez (2) hablando de la primera parte de esta ley, dice que el administrador está obligado por lo regular á prestar el dolo, y la culpa lata y leve, (y así lo persuade otra ley (3) y alguna vez la levisima, como cuando queria administrar otra persona diligentisima, ó tenia esta calidad el mismo dueño de los negocios; pero que al caso fortuito no está obligado por lo regular el administrador. El mismo Lopez (4) hablando de la palabra *engaño* que se halla en la segunda parte de la ley referida, añade la culpa lata que se compara al dolo. Otra ley (5) previene que si alguno quisiese administrar con mucho cuidado los negocios de algun amigo suyo por amistad ó parentesco, y otro se presentase á decir que él los queria administrar, si por esta razon desiste el primero, está obligado el segundo á administrarlos en la manera que el otro lo queria hacer, de suerte que no se pierda ni menoscabe ninguna de aquellas cosas por su culpa, ni por su engaño, ni por su negligencia; y si lo contrario hiciere, estaria obligado á pagar quanto se perdiese ó menoscabase por cualquiera de estas tres maneras sobredichas. Expli-

(1) L. 30, tit. 12, P. 5. — (2) Glos. 1 de la ley últ. cit. — (3) L. 34, tit. 12, P. 5. — (4) Glos. 3 de la L. 30, tit. 12, P. 5. — (5) L. 34, tit. 12, P. 5.

cándose de este modo la ley, quiso significar que deberia tal administrador prestar las tres culpas, la lata comprendida en la palabra *engaño*, la leve en la *culpa*, y la levisima en la *negligencia*, pues aunque esta última denota regularmente la culpa leve, creemos que aquí significa la levisima por varias razones: 1<sup>a</sup> Porque el administrador debe estar mas obligado en este caso que en los ordinarios. 2<sup>a</sup> Porque la ley opone la palabra *negligencia* á la palabra *culpa* que suele significar la leve. 3<sup>a</sup> Porque en resumen dice la misma ley que debe pagar las pérdidas ó menoscabos que sucedieren por cualquiera de las tres maneras sobredichas. Puede añadirse, que esta es la opinion de la glosa de las leyes romanas, y muchos de sus intérpretes, á la cual es de creer que se quisieron acomodar los que trabajaron en la formacion de las *Partidas*.

8. II. Cuasicontrato: *La administracion de la tutela ó de la cura*. No es contrato entre el tutor ó curador y el menor; pero produce en ellos obligaciones del uno á favor del otro, porque el primero está obligado á dar cuentas al segundo de lo que ha percibido por razon de la tutela ó curaduria, y el segundo lo está á pagarle ó abonarle lo que por razon de su oficio haya expendido en bien del mismo menor (1).

9. III. Cuasicontrato: *La comunion de bienes*, no por contrato de compañía, sino por haberse dejado á dos en comun una herencia, legado ú otra cosa semejante. Cuando así sucediere, cualquiera de los comuneros está obligado á consentir que se parta la cosa comun, si el otro lo pide (2); lo cual se ha establecido justisimamente para cortar los grandes desacuerdos y discordias que nacen con frecuencia de la comunion, y para que teniendo cada uno lo suyo por separado, lo aliñe y aproveche mejor (3). El que administra la cosa

(1) V. el tit. 7 del lib. 1. — (2) L. 2, tit. 15, P. 6. — (3) L. 1, tit. 15, P. 6.

en la comunión de bienes, tiene la obligación ordinaria en todos los administradores, de dar cuenta de todos provechos y cargos que han tenido.

10. IV. Cuasicontrato: *La adición ó admisión de la herencia.* Por esta se obliga el heredero á pagar las mandas que dejó el testador. Esta obligación no debe confundirse con la otra que tiene el heredero de satisfacer á los acreedores que tenía el difunto, porque esta no nace de la adición de la herencia, aunque entra con ella, sino de la causa que la produjo contra el testador, y por lo mismo debe seguir su naturaleza. Estos acreedores se llaman hereditarios, porque ya eran carga de la herencia ántes de ser admitida, y los otros se llaman testamentarios por ser su raíz el testamento.

11. V. Cuasicontrato: *La paga de lo que no se debe.* Si alguno pagare por yerro lo que no debe, creyendo que lo debía, se le ha de volver lo que pagó (1). Y si el que lo recibió negare que hubo yerro, deberá probar que lo hubo el que hizo la paga. Pero si negare habérselo pagado, bastará que el demandante pruebe que pagó, pues aunque no probase que fué por yerro, se le deberá restituir lo que pagó, si no es que el demandado quisiese probar luego que la paga se hizo por deuda verdadera. La ley que esto previene (2) exceptúa en seguida al menor de veinte y cinco años, á la muger, al labrador sencillo, al caballero que vive con caballo y armas al servicio del soberano ó de la tierra, á quienes exime de la obligación de probar que fué con yerro la paga que hicieron, cargando con la de probar lo contrario al que la recibió. El que pagare dudando si debía ó no, podrá recobrar lo que pagó, si probase que no lo debía; pero si pagó sabiendo que no debía, no podrá recobrarlo, porque se juzga que lo hizo con intención de darlo, á no ser que fuese menor de veinte y cinco

(1) L. 28, tit. 14, P. 5. — (2) L. 29, tit. 14, P. 5.

años, pues entónces por razon de la edad podría repetirlo (1).

12. Si alguno pagare voluntariamente ignorando que no podia ser apremiado en derecho como un heredero que pagase las mandas dejadas en un testamento imperfecto, no puede repetirlo. Exceptúanse las mismas personas de que hemos hablado en el número anterior (2). Tampoco puede repetir lo que paga el que absuelto sin razon en juicio de hacer cierta paga que verdaderamente debia, la verifica (3). No puede repetirse lo que se diere por titulo de dote ó arras á una muger por alguno que sin estar obligado á darlas, creyera estarlo (4). Ni lo que se paga por transacción (5). El que debiendo dar un caballo ó un mulo, diere los dos por que creyese deber hacerlo, podrá repetir el que quisiere; pero si hubiese muerto uno, no podrá pedir el otro (6). Si un menestral hiciere algunas obras por otro, como casa, nave ú otra cosa semejante, creyendo estar obligado, y despues de haberlas hecho hallare que no estaba obligado, debe aquel por quien las hizo darle tanto precio, quanto le pudiese costar el que las hiciese otro menestral tan bueno como el que las hizo (7).

13. Cuando media causa torpe, unas veces puede y otras no puede repetirse lo que se da. Hablamos de de esto aqui, porque de ello tratan las leyes que contienen las disposiciones del 5º cuasicontrato. La torpeza puede estar de parte del que recibe ó del que da, ó de uno y otro. En el primer caso hay lugar á la repetición, como si Juan diese á Pedro veinte pesos porque no hurte ó cometa otro crimen, porque es injusto recibir precio por no hacer aquello que por natural obligación no se debe hacer; y tampoco hay torpeza

(1) L. 30, tit. 14, P. 5. — (2) L. 31, tit. 14, P. 5. — (3) L. 33, tit. 14, P. 5. — (4) L. 35, tit. 14, P. 5. — (5) L. 34, tit. 14, P. 5. — (6) L. 39, tit. 14, P. 5. — (7) L. 40, tit. 14, P. 5.

en dar porque no se cometa el mal. Lo mismo sería si Juan diese los veinte pesos á Pedro porque le restituyese alguna cosa que le habia prestado (1). En el segundo caso, y con mas razon, tampoco se puede repetir. Así por ejemplo, una muger que sabiendo tener impedimento para casarse con Juan, ignorándolo este, lo hiciera y llevase dote, no podria repetirlo cuando los separasen (2). Sobre el que da á un juez para que juzgue bien, hay dos leyes que á primera vista parecen contradictorias: una (3) le concede la repeticion, dando á entender que la torpeza solo está de parte del juez que recibió; la otra (4) se la niega. Para concordar estas leyes nos parece bien lo que dice Gregorio Lopez (5), á saber, que solo en el caso de que se diere para que el juez sentencie justamente, y no le haga injusticia, tendrá lugar la repeticion, porque solo entonces se cree que lo dió con ánimo de redimir la vejacion, y no de corromper al juez. Del mismo sentir es el señor Cobarruvias (6), quien examina muy bien este asunto (7). Si alguno que cometió adulterio, homicidio, hurto u otro delito semejante, diere á otro alguna cosa porque no lo descubriese, puede repetir lo que le dió, pues aunque hubo torpeza en cometer el delito, no la hay en dar algo para evitar el peligro de ser descubierto, porque todo hombre debe procurar cuanto pudiere, para no caer en peligro de muerte ó de mala fama (8). Gregorio Lopez con su empeño de conciliar las leyes españolas con las romanas, quiere (9) que esto se entienda en el caso de que quien recibe no

(1) L. 47, tit. 14, P. 3. — (2) LL. 30 y 33, tit. 14, P. 3. Esta última pone el ejemplo del dinero que se da á una mala muger. — (3) L. 27, tit. 22, P. 3 vers. *Mos si*. — (4) L. 32, tit. 14, P. 3. — (5) Glos. 4 de la L. 27 y 1 de la 32. — (6) *In cap. Peccatum, de reg. jur. in 6 part. 2, cap. 3, n. 1.* — (7) Sobre las penas en que incurre el juez que recibe algo por el juicio, y el que se lo da, véanse las leyes 23, 26 y 27, tit. 22, P. 3. (8) L. ult., tit. 14, P. 3. — (9) Glos. 1 de la últ. ley cit.

fuese juez ni oficial público que tuviese obligacion de averiguar delitos, porque siéndolo, habria torpeza de parte del que da, como que parece que trataba de corromperlo. Pero nos parece que á esta opinion da poco lugar la ley (1). En el tercer caso, esto es, cuando hay torpeza de parte del que da y del que recibe, no se puede repetir, porque en caso de igualdad, es mejor la condicion del que posee (2). Las leyes 51 y 52, tit. 14, P. 3, traen otros ejemplos en que se niega la repeticion; pero sin que lo dado se quede en poder del que lo recibió, sino que debe ir al fisco, exceptuando el caso de los menores que trae la citada ley 51. Resulta, pues, de lo dicho, que solo tiene lugar la repeticion cuando no hay torpeza de parte del que da.

14. Si la cosa que pagó alguno sin deberla, era de las que dan fruto, debe restituirla el que la recibió, con los frutos que hubiere percibido. Si tuvo buena fe, creyendo que se le debía, y la vendiere, deberá pagar el precio en que la vendió, y nada deberá pagar si la perdió sin culpa. Si al contrario, tuviere mala fe cuando recibió la paga ó despues, sabiendo que no se le debía, deberá pagar el precio de la cosa al que se la pagó, tanto en el caso de venta como en el de pérdida (3). Gregorio Lopez (4) dice en cuanto á frutos, que debe restituir tambien los consumidos, si con ellos se hizo mas rico.

(1) V. el vers. *Co sabida*, de la últ. ley cit. — (2) L. 53, tit. 14, P. 3. — (3) L. 37, tit. 14, P. 3. — (4) Glos. 1 de la últ. ley cit.

## TITULO XXII.

DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS EN CUANTO PRODUCEN  
PENA PECUNIARIA.

Tít. 9, 13, 14 y 15, P. 7.

- |   |  |
|---|--|
| <p>1. Obligacion que producen el delito y el cuasidelito. Delitos de que aquí se habla: hurto, rapiña, daño contra justicia é injuria.</p> <p>2. Hurto, qué es. Su division en lo conducente á la materia de que se trata, es en <i>manifiesto</i> y <i>no manifiesto</i>; cuál es uno y otro.</p> <p>3. Obligacion y penas del ladrón manifiesto y del no manifiesto. Casos que se consideran como hurto, y lo que en ellos se practica.</p> <p>4. Acciones que produce este delito á quienes competen y contra quienes.</p> <p>5. <i>Rapina</i>, qué es: pena del que comete este de-</p> | <p>lito, acciones que produce.</p> <p>6. <i>Daño</i>, qué es: pena del que lo comete.</p> <p>7. <i>Injuria</i>, qué es: puede hacerse de palabra ó de hecho. Accion del injuriado.</p> <p>8, 9, 10, 11, 12, 13. Penas que señalan las leyes por las injurias que se expresan.</p> <p>14. De las injurias por escrito.</p> <p>15. De las injurias por impresos.</p> <p>16. Personas que pueden intentar la accion que nace de la injuria.</p> <p>17, 18. Término para intentar esta accion, y motivos porque ella se acaba.</p> <p>19. De los cuasidelitos.</p> |
|---|--|

1. El delito y el cuasidelito producen obligacion en el delincuente á favor de quien recibe el daño, cuya obligacion, á diferencia de las demas, nace del delito en tal manera, que el delincuente no puede libertarse de ella por mas que proteste que no quiere contraerla. Todos los delitos obligan á sus autores á pagar todos los perjuicios que causaron; pero aquí solo hablaremos de cuatro, como lo hizo Justiniano en sus Insti-

tuciones, y son: hurto, rapiña, daño contra justicia é injuria.

2. Hurto es *Malfetria* (maldad) que hacen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin placer de su señor, con intencion de ganar el señorío ó la posesion, ó el uso de ella. La ley (1) que así lo define, añade como consecuencia que es preciso para que haya hurto, que la cosa sea mueble, que se tome contra el placer de su amo, y que así lo piense quien la toma, porque no puede haber hurto sin voluntad de hurtar. Son varias las especies de hurto; pero la division que conduce á la materia de que tratamos, es la de *manifiesto* y *no manifiesto*. El primero es, cuando se halla el ladrón con la cosa hurtada; en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquier otro ántes que la pueda esconder en el parage á que queria llevarla, bien fuese preso, hallado ó visto por el dueño ó cualquier otro. El segundo es el hurto á que faltan algunas de las circunstancias referidas (2). Gregorio Lopez (3), apoyado en varias autoridades, dice, que aunque el ladrón sea visto con la cosa hurtada, no por esto es manifiesto el hurto, si ademas no se grita contra aquel, y se le persigue.

3. El ladrón manifiesto debe restituir la cosa ó su estimacion á la persona á quien la hurtó, y pagarle ademas el cuatro tanto de lo que valia. El ladrón no manifiesto debe restituir tambien la cosa ó su estimacion, y pagar el duplo de lo que valia (4). Estas disposiciones tienen lugar contra los que dan ayuda ó consejo tal, que por su razon se haya hecho el hurto, que de otra manera no se hubiera hecho (5). Hay autores (6)

(1) L. 1, tít. 13, P. 7. — (2) L. 2, tít. 14, P. 7. — (3) Glos. 4 de la ley últ. cit. — (4) L. 18, tít. 14, P. 7. — (5) L. 1, tít. 14, P. 7. — (6) Ant. Gomez Var., cap. 3, n. 4, y Ayllón citando á otros muchos.

que dicen no estar en uso estas penas pecuniarias del cuádruplo y duplo (1), sino solo la corporal ú otra á arbitrio del juez según las circunstancias, y siempre con la satisfaccion de los perjuicios. Una ley (2) establece que comete hurto el que recibe una cosa agena mueble para ir con ella á cierto lugar por tiempo señalado (es decir, el comodatario), y la lleva de allí adelante ó usa de ella, si no es que lo hiciere creyendo que no le pesaría al dueño ó en verdad no le pesa; y lo mismo el que tiene la cosa en depósito ó á peños. En los casos de esta ley, solo se practica satisfacer al dueño los perjuicios.

4. El dueño de la cosa puede pedir esta ó su estimacion contra el que se la hurtó ó sus herederos, porque la accion con que la pide es persecutoria de la cosa; pero la pena del cuádruplo ó del duplo solo se puede pedir contra el ladron y no contra sus herederos, á no ser que viviendo aquel se hubiese contestado ya el pleito (3). Se le debe restituir la cosa hurtada con todos sus frutos y aumentos, y resarcirle los daños y menoscabos que le vinieron por razon del hurto. Si la cosa pereciese por aventura ó caso fortuito, deberá el ladron ó su heredero pagar por ella cuanto pudiera valer desde el dia en que la hurtó hasta el dia en que se la empezaron á demandar (4). Esta accion compete por razon del dominio, y la otra penal por razon de interesar, la que hay ocasiones que no compete al dueño, y sí á los que no lo son, porque el interes no es de aquel sino de estos. Las leyes que tratan de esta materia (5) ponen varios ejemplos. Si á Pedro le hurtasen alguna cosa su hijo, nieto ó muger, no se las podrá demandar como á ladrones, esto es, no tendrá contra

(1) En el distrito federal no lo estan. — (2) L. 3, tit. 14, P. 7. — (3) L. 20, tit. 14, P. 7. — (4) La ley últ. cit. — (5) LL. 9, 10 y 12, tit. 14, P. 7.

ellos la accion penal, porque puede castigarlos él mismo de buena manera. Si la vendiesen y el comprador supiese que era hurtada, la podrá demandar Pedro al comprador, y probando ser suya, la recobrará sin darle nada á este, quien perderá el precio que dió por ella. Pero si el que compró tiene buena fe, siempre deberá dejar la cosa á su dueño; pero podrá pedir al que se la vendió el precio que dió por ella. Los que hubieren dado consejo ó ayuda para el hurto al hijo, nieto ó muger, no están exentos de la accion penal (1).

5. *Rapiña en latin*, dice la ley (2), tanto quiere decir en romance como robo que los omes facen en las cosas ajenas que son muebles. Esta explicacion está incompleta, porque le falta la palabra *abiertamente* despues de *facen*. Gregorio Lopez la añade (3), y el principio del tit. 13, P. 7, dice que rapiña es malfetria que cae entre furto ó fuerza; y todos reconocen que la diferencia entre hurto y robo es que aquel se hace *encubiertamente* y este *abiertamente*, y que el hurto considerado como género, contiene como especies el hurto, y el robo. El emperador Justiniano dijo (4) que quien comete robo está sujeto á las acciones que competen contra los que hacen hurtos, y que es un improbo ladron. En tal supuesto no debe admirar que sea mas leve la accion penal establecida por ciertas leyes (5) contra el que roba que contra el que hurta; y es mas leve, lo uno porque la primera consiste en el triplo, y la segunda en el cuádruplo; y lo otro porque la del hurto es perpetua, y la del robo es añal. El dueño de la cosa robada puede pedirla siempre con sus frutos, y en su defecto, la cantidad en que se estimen, y puede

(1) L. 4, tit. 14, P. 7. — (2) L. 1, tit. 13, P. 7. — (3) Glos. gener. de la ley últ. cit. — (4) *Princ. Instit. de vi honor.* — (5) L. 3, tit. 13, P. 7, L. 2, tit. 12, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 34, lib. 12 de la N.

pedirla al robador ó á sus herederos, en los mismos términos que la cosa hurtada (1); y competen las acciones á los mismos á quienes competen las de hurto (2).

6. El daño de que vamos á hablar es: *Empeoramiento, ó menoscabo ó destruímiento que ome recibe en sí mismo ó de sus cosas por culpa de otro* (3). Los romanos tuvieron una ley famosa llamada *Aquilia* que regulaba los daños hechos por culpa de otro, para que se resarcieran; cuya doctrina adoptaron en la mayor parte las leyes del tit. 15, P. 7. Una de ellas (4) en que se hace mención de la ley *Aquilia*, previene que si alguno se querrela delante del juez del daño que le fué hecho por haberle matado algun ciervo, ó algun caballo ú otro cuadrúpedo, de los que son mas útiles, y de los que la ley pone una larga serie, debe pagar por él quien hizo el daño, tanto quanto mas pudiera valer aquella cosa desde un año antes hasta el dia en que la mató. Y si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos indicados, sino por heridas que los empeoraron; ó si se diese muerte á otras bestias, ó quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberán los que lo hicieron pagar tanto quanto mas podia valer la cosa dañada desde treinta dias antes hasta aquel en que sucedió; de suerte que el resarcimiento de este daño mira siempre hácia atras. No solo se debe resarcir el daño causado en la cosa, sino tambien los menoscabos ocasionados al dueño (5). Para que tenga obligacion de resarcir el daño el que lo hizo, es preciso que lo haya hecho con culpa; si no la hubiese, á nada estaria obligado (6). Antonio Torres (7) advierte no estar en uso en España el hacerse la estimacion del

(1) L. 3. tit. 13, P. 7. — (2) L. 2, tit. 13, P. 7. — (3) L. 1, tit. 15, P. 7. — (4) La 18. — (5) L. 19, tit. 15, P. 7. — (6) L. 6, tit. 15, P. 7. En esta ley y en otras siguientes se ponen varios ejemplos de casos en que puede haber ó no culpa. — (7) *Instit. Hisp*

daño mirando hácia atras, sino por tasa al arbitrio del juez.

7. *Injuria es Deshonra que es fecha ó dicha á otro á tuerto ó despreciamiento del.* Aunque pueden hacerse de muchas maneras, todas provienen de dos raíces, palabra ó hecho (1). El autor de la injuria debe pagar al ofendido varias penas segun aquella fuere: en lo general no está señalada la pena. El injuriado puede pedir que el juez castigue al que lo injurió, con dinero, ó que lo escarmiente de otra manera, segun escogiere; pero no puede pedir uno y otro, porque la una accion consume á la otra (2). Pero hay injurias cuyas penas están señaladas en las leyes, y son las siguientes.

8. Si estando Pedro enfermo gravemente de mal de que despues muriese, entrase alguno en su casa, y tomase sus bienes ó parte de ellos, sin mandamiento de autoridad competente, diciendo que Pedro era su deudor, este recibiria injuria, y su autor perderia lo que aquel le debia, y estaria obligado ademas á pagar á sus herederos otro tanto de lo que importaba la deuda, y perderia tambien la tercera parte de sus bienes á beneficio del fiseo, y por último quedaria infamado. Y si el delincente no era acreedor del enfermo, á mas de perder la tercera parte de sus bienes, pagará á los parientes del muerto lo que estimare el juez por la injuria que les hizo (3).

9. El que injuriare á otro llamándole *gafó* (esto es, *leproso*), *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á una muger casada *puta*, ó diciéndoles otros denuestos semejantes, debe sufrir la pena de cantar la palinodia, esto es, desdecirse en el plazo que el juez le señale, y pagar la multa de trescientos sueldos ó mil y quinientos maravedis. La ley que impone estas penas (4) ex-

(1) L. 1, tit. 9, P. 7. — (2) L. 21, tit. 9 P. 7. — (3) L. 11, tit. 9, P. 7. — (4) L. 2, tit. 40, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 25, lib. 12 de la N. V. á *Cobarr. 1, Var., cap. 11* y á *Azev.*

ceptúa al hidalgo de la pena de desdecirse, y le aumenta la pecuniaria, dejando ademas facultad al juez para imponerle *la mas pena que le pareciere*, segun la calidad de las personas y de las palabras; pero esta excepcion es opuesta á la igualdad ante la ley, que es una de las bases esenciales de nuestras instituciones.

10. El que Hamare *tornadizo* ó *marrano*, ó con otras palabras semejantes, al que se convirtió á la religion católica, debe pagar diez mil maravedis para el fisco, y otros tantos para el injuriado que se quejase; y que si no pudiere pagarlo todo, satisfaga lo que pudiere, y por el resto quede un año en el cepo; y si ántes del año pudiere pagar, salga de la prision (1). La palabra *marrano* en esta ley, significa al que descendiendo de judío se ha bautizado y es cristiano fingido (2); por lo que si alguno injuriase á otro con esta palabra dándole otra significacion, no deberá ser castigado con la pena dicha, sino con otra menor.

11. Por otras palabras injuriosas ó feas, menores que las referidas, está impuesta la pena de doscientos maravedis para el fisco, dejando al juez la facultad de *dar mayor pena*, segun la calidad de las personas y de las injurias (3).

12. A los que dicen ó cantan de dia ó de noche por las calles, plazas ó caminos palabras ó cantares sucios ó deshonestos, está impuesta la pena de cien azotes (4) y destierro por un año del pueblo donde fuere condenado (5). Y si lo que cantasen fuese por deshonor ó denuesto de otro, les impone la ley (6) la pena de infamia.

(1) La ley de la R. últ. cit. — (2) Azev. en la misma ley, nn. 234 y 235. V. á Sebastian de Cobarruvias, *Tesoro de la lengua castellana*. — (3) L. 3, tit. 10, lib. 8 de la R., ó L. 2, tit. 23, lib. 12 de la N. — (4) Está abolida entre nosotros la pena de azotes V. el decreto de 8 de setiembre de 1813. — (5) L. 5, tit. 10, lib. 8 de la R., ó 6, tit. 23, lib. 12 de la N. — (6) L. 3, tit. 9, P. 7.

13. Los hijos desobedientes que denotasen á sus padres en público ó en escondido, en su presencia ó en ausencia, deben sufrir, ademas de las penas establecidas en las leyes de las Partidas, la de veinte dias de prision, ó pagar al padre ó á la madre seiscientos maravedis de los buenos á eleccion de los injuriados, de cuya cantidad han de ser doscientos para el acusador.

14. A las injurias de palabras, refieren tambien los autores, las que se hacen por escrito. La ley (1) que habla de ellas con extension, dice que se hacen á veces paladinamente, y á veces encubiertamente, echando el mal escrito en las casas de los grandes señores, ó en las iglesias, ó en las plazas comunales de los pueblos, porque cada uno los pueda leer. Gradúa con razon de grande esta injuria, y añade que con ella se ofende tambien al soberano, y que tal escrito se llama en latin *famosus libellus*. Nosotros le llamamos *pasquin* (2). La pena que los delinquentes deben sufrir, ha de ser la que corresponde al delito que se imputa al ofendido, y ha de tener lugar contra los que compusieron tal escrito ó lo escribieron. El que lo encontrase primero debe romperlo luego, y no enseñarlo á nadie, bajo la misma pena, si lo contrario hiciere. La ley que contiene estas disposiciones (3), aunque repite lo dicho en otra anterior (4), sobre que no merece pena el que de palabra atribuye á otro algun delito, y lo prueba, dice que no tiene lugar esta relevacion de pena en los que lo hicieron por escrito, y da por razon que los escritos se conservan, y las palabras se olvidan. Gregorio Lopez (5) pone y funda bien dos limitaciones á la relevacion de pena indicada, y son: 1.<sup>a</sup> Que solo debe

(1) La últ. cit. — (2) Nombre tomado de la estatua de *Pasquino* en Roma, en la que se acostumbraba poner esta clase de escritos. — (3) L. 3, tit. 9, P. 7. — (4) L. 1, tit. 9, P. 7. — (5) Glos. 1 de la últ. ley cit.

tener lugar cuando la república se interesa en que se sepa el delito ó culpa; mas no si nada interesare. 2ª Que tampoco tiene lugar cuando el autor del delito ha sido indultado por el soberano.

15. La ley de 21 de junio de 1848 impone á los difamadores la pena de seis meses á dos años de prision solitaria. Se reputa difamacion toda publicacion por medio de la prensa, que ataque ya directamente, ya por sátiras la vida privada, honor y buena reputacion de los particulares, funcionarios públicos, ó corporaciones. Los trámites y sustanciacion de este juicio véanse en el apéndice sobre delitos en materia de imprenta.

16. Puede intentar la accion que nace de la injuria el que la recibe, el padre por el hijo que estuviese en su poder, el marido por la muger, y el suegro por la nuera (1). Gregorio Lopez dice (2) que ya no debe intentar la el suegro por la nuera, en virtud de que por el matrimonio el hijo sale de la patria potestad. Puede intentarse aquella accion no solamente contra los que hicieron la injuria, sino tambien contra los que la mandaron ó dieron esfuerzo, consejo ó ayuda para hacerla en cualquier manera que sea, por ser cosa justa que los que hacen el mal y los que lo consienten reciban igual pena (3).

17. El término para poder intentar esta accion es el de un año, pasado el cual espira este derecho, porque se entiende que el ofendido perdonó la injuria. La ley que habla de este asunto (4) parece manifestar que el año ha de ser continuo, pues dice: *Desde el dia que fué fecha la deshonor*; pero nos parece mas probable que el año ha de ser útil, pues tambien dice la ley: *porque puede ome asmar que no se tuvo por deshonorado, pues que tanto tiempo se calló*; cuyas palabras

(1) L. 9, tit. 9, P. 7. — (2) Glos. 3 de esta l. — (3) L. 10, tit. 9, P. 7. — (4) L. 22, tit. 9, P. 7.

se pueden considerar explicativas de las otras; y tal es la opinion de Gregorio Lopez (1).

18. Se acaba tambien esta accion por el perdon ó condonacion del injuriado, ya sea expresa, ó ya tácita, como si despues de la injuria se acompañase de su grado, y comiese ó bebiese con quien le injurió; en su casa ó en la de otro ó en otro lugar (2). Se acaba asimismo por la muerte de quien hizo la injuria ó del que la recibió, de suerte que ni activa ni pasivamente pasa á los herederos, salvo si sucediere la muerte despues de contestado el pleito, en cuyo caso alcanzaria á los herederos. La ley que previene esto (3), dice que los herederos del injuriado pueden demandar la injuria *si la deshonor* (de aquel á quien heredaron) *le fuese fecha á la sazón que estaba cuitado de la enfermedad de que murió ó despues que fué finado, assi como de suso digimos* (4).

19. Los *cuasidelitos* son unos hechos que se acercan á los delitos sin serlo. Tal es la sentencia que el juez da malamente por necesidad ó ignorancia. Cuando esto suceda, estará obligado á pagar á la persona contra quien dió la sentencia, el daño ó menoscabo que por razon de ella le vino (5). Es *cuasidelito* echar de las casas á la calle alguna cosa que pueda hacer daño á los que pasan; si el daño se verificare, está obligado el que lo hizo á pagarlo doblado; y si no se sabe quien lo hizo, lo pagarán todos los habitantes de la casa sin comprender á los huéspedes, á no ser que hayan sido los autores del daño. Si este consistiere en la muerte de algun hombre, deberán pagarse cincuenta maravedis de oro (6) que se aplicarán por mitad á los herederos del difunto y al juez (7). Es tambien *cuasidelito*, y muy se-

(1) Glos. 2, de la últ. l. cit. — (2) L. 22, tit. 9, P. 7. — (3) L. 23, tit. 9, P. 7. — (4) L. 11, tit. 9, P. 7. — (5) L. 24, tit. 22, P. 3. — (6) Sobre el valor de esta moneda véase la nota puesta en el núm. 3, tit. 20 de este libro. — (7) L. 25, tit. 13, P. 7.

mejante á este, el tener colgada en las casas sobre las calles por donde pasan las gentes, alguna cosa que se sospechare podria caer; y si hubiere acusacion sobre esto, y se hallare que en verdad podria caer y hacer daño, aunque no cayese ni lo hiciese, deberá pagar el que tuviese así tal cosa, diez maravedis de oro por mitad, al acusador y al fisco, y debe quitar la cosa ó ponerla de manera que no pueda caer. Y si cayese ó hiciese daño á otro ó matase algun hombre, habrá de pagar las mismas penas impuestas al anterior cuasidelito (1). Lo hay igualmente cuando á los viajeros ó huéspedes les hurtan alguna cosa en el meson ó posada los criados del hostelero, sin mandado ni consejo de este, quien deberá pagar la cosa hurtada con el duplo, por tener malhechores en su casa; pero si el ladron no fuere de su familia ó servicio, sino otro extraño, nada deberá pagar á no ser que la hubiese recibido de su dueño en guarda, pues entónces debe pagar su valor (2).

(1) L. 23, tit. 16, P. 7. — (2) L. 7, tit. 14, P. 7.

En el art. 7 de la ley de 24 de marzo de 1813 se previene que el magistrado ó juez que por falta de instruccion ó por descuido falle contra ley expresa, y el que por contravenir á las leyes que arreglan el proceso de lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver á ejercer la judicatura.

Se han dictado providencias en diversos tiempos para la limpieza, aseo y buen orden en las calles y demas parages públicos de esta capital. Se hallan principalmente en el bando 31 de enero de 1824, publicado por el gefe político interino de la provincia de Méjico, y en los de 13 y 20 de marzo de 1833, publicados por el gobernador del Distrito federal. En el primero se prohíbe á toda clase de personas arrojar á las calles basuras, trastos, piedras, ni otra cosa alguna, bajo la multa de dos pesos por la primera vez, doble por la segunda, y triple por la tercera, y de pagar el daño que causaren. Pero esta multa se halla reducida á la de doce reales en el citado bando de 13 de marzo, y la misma se impone á los que pusieren ó derramaren vasos de inmundicia, á los que ver-

## TITULO XXIII.

## MODO DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES.

Tit. 14, P. 3.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Paga, primer modo de extinguirse las obligaciones, qué es.   | 6. Del caso en que lo que se debe es bestia ú otra cualquier cosa cierta y señalada, y esta muere ó perece. |
| 2. Requisitos para que por ella se extinga la obligacion en los casos que se expresan.                        | 7. Del juramento del deudor sobre la certeza de la deuda.   |
| 3. Del caso en que un deudor pague alguna cosa en cuenta de muchas deudas pertenecientes á un mismo acreedor. | 8. Se extingue la obligacion por la remision ó perdón expreso ó tácito del acreedor.                        |
| 4. Del caso en que el acreedor no quiera admitir el pago de la deuda.   | 9 y 10. Del <i>renovamiento ó novacion</i> .  |
| 5. El acreedor no puede apremiar por sí al deudor ni tomarle prenda, si no es que aquello se                  | 11, 12, 13, 14, 15, 16. De la <i>compensacion</i> .   |

1. El modo mas natural de extinguir la obligacion, en el que suelen pensar los que concurren á contraer la obligacion, es la paga, esto es, *pagamiento fecho á aquel que debe recebir alguna cosa, de manera que finque y agado de ella ó de lo quel deben fazer* (1).

tieren agua limpia ó sucia por canales, ventanas, balcones ó puertas, á los que por las mismas puertas, balcones ó ventanas sacudieren alfombras, petates, ropas y demas que cause incomodidad á los transeúntes; á los que tengan jaulas, macetas, tinajas ú otra clase de vasijas en las ventanas, balcones, rejas ó bordes de las azoteas que caen á la calle. No expresamos las demas prevenciones contenidas en los bandos expresados por ser muchas, y ajenas del plan de esta obra.

(1) L. 1, tit. 14, P. 3.

mejante á este, el tener colgada en las casas sobre las calles por donde pasan las gentes, alguna cosa que se sospechare podria caer; y si hubiere acusacion sobre esto, y se hallare que en verdad podria caer y hacer daño, aunque no cayese ni lo hiciese, deberá pagar el que tuviese así tal cosa, diez maravedis de oro por mitad, al acusador y al fisco, y debe quitar la cosa ó ponerla de manera que no pueda caer. Y si cayese ó hiciese daño á otro ó matase algun hombre, habrá de pagar las mismas penas impuestas al anterior cuasidelito (1). Lo hay igualmente cuando á los viajeros ó huéspedes les hurtan alguna cosa en el meson ó posada los criados del hostelero, sin mandado ni consejo de este, quien deberá pagar la cosa hurtada con el duplo, por tener malhechores en su casa; pero si el ladron no fuere de su familia ó servicio, sino otro extraño, nada deberá pagar á no ser que la hubiese recibido de su dueño en guarda, pues entónces debe pagar su valor (2).

(1) L. 23, tit. 16, P. 7. — (2) L. 7, tit. 14, P. 7.

En el art. 7 de la ley de 24 de marzo de 1813 se previene que el magistrado ó juez que por falta de instruccion ó por descuido falle contra ley expresa, y el que por contravenir á las leyes que arreglan el proceso de lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver á ejercer la judicatura.

Se han dictado providencias en diversos tiempos para la limpieza, aseo y buen orden en las calles y demas parages públicos de esta capital. Se hallan principalmente en el bando 31 de enero de 1824, publicado por el gefe político interino de la provincia de Méjico, y en los de 13 y 20 de marzo de 1833, publicados por el gobernador del Distrito federal. En el primero se prohíbe á toda clase de personas arrojar á las calles basuras, trastos, piedras, ni otra cosa alguna, bajo la multa de dos pesos por la primera vez, doble por la segunda, y triple por la tercera, y de pagar el daño que causaren. Pero esta multa se halla reducida á la de doce reales en el citado bando de 13 de marzo, y la misma se impone á los que pusieren ó derramaren vasos de inmundicia, á los que ver-

## TITULO XXIII.

## MODO DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES.

Tit. 14, P. 3.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Paga, primer modo de extinguirse las obligaciones, qué es.   | 6. Del caso en que lo que se debe es bestia ú otra cualquier cosa cierta y señalada, y esta muere ó perece. |
| 2. Requisitos para que por ella se extinga la obligacion en los casos que se expresan.                        | 7. Del juramento del deudor sobre la certeza de la deuda.   |
| 3. Del caso en que un deudor pague alguna cosa en cuenta de muchas deudas pertenecientes á un mismo acreedor. | 8. Se extingue la obligacion por la remision ó perdón expreso ó tácito del acreedor.                        |
| 4. Del caso en que el acreedor no quiera admitir el pago de la deuda.   | 9 y 10. Del <i>renovamiento ó novacion</i> .  |
| 5. El acreedor no puede apremiar por sí al deudor ni tomarle prenda, si no es que aquello se                  | 11, 12, 13, 14, 15, 16. De la <i>compensacion</i> .   |

1. El modo mas natural de extinguir la obligacion, en el que suelen pensar los que concurren á contraer la obligacion, es la paga, esto es, *pagamiento fecho á aquel que debe recebir alguna cosa, de manera que finque y agado de ella ó de lo quel deben fazer* (1).

tieren agua limpia ó sucia por canales, ventanas, balcones ó puertas, á los que por las mismas puertas, balcones ó ventanas sacudieren alfombras, petates, ropas y demas que cause incomodidad á los transeúntes; á los que tengan jaulas, macetas, tinajas ú otra clase de vasijas en las ventanas, balcones, rejas ó bordes de las azoteas que caen á la calle. No expresamos las demas prevenciones contenidas en los bandos expresados por ser muchas, y ajenas del plan de esta obra.

(1) L. 1, tit. 14, P. 3.

Quiere decir, que paga es el cumplimiento de lo que los contratantes estipularon con arreglo á las leyes. La paga debe hacerse al acreedor, y ser de aquellas cosas que se deben y no de otras, si no es que el acreedor quiera recibirlas. Pero si el deudor no pudiese pagar las mismas cosas que debía, podrá dar en pago otras, segun el arbitrio del juez. Cuando la obligacion fuere de hacer alguna cosa, y el deudor no pudiese hacerla de la manera que la prometió, la deberá hacer de otra, tambien segun el arbitrio del juez, y pagar ademas el daño y menoscabo que hubiere sufrido por ello el acreedor. La obligacion se quita por la paga, no solo cuando el deudor la hace por si mismo sino tambien haciéndola otro en su nombre, y aunque el deudor lo ignorase ó lo contradijese (1); y quedan libres asimismo los fiadores y las prendas (2).

2. Para que la paga hecha al tutor ó curador de algun menor ó loco, extinga enteramente la deuda, es menester que se haga con otorgamiento del juez, porque de otra manera está sujeta á la restitucion *in integrum* (3). Si la paga se hiciere á individuo que no fuese el deudor, pero con mandado de este, ó si hecha sin su mandado la ratificare despues, quedará extinguida la obligacion. Lo mismo seria si se hiciese al mayordomo ó procurador nombrado señaladamente por el acreedor, y á quien este quitase el mandamiento despues de haber obrado; pero si lo quitase ántes, y el deudor lo sabia, quedará vigente la deuda (4). Si Pedro me prometiera darme á mí ó á Juan cien pesos, quedaria libre dándolos á cualquiera de los dos, aunque despues le prohibiera yo que los diese á Juan, con tal que esta prohibicion fuese ántes de haber comenzado yo el pleito contra Pedro, porque si fuese despues, no le aprovecharia pagarlos á Juan, como ni tam-

(1) L. 2, tit. 14, P. 3. — (2) L. 1, tit. 14, P. 3. — (3) L. 4, tit. 14, P. 3. — (4) LL. 5 y 6, tit. 14, P. 3.

poco, si despues de la promesa hubiese mudado de estado haciéndose de seglar religioso, ó poniéndose de otro modo en poder ageno, ó le desterrasen para siempre á algun lugar (1). Si el deudor nombró apoderado para pedir en juicio la deuda, no podrá este cobrarla aunque saliese vencedor en el pleito, si no es que el poder fuese tambien para cobrarla (2).

3. El que debe muchas deudas á un mismo individuo y le paga alguna cosa, puede escoger la deuda á que se haya de aplicar el pago; y si callare, podrá escogerla el acreedor. Pero si el deudor lo contradijere luego ántes de que se partiese del lugar, se descontará de la deuda que el mismo deudor señalare. Cuando ninguno de los dos la señalare, se aplicará á la que fuere mas gravosa por razon de pena, usuras ú otra causa. Si todas las deudas fueren iguales sin que ninguna tenga especial gravámen, se repartirá la paga entre todas (3). Gregorio Lopez (4) interpretando esta parte de la ley, quiere que se entienda cuando las deudas son tambien iguales en antigüedad; y que no siéndolo, se aplique á la mas antigua, atendiendo para calificarla de tal, no al tiempo del contrato, sino al de la paga. No negamos que puede considerarse alguna equidad en esta opinion; pero Lopez no la funda mas que en el derecho romano, cuya disposicion en esta materia no se halla corregida por la ley citada; razon que á él le parece bastante y que para otros no lo será.

4. Si el acreedor no quiere admitir el pago de la deuda, puede el deudor extinguir su obligacion mostrando el dinero en el tiempo y modo correspondientes delante de hombres buenos, con ofrecimiento ó protesta de que quiere pagar con él, y depositándolo en seguida en poder de algun hombre bueno ó en la sa-

(1) L. 3, tit. 14, P. 3. — (2) L. 7, tit. 14, P. 3. — (3) L. 10, tit. 14, P. 3. — (4) Glos. 4 de la l. últ. cit.

cristia de alguna iglesia. Con esto queda libre el deudor, de manera que si el dinero se pierde sin culpa suya, se pierde para el acreedor que la tuvo en no recibirlo (1). Pero lo mas seguro y lo que se practica, es que se hagan ante el juez y con su aprobacion las diligencias referidas.

5. El acreedor no puede apremiar por si al deudor á que le pague, ni tomarle en prenda ninguna cosa, sino por medio del juez, á no ser que aquello se hubiese pactado antes entré los contrayentes. La pena del acreedor que cometiere tal abuso, es restituir al deudor lo que hubiese cobrado de aquel modo y perder su derecho; y si hubiere tomado prenda, debe restituirla doblada (2). Otra ley (3) dice, que el que tomare prenda sin mandado del juez, y no por contrato con el deudor, vuelva la prenda á su dueño, y pague al fisco el valor de la deuda.

6. Se extingue la obligacion, quando lo que se debe es bestia ú otra cualquier cosa cierta ó señalada, y esta muere ó perece sin culpa del deudor (4); pero si es por culpa suya, aunque sea solo aquella que incluye la mora ó tardanza, quedaria obligado á pagar la estimacion de la cosa, como si hubiese dia señalado para la paga que ya pasó, ó se la hubiese pedido el acreedor, y no se la hubiese querido entregar pudiéndolo hacer (5). Es preciso que sea *cosa cierta*, porque si la deuda fuese de cosa incierta, ó de las que se suelen contar, pesar ó medir, pereceria siempre para el deudor, sin libertarse de la obligacion (6). De esta disposicion se dan dos razones: primera, que el deudor en tal caso lo es de género, y el género por su naturaleza nunca perece; segunda, que aunque se diga que perece, el deudor es dueño, y las cosas perecen por lo regular

(1) L. 8, tit. 14, P. 5. — (2) L. 14, tit. 14, P. 5. — (3) L. 11, tit. 13, P. 5. — (4) L. 9, tit. 14, l. 18, tit. 11, P. 5. — (5) Las l. últ. cit. — (6) L. últ., tit. 1, P. 5.

para su dueño. Si pues se le presta una onza de oro á Pedro, y se la roban sin culpa suya por fuerza que no pudo resistir, tendrá obligacion de pagarla, porque estaba obligado á pagar, no aquella misma onza que se le prestó, sino en general una onza.

7. Se extingue la obligacion, quando remitiéndose el acreedor al juramento del deudor sobre la certeza de la deuda, este la negase (1). Este modo no tiene lugar quando se pide el juramento con reserva de otras pruebas, que es lo que comunmente se practica.

8. Se extingue la obligacion por la remision ó perdon de la deuda hecho por el acreedor al deudor. Este perdon puede ser *expreso* ó *tácito*. *Expreso* es quando se hace por palabras claras que lo manifiestan: las leyes de Partida le llaman *quitamiento*, y se verifica quando el acreedor pacta con el deudor que nunca le pedirá la deuda (2). Lo mismo sucederia si el acreedor se diese por pagado, á lo que llamaban los romanos *acceptilacion*. *Tácito* será el perdon que se manifiesta por algun hecho, como si el acreedor diese al deudor la carta ó vale de la deuda, ó la rompiese con intencion de quitarla. Pero no habrá perdon si el mismo acreedor pudiese probar que solo dió el vale al deudor en confianza y no con ánimo de quitar la deuda, ó que se lo hurtaron ó forzaron á que lo rompiese (3).

9. Se extingue la obligacion por el *renovamiento* ó *novacion* que las leyes de Partida llaman tambien *quitamiento*, y es quando una obligacion se sustituye con otra nueva, de manera que aunque se extingue la vieja, queda en su lugar la nueva, á diferencia de los otros modos que la quitan del todo. Se puede hacer la novacion conservándose la persona del deudor ó mudándose. En el primer caso es necesario que se varie la

(1) L. 9, tit. 14, P. 5. — (2) LL. 1 y 2, tit. 14, P. 5. — (3) L. 9, tit. 14, P. 5.

especie de la obligacion, por ejemplo que se deba como precio de venta lo que se debia por título de préstamo; ó que se añada ó quite algo á la obligacion vieja, como el día, condicion ó lugar. En el segundo caso se subroga en lugar del deudor, con placer del acreedor, otro deudor que se obligue á pagar, y diga abiertamente que lo hace con el objeto de que el otro quede desobligado; y en efecto lo quedará, de manera que nunca puede pedirle nada el acreedor, aunque el segundo deudor se haga insolvente. Pero si este solo dijere que se obligaba á pagar la deuda del primero sin expresar ser su intencion que este quedase libre, no habria novacion, sino que ambos quedarian obligados, bien que pagando cualquiera de ellos, se extinguiria para los dos la obligacion (1).

10. Una ley de Partida (2) dice así: « Obligarse podría algun ome, faziendo pleito (contrato) so condicion para pagar alguna debda, ó para fazer alguna cosa. E despues desto podría acaescer que otro alguno renovaria tal pleito de aquella misma debda, obligándose puramente sin condicion á pagar por él. E en tal pleito como este dezimos que non debe valer el segundo pleito, si la condicion que fuese puesta en el primero non se cumpliese. Ca pues sobre aquella debda misma se renueva el pleito, non puede ser, si la condicion non viniessse con él, así como fue puesta en el primero. Fuera ende, si quando las renovasse así digese paladinamente que maguer non cumpliese la condicion, que era puesta en el primero pleito, que se obligaba á pagar la debda este que de nuevo la prometió. Ca entonce, quier se cumpliesse la condicion ó non, valdria el segundo pleito, é seria tenudo de pagar la debda el que lo fiziesse, é seria desatado el primero. »

(1) L. 15, tit. 14, P. 3. — (2) L. 16, tit. 14, P. 3.

Esto quiere decir que si la primera obligacion es pura, y se renueva debajo de condicion, solo habrá novacion cuando la condicion se verifica. Y si la primera es bajo de condicion y la segunda pura, tampoco habrá novacion si no se cumple la condicion. La razon en ambos casos es la misma, porque siendo la novacion renovamiento de obligacion, es preciso para que la haya, que sean dos las obligaciones, vieja y nueva, y en estos casos faltaria la condicional, no cumpliéndose la condicion. Parece á primera vista que el versículo *Fueras ende* de la ley, contiene una formal excepcion del segundo caso, cuando los contrayentes pactaron que valiese la nueva obligacion, aunque no se cumpliese la condicion puesta en la antigua, sobre lo cual extrañamos que nada dijese Gregorio Lopez. Nosotros decimos que entónces no habria propiamente novacion por faltar el requisito necesario de dos obligaciones; pero que seria válida la segunda, que se llamaria con este nombre, porque se dirigia á desatar la primera condicional, que pudo serlo y no lo fué; y que este y no otro es el sentido de aquel versículo. Otro caso pone una ley (1) de un acreedor putativo en que tambien se dice renovamiento de obligacion la que alguno contrae con intencion de extinguir otra que creia existir y no existia. El requisito de que sean dos las obligaciones, se cumple aunque la segunda sea solo natural é ineficaz. De esto nos pone otra ley (2) el ejemplo de un menor de catorce años que contrae por sí solo, sin otorgamiento de su guardador, alguna obligacion para renovar otra eficaz y perfecta; en cuyo caso dice que la primera quedaria quita y el acreedor se habria de contentar con la segunda, de que no podria hacer uso, dándose á si mismo la culpa de esta trasformacion.

\* 11. Se extingue la obligacion por la *compensacion*,

(1) L. 19, tit. 14, P. 3. — (2) L. 18, tit. 14, P. 3.

que es *descuento de una deuda por otra*, como si Pedro le debiese á Juan cien pesos por cierto título, y este al primero igual cantidad por otro título. Para que el juez admita la compensacion, es menester que el reo que la propone pueda probar luego, ó á lo ménos dentro de diez dias, que el actor le debe. Si no fuere asi, el juez debe proseguir adelante en el pleito sin atender á la compensacion (1), y por eso las deudas de una y otra parte han de ser ciertas y líquidas. Si fueren desiguales, tendrá lugar la compensacion en la cantidad concurrente, y por el resto quedará viva la obligacion del mayor deudor; es decir, que la compensacion se admite tambien en parte (2).

12. Si dos compañeros hicieron daño por su culpa ó negligencia, en las cosas de la compañía, la obligacion de resarcir que tiene el uno se compensará con la que tiene el otro. Y si uno hubiese hecho daño por una parte y conseguido utilidad por otra, podrá compensar el valor de aquel con el de esta, segun fuere la cantidad (3). Esta disposicion parece contraria á la de otra ley (4); Gregorio Lopez (5) habla extensamente de esta contradiccion, y la compone bien diciendo que la primera ley (6) habla del caso en que el daño sucedió por sola culpa del compañero, y la segunda (7) del caso en que el daño sucedió por dolo; y que en este no puede pretender compensacion á título de haber beneficiado por otra parte á la compañía. Si alguno de los compañeros hubiese hecho daño en algunas cosas de la compañía por engaño, y en otras su compañero por culpa, habrá lugar á la compensacion; pero no cuando los dos lo hubiesen hecho en una misma cosa, pues

(1) L. 20, tit. 14, P. 3. — (2) L. 22, tit. 14, P. 3. — (3) La l. últ. cit. — (4) L. 13, tit. 40, P. 3. V. el tit. 15 de este lib. 2, núm. 26. — (5) Glos. 1 de la l. 22, tit. 14, P. 3. — (6) La mism. 22. — (7) La l. 43 cit.

entonces todo lo pagaría el del dolo, sin poder compensar nada con el otro (1).

13. No solo pueden compensar los deudores principales, sino tambien los fiadores de lo que el acreedor debiere, tanto á los principales como á los mismos fiadores. Tambien podrá compensar el personero ó procurador lo que deben á su principal, dando fiador de que este lo habrá por firme; pero lo que debiere el mismo personero, no lo podrá descontar de lo que se debe á su principal sin consentimiento de este (2). Si emplazado Pedro á pagar cierta deuda no pudiese comparecer, y lo hiciese alguno de sus hijos, podrá oponer la compensacion de otra deuda que debiese el demandante al demandado; pero deberá el hijo dar fiador de que su padre lo tendrá por bien hecho. La ley (3) que esto previene, lo extiende á cualquiera que no fuese hijo, pariente ni personero del demandado. No da la razon de esto último; pero seguramente lo es lo que establece otra ley (4), á saber, que cualquiera puede responder por otro ó defenderlo, con tal que afiance que el demandado tendrá por firme lo que hiciere, y pagará lo que fuere juzgado.

14. No se puede compensar lo que se debe al fisco ó á los fondos públicos de los pueblos para necesidades comunes (5), ni lo que se debe á algun individuo por razon de fuerza ó delito cometido contra él. El depositario no puede oponer la compensacion por denda del deponente á su favor, sino que debe entregarle la cosa depositada luego que la demande, y pedirle despues lo que le debiere (6). No puede haber compensacion entre dos individuos que son deudores mútuos, el uno de cosa señalada, como viña ó huerta, y el otro de cosa que no fuese cierta con nombre señalado (7).

(1) L. 23, tit. 14, P. 3. — (2) L. 24, tit. 14, P. 3. — (3) L. 25, tit. 14, P. 3. — (4) L. 10, tit. 3, P. 3, *vers.*, *Max.* — (5) L. 26, tit. 14, P. 3. — (6) L. 27, tit. 14, l. 3, tit. 3, P. 3. — (7) L. 21, tit. 14, P. 3.

15. Pueden compensarse todas las deudas de cosas que se pueden contar, pesar ó medir, hasta en aquella cuantia que importare la deuda (1). La razon es clara, porque estas cosas que los intérpretes suelen llamar fungibles, son de tal naturaleza, que las unas valen por las otras: por ejemplo, si Pedro debe á Juan una fanega de trigo, y Juan debe otra á Pedro. Lo contrario sucede en las cosas que no tienen tanta igualdad que valgan lo mismo unas que otras. Por eso no deja de causar alguna dificultad lo que dice la ley (2), de que tendria lugar la compensacion si dos individuos se debiesen mutuamente alguna cosa que no fuese cierta y señalada. Gregorio Lopez (3) dice que esto se entiende cuando las deudas son de cosas de un mismo género; pero no si fuesen de diverso género, como si uno debiese un caballo, y otro un buey. Nos parece que aquella dificultad no se puede allanar sino diciendo que tendria lugar la compensacion en aquel caso, porque el juez debería señalar por ambas partes un caballo del mismo precio, de suerte que los deudores no tanto se consideraría que lo eran de un cuerpo inestimado como de cantidad.

16. Advertimos por último, que aunque la compensacion y la retencion se asemejan en algunas cosas, no deben confundirse, porque se diferencian en otras. La compensacion no tiene lugar cuando una de las cosas debidas es cuerpo inestimado, y la retencion sí, como sucede cuando el marido retiene el campo dotal inestimado hasta que se le satisfagan los gastos necesarios que hizo en él; y así hay otros varios casos. La compensacion tiene fuerza de paga, y no la retencion (4).

(1) L. últ. cit. — (2) Id. — (3) Glos. 2 de la ley últ. cit. —

(4) Véase sobre la compensacion el lib. 3, tit. 3.

## TITULO XXIV.

## DE LOS DELITOS EN GENERAL, DE LAS TRAICIONES, DE LOS HOMICIDIOS, DE LOS RIEPTOS, LIDES Y DESAFIOS.

Títulos 2, 3, 4 y 8, P. 7, 18 y 23, lib. 8º de la Recop. que son 7 y 21, lib. 12 de la Noviss. y 8º, lib. 7 de la de Indias.

1. Desde este título hasta el XXIX, se trata de la legislacion criminal, en la que se notan muchas incoherencias con la actual organizacion.
2. Qué es delito, y en qué se distinguen este y el crimen.
3. Para el delito se requiere: 1º transgresion de la ley: el pensamiento no es delito: en algunas cosas lo es el conato segun las leyes.
4. 2º Conocimiento del acto y voluntad de hacerlo: quiénes no delinquen por falta de uno ú otro.
5. Casos en que sin deliberacion ni conocimiento del acto ilícito es responsable el que lo hace: grados de la culpa y del dolo.
6. La accion prohibida, puesta con deliberacion, no siempre es delito.
7. Division de los delitos en públicos y privados: políticos y civiles, notorios y comunes: leves, atroces y atrocísimos.
8. No solo delinque el que obra, sino tambien el que le auxilia: regla para calificar la complicidad.
9. Tiempo que dura la responsabilidad por los delitos.
10. De la traicion y sus especies.
11. Grados y penas de la traicion.
12. En la República no hay todas las especies, ni algunas de sus penas.
13. Las ofensas contra la nacion pertenecen á este género: no están definidas por las leyes secundarias; solo dos hablan de algunos actos.
14. Son tambien del género la conspiracion, subversion, sedicion, rebelion, pronunciamiento é incitacion á la desobediencia: qué es conspiracion.
15. De las cofradías ó juntas y sociedades secretas ó masónicas.
16. De la subversion se tratará en el Apéndice sobre delitos de imprenta, y de la sedicion y los

15. Pueden compensarse todas las deudas de cosas que se pueden contar, pesar ó medir, hasta en aquella cuantia que importare la deuda (1). La razon es clara, porque estas cosas que los intérpretes suelen llamar fungibles, son de tal naturaleza, que las unas valen por las otras: por ejemplo, si Pedro debe á Juan una fanega de trigo, y Juan debe otra á Pedro. Lo contrario sucede en las cosas que no tienen tanta igualdad que valgan lo mismo unas que otras. Por eso no deja de causar alguna dificultad lo que dice la ley (2), de que tendria lugar la compensacion si dos individuos se debiesen mutuamente alguna cosa que no fuese cierta y señalada. Gregorio Lopez (3) dice que esto se entiende cuando las deudas son de cosas de un mismo género; pero no si fuesen de diverso género, como si uno debiese un caballo, y otro un buey. Nos parece que aquella dificultad no se puede allanar sino diciendo que tendria lugar la compensacion en aquel caso, porque el juez debería señalar por ambas partes un caballo del mismo precio, de suerte que los deudores no tanto se consideraria que lo eran de un cuerpo inestimado como de cantidad.

16. Advertimos por último, que aunque la compensacion y la retencion se asemejan en algunas cosas, no deben confundirse, porque se diferencian en otras. La compensacion no tiene lugar cuando una de las cosas debidas es cuerpo inestimado, y la retencion sí, como sucede cuando el marido retiene el campo dotal inestimado hasta que se le satisfagan los gastos necesarios que hizo en él; y así hay otros varios casos. La compensacion tiene fuerza de paga, y no la retencion (4).

(1) L. últ. cit. — (2) Id. — (3) Glos. 2 de la ley últ. cit. —

(4) Véase sobre la compensacion el lib. 3, tit. 3.

## TITULO XXIV.

## DE LOS DELITOS EN GENERAL, DE LAS TRAICIONES, DE LOS HOMICIDIOS, DE LOS RIEPTOS, LIDES Y DESAFIOS.

Títulos 2, 3, 4 y 8, P. 7, 18 y 23, lib. 8º de la Recop. que son 7 y 21, lib. 12 de la Noviss. y 8º, lib. 7 de la de Indias.

1. Desde este título hasta el XXIX, se trata de la legislacion criminal, en la que se notan muchas incoherencias con la actual organizacion.
2. Qué es delito, y en qué se distinguen este y el crimen.
3. Para el delito se requiere: 1º transgresion de la ley: el pensamiento no es delito: en algunas cosas lo es el conato segun las leyes.
4. 2º Conocimiento del acto y voluntad de hacerlo: quiénes no delinquen por falta de uno ú otro.
5. Casos en que sin deliberacion ni conocimiento del acto ilícito es responsable el que lo hace: grados de la culpa y del dolo.
6. La accion prohibida, puesta con deliberacion, no siempre es delito.
7. Division de los delitos en públicos y privados: políticos y civiles, notorios y comunes: leves, atroces y atrocísimos.
8. No solo delinque el que obra, sino tambien el que le auxilia: regla para calificar la complicidad.
9. Tiempo que dura la responsabilidad por los delitos.
10. De la traicion y sus especies.
11. Grados y penas de la traicion.
12. En la República no hay todas las especies, ni algunas de sus penas.
13. Las ofensas contra la nacion pertenecen á este género: no están definidas por las leyes secundarias; solo dos hablan de algunos actos.
14. Son tambien del género la conspiracion, subversion, sedicion, rebelion, pronunciamiento é incitacion á la desobediencia: qué es conspiracion.
15. De las cofradías ó juntas y sociedades secretas ó masónicas.
16. De la subversion se tratará en el Apéndice sobre delitos de imprenta, y de la sedicion y los

- demases en el título XXV.
- |   |   |
|---|---|
| 17. Del <i>Homicidio</i> y sus especies.  | 24. Del <i>Homicidio alecoso</i> .                      |
| 18. El voluntario puede ser simple ó calificado: cual es simple, y su pena.                                   | 25. Del <i>Asesinato</i> .                              |
| 19. Cual es calificado: Del <i>Parricidio</i> y su pena.  | 26. Del <i>Envenenamiento</i> .                         |
| 20. Del <i>Aborto voluntario</i> y sus penas.   | 27. Del <i>Duelo ó Desafío</i> .                        |
| 21. De la <i>Exposición del parto</i> , y su pena.  | 28. Del <i>Homicidio por imprudencia ó impericia</i> .  |
| 22. El <i>Homicidio que cometen los jueces, médicos ó boticarios</i> que abusan de su encargo, es calificado. | 29. Del <i>Homicidio casual</i> .                       |
| 23. Del <i>Homicidio calificado</i>   | 30. Del <i>Homicidio necesario</i> ó en propia defensa. |
|   | 31. De otros casos en que el homicidio no es delito.    |
|   | 32. Del <i>Suicidio</i> .                               |
|   | 33. De las <i>Heridas</i> .                             |
|   | 34, 35, 36, 37. De la portación de armas cortas.        |
|   | 38. De la <i>Sevicia</i> .                              |

1. Este título y los que le siguen hasta el XXIX inclusive, tienen por objeto explicar las diversas especies de delitos, y penas que por ellos deben imponerse, y así es que forman la parte criminal de nuestra jurisprudencia, y la legislación penal de la República. Esta parte del derecho que se llama civil es la que tiene mas conexión, y debe emanar mas inmediatamente del constitucional, constitutivo ú orgánico de la sociedad, y de ahí proviene que siendo tan diverso el que hoy tiene la nación respecto del que tenia y del que emanó la legislación penal, se note entre esta y el derecho constitucional alguna contradicción, no pocos huecos, y muchas incoherencias, defectos que solo pueden resanarse con un código criminal que emane de nuestras instituciones, cuya necesidad vamos á sentir á cada paso; pero que no nos es dado remediar como redactores de la Instituta de D. Juan Sala, cuyo carácter nos obliga á seguir, como hasta aquí, refiriendo las disposiciones de las leyes publicadas hasta la época en que

escribió, añadiendo las de las posteriores, y haciendo notar á nuestros lectores las mas marcadas contradicciones que presenten con nuestra actual organización social y ley constitutiva de ella.

2. El delito en general, al que las leyes de Partida dan el nombre de *malfetría*, es segun el argumento del principio del título 1º de la 7ª. *Hecho con placer de uno en daño ó deshonor de otro*, ó en otros términos: *un acto por el que se quebranta ó traspasa una ley voluntariamente y á sabiendas en daño ú ofensa del Estado ó de alguno de sus individuos*. De estos dos objetos que puede tener el acto, nace la distinción de *crimen*, y *delito*, que aunque segun el diccionario de lengua son sinónimos, en el lenguaje jurídico se da el nombre de crimen á los hechos atroces que causan grave daño á la República directa ó indirectamente, y el de delito á los hechos menos graves que ofenden directamente á un individuo, sin causar un gran perjuicio á la sociedad, á que añaden las otras diferencias de que en el crimen puede ser acusador cualquier particular, y se castiga con penas afflictivas ó infamantes; y en el delito solo puede acusar el agraviado, y se castiga con pena correccional (1). Nosotros usaremos siempre de la palabra delito.

3. Para que lo haya es necesario que se verifique el quebrantamiento ó transgresión de alguna ley que mande ó prohiba hacer algo por un acto positivo, para cuya posición distingue la ley tres grados, que son el pensamiento, el conato y la consumación. En cuanto al primero, dice (2) *que cualquier hombre que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase á obrar por el que non meresce por ende pena ninguna*; por lo que hace al conato, ó sea la práctica de los actos preparatorios sin que llegue á consumarse (3), aunque

(1) Eseriche, Dicción. de legislat., art. *Crimen*. — (2) L. 2, tit. 31, P. 7. — (3) Eseriche, Dicción. de legislat. arr. *Tentativo*.

al principio dice la ley (1): *Mas si despues que lo oviesen pensado se trabajasen de lo complir, comenzándolo á meter en obra magüer non lo compliesen del todo, estonce serien en colpa et merecerien pena de escarmiento segunt el yerro que ficiessen* (2), al fin limita esta disposicion á los delitos de traicion, homicidio, raptor ó fuerza á muger doncella ó casada, pues concluye: *Et en estas cosas sobredichas tan solamente ha lugar lo que dijimos que deben recibir por escarmiento los que pensaran de hacer el yerro, pues que comienzan á obrar de él, magüer no lo cumplan; mas en todos los otros yerros que son menores que estos, magüer los pensasen los homes de hacer, et comenzasen á obrar, et se repintieren ante que el pensamiento malo se compla por fecho, non merecen pena ninguna.*

4. Lo segundo que se requiere para que haya delito, es que el acto se haya hecho con conocimiento y voluntad, y así no se reputan criminales las acciones que se ejecutan á impulsos de una violencia irresistible, porque falta el consentimiento, lo mismo que en las que resultan por caso fortuito, en las que falta la intencion del que las hace, aunque si el acaso dimanó de su cul-

(1) L. 2, tit. 31, P. 7.

(2) El señor Lardizabal en su *Discurso sobre las penas* expone los inconvenientes que trae la disposicion legal que condena los conatos de un delito á la misma pena que si se hubiera consumado, pues que cierra la puerta al arrepentimiento, y estimula á la consumacion; pero confiesa que la disposicion es clara y terminante, y no deja lugar á las varias interpretaciones de los Doctores; y es de notar la de Escriche (*art. Tentativa*), quien de las palabras de la ley infiere que aun en los tres delitos que ella exceptúa, solo debe aplicarse la pena correspondiente al delito consumado, cuando el no haberlo sido fué por circunstancias fortuitas independientes de su voluntad, y no por su propio arrepentimiento, en cuyo caso cree que no merece pena, ó á lo ménos la correspondiente al delito.

pa, debe ser castigado con otra pena mas leve (1); ni las que proceden de ignorancia ó falta de conocimiento del fin y consecuencias del hecho, por no estar aun formada la razon ó por tenerla perdida ó extraviada; por estas razones se reputan incapaces de delinquir y exentos de pena los dementes ó fatuos y los menores de diez años y medio (2), y aun pasando de esta edad hasta los catorce, no son punibles por los delitos de lascivia, aunque si por otros (3); pero aun en estos no se les puede aplicar la pena ordinaria (4), que se debe siempre mitigar á los menores de diez y siete años (5), que es la edad en que segun una ley de la Recopilacion (6) se les impone la de muerte.

5. Aunque para el delito es necesaria la deliberacion y conocimiento del acto ilícito y ofensivo, si este resulta de otro prohibido, aunque aquel no hubiese sido intentado, hace responsable al que lo cometió, como sucede en el que cazando en un camino, en donde está prohibido hacerlo, mata sin quererlo á alguno de los que pasan; en cuyo caso y otros semejantes, aunque no se comete un verdadero delito en el homicidio, porque no hubo dolo, ó sea malignidad é intencion de matar, hay una responsabilidad á que se da el nombre de culpa, á que se aplica una pena menor que á aquel, y mas ó ménos grave segun el grado que ella tiene; los cuales son tres, lo mismo que en el dolo, á saber: culpa minima, cuando el conocimiento que el agente tenia de la posibilidad del efecto producido por su accion, es muy remoto; media, cuando es mayor ó ménos remoto; máxima, que se acerca al dolo, cuando el conocimiento de la posibilidad era pleno. El dolo es infimo cuando la causa impulsiva es fuerte, ó la accion

(1) LL. 4 y 5, tit. 8, P. 7, y 12 y 13, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 13 y 14, tit. 21, lib. 12 de la N. — (2) L. 9, tit. 1, P. 7. — (3) L. 4, tit. 20, P. 6. — (4) L. 9, tit. 1, P. 7. — (5) L. 8, tit. 31, P. 7. — (6) Ant. 19, tit. 11, lib. 8 de la R. ó l. 3, tit. 15, lib. 12 de la N.

se ha cometido en el impetu de una pasion violenta: medio, cuando la causa impulsiva es débil ó la accion se ha hecho con madura reflexion; y máximo, cuando se ha cometido con causa ó sin ella, pero con perfidia, ó con una crueldad excesiva (1).

6. Hay sin embargo casos en que la accion prohibida aunque se haga deliberadamente no es criminal por algunas circunstancias particulares, en cuya consideracion la ley declara no ser delincuente el hombre en tales casos, como el homicidio hecho en propia defensa, y otros de que hablaremos en los nn. 30 y 31 de este titulo.

7. Dijimos en la definicion del delito, que habia de ser en dano ú ofensa del Estado ó de alguno de sus individuos, y de aquí nace la primera division de los delitos en *públicos*, que son los que ofenden inmediatamente al Estado, como el que se comete en ofensa de la Religion ó de la Patria, en los cuales es permitida la acusacion á cualquiera del pueblo; y *privados*, que son aquellos en que se ofende principalmente á los particulares, que son los que tienen el derecho de acusarlos y percibir la pena pecuniaria. Tambien se distinguen los delitos en *políticos*, que son los que atacan á la Constitucion ó al Gobierno; y *civiles*, que son los que atacan la persona ó propiedad de los asociados (2). Por las circunstancias de la perpetracion se divide el delito en *notorio*, que es el que se comete en presencia del juez, ó de la mayor parte de los vecinos del pueblo, ó de muchos sugetos que induzcan notoriedad; y *comun* que es el que no se comete con esa publicidad. Los prácticos establecen entre estos dos otra diferencia, que se toma del modo de proceder para el castigo del notorio, pues segun ellos el orden de proce-

(1) Febrero de Tapia, tom. 7, tit. 1, cap. 1, n. 9. — (2) *Examen de los delitos de infidelidad.*, cap. 35.

der es no guardar orden (1); máxima que impugna Vilanova (2) fundado en la razon de que todo delito debe juzgarse por los trámites rígidos de derecho, bajo vicio de nulidad en su contravencion, y mucho mas en el sistema constitucional. Omitimos las divisiones en *infamatorios* y *no infamatorios*, *nominados é innominados*, y solo referiremos la que se hace en *leves*, *graves*, *atroces* y *atrocísimos*, de cuyas especies no es fácil dar definiciones exactas, pues dependen de las diversas circunstancias que concurren al acto y aumentan ó disminuyen el carácter del delito. Están comprendidas en el siguiente verso:

*Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cur, quomodo, quando,*

en cuya explicacion no nos permiten entrar los límites de esta obra, y podrá verse en los criminalistas y otros autores (3).

8. La responsabilidad del delito no solo gravita sobre el que lo cometió como principal, sino tambien sobre el que tuvo parte en él como cómplice, y se constituye tal de varios modos, como acompañando, prestando armas, removiendo obstáculos, facilitando medios, contribuyendo á la fuga, al refugio, á la ocultacion, y en suma uniéndose en todo ó en parte con el principal por obra, consejo, influjo ó maquinacion. La ley (4) dice: *que á los malfechores, é á los consejadores, é á los encubridores debe ser dada igual pena*, y de ella deduce Tapia (5) la siguiente máxima: el cómplice es tan delincuente como el reo principal, cuando uno y otro conspiraron de comun y previo acuerdo á un mismo intento, ó cuando la ayuda, proteccion, fa-

(1) Curia Filip., P. 3, § 14, n. 1. — (2) *Mater. crimin.*, tom. 3, en el prelado. — (3) Tapia las explica con bastante claridad en su Feb. novísimo, tom. 7, tit. 1, cap. 1, n. 18 á 20. — (4) Reg. 19, tit. 33, P. 7. — (5) Feb. novis., tom. 7, tit. 1, cap. 1, n. 47.

vor ó sugestion del cómplice fueron causa de que el delito se cometiese; pero de lo contrario será ménos criminal.

9. Por el delito queda el delincuente sujeto á la responsabilidad que puede exigirle el juez de oficio en los delitos en que puede proceder así, y de que hablaremos en el n. 2 del tit. XVI del lib. III, ó á instancia del ofendido; mas esta responsabilidad no dura perpetuamente, sino que se acaba por prescripcion, para la que se requieren distintos términos segun la diversidad de los delitos. Las leyes señalan los siguientes: el de veinte años para el delito de falsedad (1); para adulterio (2), incesto (3), y acceso con religiosa, viuda honesta, ó doncella (4), cinco años; pero si para el adulterio se hizo fuerza, el término son treinta años (5); para el dolo dos, aunque los perjuicios y daños se pueden reclamar dentro de treinta (6); así como las cosas hurtadas en cualquier tiempo (7), y para las injurias un año (8). No se encuentran fijados mas términos por las leyes; pero Gregorio Lopez (9) refiere la opinion de algunos autores que dicen, que en los delitos atrocísimos, como traicion, moneda falsa, asesinato y otros, no corre el tiempo; Tapia (10), apoyado en un capítulo del derecho canónico (11), asienta que se prescriben en cuarenta años; y Alvarez (12), citando á Paz (13), fija así para los delitos públicos como para los privados, veinte años, á ménos que se encuentre respecto de los últimos señalado otro término. Los del presidente de la República cometidos durante su encargo, pasado un

(1) L. 3, tit. 7, P. 7. — (2) L. 4, tit. 17, P. 7. — (3) L. 2, tit. 18, P. 7. — (4) L. 2, tit. 19, P. 7. — (5) L. 4, tit. 17, P. 7. — (6) L. 6, tit. 16, P. 7. — (7) L. 3, tit. 13, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (8) L. 22, tit. 9, P. 7. — (9) Greg. Lop. glos. 4 de la l. 4, tit. 17, P. 7. — (10) Febrero novísimo, tom. 7, tit. 4, cap. 1, n. 38. — (11) Cap. 2 de *Prescription*, in 6o. — (12) Alvarez Instituciones, lib. 4, tit. 12. — (13) Paz, t. 1, P. 3, cap. 1, n. 8, y cap. 3, nn. 83 y 84.

año despues que deja de serlo (1). Pasados los referidos términos, no puede procederse contra los delinquentes ni de oficio, ni por acusacion de parte, ni aun por el beneficio de restitucion; pero esto se entiende si los delitos no están procesados; pues siéndolo, si la causa está pendiente por citacion legítima ó por contestacion, nunca se acaba esta instancia criminal (2).

10. Explicada la natureleza del delito y sus especies en general, vamos á examinar lo que constituye á cada una en particular, y las penas que las leyes les señalan. Comenzando por el de traicion, al que se llama en las Partidas (3) *cabeza de todos los males*, y se conoce con el nombre de *crimen de estado ó de lesa magestad*, lo define la ley (4): *Yerro que face ome contra la persona del Rey*, y en seguida enumera catorce maneras con que se puede cometer, y que casi se copian á la letra en la ley de la Recopilacion (5), y se reducen á lo siguiente: Conspirar contra la vida del monarca, su honra, la de su muger ó hijas, ó la posesion de su reino: favorecer ó aconsejar á sus enemigos: promover bullicios, asonadas ó levantamientos de que resulte daño al rey ó á la tierra: cooperar ó coadyuvar á los levantamientos y rebeldias de los vasallos: estorbar la resolucion de otro rey que quisiese darle sus dominios: siendo gobernador de algun castillo, plaza ó lugar, alzarse con él, entregarlo al enemigo, ó perderlo por su culpa: abastecer con municiones de boca ó guerra alguna plaza enemiga para que sostenga el sitio ó guerra contra el rey, ó el pro de la tierra: entregar al enemigo alguna ciudad ó lugar, aunque no se tenga en nombre del rey, pasarse á él ó descubrirle los secretos y confianzas del rey, separarse de este en la batalla, au-

(1) Art. 408 de la Constit. feder. — (2) Tapia Febrero novísimo, tom. 7, tit. 4, c. 1, n. 38. — (3) Princip. c'el tit. 2, P. 7. — (4) L. 1, tit. 2, P. 7. — (5) L. 4, tit. 18, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 7, lib. 12 de la N.

sentarse del ejército sin mandato, levantar el campo, ó comenzar á lidiar fingidamente sin mandato ó noticia del rey, resultando de ahí algun daño ó deshonra: matar, deshonrar ó proporcionar la fuga á hombres que han sido dados en rehenes al rey: proporcionar la fuga ó excitar á ella á los presos por traición: siendo empleado por el rey y removido, resistir dejarlo y admitir al nombrado en su lugar: desobedecer y desacatar los mandamientos reales: romper ó derribar las estatuas reales: falsear la moneda ó los sellos reales: y por último dar muerte á los jueces de la corte ó á las personas que guardan la del rey.

11. En estas especies de traición distinguen dos grados los intérpretes, colocando en el primero las que son directamente contra la persona del rey ó el pro comunal de la tierra, á las que creen convenir exactamente lo que los romanos llamaban *crimen perduellionis*, y en el segundo las demás. De este delito puede acusar cualquiera del pueblo, y aun aquellos á quienes les está prohibido hacerlo de otros, como las mugeres, y los hombres perdidos ó de mala fama (1), y podia intentarse la acusación aun despues de muerto el reo (2): pueden ser testigos los infames (3), y al traidor se señalan las penas de muerte, la mas cruel é ignominiosa, pérdida de todos sus bienes para el fisco (4), deduciéndose solo la dote de su muger y deudas contraídas antes del delito (5): infamia perpetua para él y todos sus hijos varones, é inhabilidad en estos y en las mugeres para heredar á pariente ni extraño alguno, ni adquirir legados; aunque esta inhabilidad respecto de las hijas mugeres se relaja para poder heredar la cuarta parte de los bienes de la madre (6), y por último la ruina y de-

(1) L. 3, tit. 2, P. 7. — (2) La misma. — (3) L. 8, tit. 16, P. 3. — (4) L. 6, tit. 13, P. 2. — (5) L. 2, tit. 2, P. 7.

(6) L. 2, tit. 2, P. 7. La doctrina expuesta está arreglada á la ley que se cita, segun se encuentra en las mas ediciones de las

molición de su casa (1); aunque Gregorio Lopez (2) y Acevedo (3) son de opinion que la infamia trascendental á los hijos solo tenia lugar en la traición del primer grado. Los que aconsejaren la traición ó auxiliaren al traidor, y á los que la supieren de cualquiera manera que fuese, y no la descubrieren, aun cuando no llegue á tener efecto, se señalan las mismas penas (4); pero si alguno habiendo tenido voluntad de entrar con otros en alguna traición, ántes de formar la convencion con ellos, la descubriere, se le perdonará, y dará ademas alguna recompensa, y si la descubriere despues de hecha la convencion, pero ántes de ejecutarse, se le perdonará, pero no se le dará recompensa (5).

12. Por sola la lectura de los dos párrafos anteriores en que están extractadas las disposiciones del derecho de España sobre traición, se conoce desde luego la oposicion que dicen con nuestras Instituciones, segun las cuales ni pueden tener lugar muchos de los modos con que conforme á la ley de Partida se comete ese delito, ni existen algunas de las penas que se le señalan, como son, la infamia trascendental á los hijos, y la confiscacion de bienes que expresamente se han abolido (6).

13. Segun la idea que el derecho antiguo nos da de la traición, á ella deben reducirse las ofensas contra la nacion, cuyo conocimiento comete la Constitucion (7) á la corte de justicia; pero no habiéndose explicado por ninguna ley secundaria qué actos deban reputarse

Partidas; sin embargo, en la de la Academia de la Historia se lee: *pero las hijas de los traidores bien pueden heredar fasta la quarta parte de los bienes de sus padres*. Tapia en la nota al n. 2, cap. 14, t. 2, lib. 2 del Febrero novísimo. — (1) L. 6, tit. 13, P. 2. — (2) Greg. Lop., glos 3 de la l. 2, tit. 2, P. 7. — (3) Aceved. en la l. 2, tit. 18, lib. 8 de la R., n. 37, que es la 2, tit. 7, lib. 12 de la N. — (4) L. 6, tit. 13, P. 2. — (5) L. 3, tit. 2, P. 7. — (6) Art. 146 y 147 de la Constitucion. — (7) Art. 137 de la misma P. 8 de la atribucion V.

tales, y con qué penas deban ser castigados, á excepción del de conspiracion contra la independencia, al que se señala en el decreto de 13 de mayo de 1822 la misma pena que las leyes vigentes promulgadas hasta 1810 señalan para el delito de lesa magestad, solo se encuentran dos en nuestro derecho pátrio, que suponiendo bien fijada la definicion de la traicion, declaran tales los actos de que hablan. La primera, anterior á la Constitucion, aunque no al sistema federal, es la de 23 de abril de 1824, y declara traidor á cualquiera que favoreciese el regreso de D. Agustín de Iturbide á la República, ó que de alguna manera protegiese las miras de cualquier invasor extranjero, sometiéndolos al conocimiento de los consejos de guerra conforme á la ley de 27 de septiembre de 1823, que ha sido derogada con todas sus concordantes por decreto de 18 de diciembre de 1832. La segunda es la de 11 de mayo de 1826 que declara igualmente traidor y sujeto á la pena de muerte á todo el que de palabra ó por escrito, pública ó secretamente, así en lo interior como en lo exterior de la República, proponga ó promueva cualquiera proposicion de la España ó de otra potencia en su nombre, que no esté fundada en el reconocimiento absoluto de la independencia bajo la forma de gobierno federal, y condena á ocho años de prision al que promueva alguna indemnizacion, tributo ó exaccion á favor de la España por la pérdida de su antigua supremacia, quitando todo fuero en estos delitos.

14. Se encuentran tambien en nuestras leyes constitucionales, así en las expedidas por las cortes españolas, como en las de los congresos mejicanos, varios delitos que pertenecen á la clase de públicos, y de los que este es el lugar oportuno de hablar. Tales son el de conspiracion, subversion, sedicion, rebelion, pronunciamiento é incitacion á la desobediencia de que se habla en unas ó en otras leyes, pero sin fijarse en

ellas la verdadera esencia que los constituye. La conspiracion, segun Escrihe (1), es la union secreta de algunas ó muchas personas contra el soberano ó el gobierno, ó bien contra algun particular para perderle ó hacerle daño, y esta misma idea suponen las dos leyes mejicanas, en que se hace mencion de este delito, y que hoy no tienen ya vigor; pues la primera es la de 28 de agosto de 1823, cuyo objeto era abreviar el despacho de las causas de conspiracion; pero que en su art. 17 previno que las disposiciones que contenia tuviesen vigor hasta un mes despues de instalado el congreso que estaba convocado, si el mismo no las revocaba ántes, y la segunda es la citada ya de 27 de septiembre de 1824, que en su art. 11 sujetaba al consejo de guerra á las cuadrillas de conspiradores en despojado. Entre las de las cortes de España encontramos la de 17 de abril de 1821, cuyo objeto es fijar las penas que deben sufrir los conspiradores contra la constitucion ó infractores de la misma, y aunque en ella se especifican bien los delitos y sus penas, nos limitamos solo á mencionarla porque no estamos seguros de su vigor en la República, porque aunque la fecha de su sancion es muy anterior á la consumacion de la independencia, como habla de la Constitucion española, y es ley penal, no creemos que sin una positiva adopcion por la República pueda extenderse á su Constitucion, y no sabemos que en ningun tribunal se haya hecho valer.

15. A este delito por ser union secreta de varias personas parece que deben reducirse las sociedades secretas ó masónicas. Aunque sin tal denominacion están prohibidas por una ley recopilada (2) las juntas que se llaman cofradias ó cabildos, que aunque con estatutos *honestos para mostrar en público... en sus hablas secretas y conciertos, tiran á otras cosas que tienden en*

(1) Diction. de legislat., art. *Conspiracion*. — (2) L. 3, tit. 14, lib. 8 de la R. ó 12, tit. 12, lib. 12 de la N.

mal de sus prójimos, y escándalos de sus pueblos, previniéndose la disolución de las que existiesen y que en lo de adelante no se permita formarlas, sino para causas pias y espirituales, con licencia previa de las autoridades civil y eclesiástica, condenando á la pena de muerte y confiscación de bienes al que lo contrario hiciere, y facultando á los jueces para hacer pesquisa sobre ello, aunque no precediese denuncia, delacion, ni mandamiento: cuya prohibición se renovó por decreto del poder ejecutivo de 10 de enero de 1824 (1), extendiéndola á las corporaciones que se reúnan á deliberar para hacer representaciones ó tomar resoluciones que no esten en sus facultades. Ya bajo el nombre de masónicas, se prohibieron por el decreto de Fernando VI de 2 de julio de 1751, bajo pena arbitraria, pues se usa de la frase: *bajo de la pena de mi real indignación*, aunque respecto de los individuos del ejército y armada, se previene á sus respectivos gefes les impongan la de privarlos y arrojarlos de su empleo con ignominia. Posteriormente se expidió la cédula de 19 de enero de 1812, publicada en esta capital por bando de 27 de octubre del mismo año, en la que mencionándose la prohibición de los sumos Pontífices y la referida de Fernando VI, se mandó que los jueces ordinarios procediesen contra los franmasones, derogando todo fuero, aun el militar, arresando sus personas y ocupando sus papeles luego que de las diligencias resultase mérito para ello: que si el procesado era natural, á mas de la privación del empleo, y de cualquiera distinción que tuviese, fuese remitido á España bajo partida de registro; y si era extranjero, aunque tuviese carta de naturaleza, se le desterrase y confiscasen sus bienes; y que el hallar en poder de alguno libros, papeles, vestidos, insignias ó cualesquiera utensilios de los masones, sirviese de prueba del cuerpo del delito,

(1) Está inserto en las adiciones á Alvarez, página 279.

y de la adhesión de aquella persona á la secta. Ultimamente, el congreso mejicano por decreto de 23 de octubre de 1828, renovó la prohibición de toda reunión clandestina que por reglas ó instituciones determinadas forme cuerpo ó colegio, y haga profesion de secreto, condenando á los ciudadanos que concurrieren á la pena de suspensión de sus derechos por un año por la primera vez: de dos por la segunda: de confinación á una de las Californias por cuatro años por la tercera, y á ser expulsados por dos años de la República en caso de reincidencia, agregando á los que fuesen empleados la suspensión del empleo y sueldo en las dos primeras veces, é inhabilitándolos en la tercera para obtener ninguno ni aun de nombramiento popular: á los naturales ó naturalizados que no tuvieren derechos de ciudadanos á seis meses de prisión por primera vez, doble tiempo por la segunda, perdiendo por la tercera el derecho de naturaleza, y siendo extrañados para siempre de la República por la cuarta, no entendiéndose por naturales sin derechos de ciudadanos los mejicanos por nacimiento que no los gozasen por falta de edad, á los cuales se señala por la primera vez tres meses de arresto ó prisión, doble por la segunda, triple por la tercera, y por la cuarta confinación á Californias por cuatro años; y á los extranjeros no naturalizados expulsion de la República, sin poder volver á ella en cuatro años por primera vez, en ocho por la segunda, y perpetuamente por la tercera.

16. De la subversion se habla en la ley de 22 de octubre de 1820, conocida con el nombre de reglamento de la libertad de imprenta, que aunque dictada bajo el sistema monárquico, está adoptada para el republicano. Segun ella la subversion consiste en el intento de trastornar la religion del estado, ó su constitucion política. Este delito podrá cometerse ó por medio de escritos impresos, y entónces se reputa como uno de los abu-

sos de la libertad, de que hablaremos en un Apéndice con este título, ó de otros modos; pero sobre ellos no encontramos ley ninguna nacional, y ya hemos expuesto en el núm. 1.<sup>a</sup> de este título, la razon que tenemos para dudar del vigor de la de las cortes de España que es relativa á esto. Lo mismo sucede respecto de la desobediencia, y por lo que hace á la sedicion, rebelion y pronunciamiento, hablaremos en el tit. siguiente en que el autor trata de asonadas.

17. Entre los delitos con que se ofende directamente á los hombres, el primero es el homicidio ú *omecillo* como se le llama en las Partidas, que lo definen *Mata-miento de ome*, ó sea el acto de quitar á otro la vida. Este puede ser de cuatro maneras: 1.<sup>o</sup> voluntario; 2.<sup>o</sup> por imprudencia ó impericia; 3.<sup>o</sup> el casual, y 4.<sup>o</sup> el necesario que se comete en propia defensa. Solo el voluntario es rigorosamente delito, aunque el hecho por imprudencia ó por casualidad tiene la responsabilidad que explicaremos despues.

18. El voluntario, que es cuando un hombre mata á otro *torticeramente*, esto es, contra derecho ó razon, puede ser simple ó calificado: se llama simple el que ni por razon de las personas ni de las circunstancias se considera muy grave y odioso (1), y de este dice la ley (2): *Todo hombre que matare á otro á sabiendas, que muera por ello*, y debia ser ahorcado (3), aunque hoy ya no debe ser sino á garrote (4), y eso aun cuando el homicidio se cometiese en riña ó pelea (5).

(1) Escriche Diccion. de legislac., Art. *Homicidio*. — (2) L. 4, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 21, lib. 12 de la N. — (3) L. 10, tit. 10, ut. 23, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 21, lib. 12 de la N. — (4) Decreto de 24 de enero de 1842. — (5) L. 3, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 21, lib. 12 de la N.

Hemos omitido referir la opinion de Antonio Gomez (3 var., cap. 3, n. 2) que quiere que las personas ilustres y nobles que cometan homicidio no deben ser castigadas con pena de muerte, sino con otra mas leve; y la impugnacion de Sala y modificacion

19. Se llama calificado el homicidio que por razon de la persona, del lugar, del fin, del instrumento ó del modo adquiere tal gravedad, que inspira mas aversion contra el delincuente (1). Por razon de la persona el homicidio mas calificado es el que comete el hijo que da la muerte á su padre, y se llama *parricidio*, bajo cuyo nombre se comprende hoy (2) la muerte dada al ascendiente por su descendiente, ó al reves, á un hermano por otro, al tio ó sobrino, al marido ó la muger, al suegro ó suegra, al yerno ó nuera, al padrastro, madrastra ó entenado, y al patrono de quien se recibió la libertad por su liberto, aunque no dejan de usarse respecto de algunos de estos, algunos nombres especiales, como *fratricidio* á la muerte dada al hermano, y *uxoricidio* á la de la propia muger. Todos estos, y los que dieran consejo ó ayuda, aunque sean extraños, debian, segun la ley de Partida (3), ser azotados públicamente, y metidos despues en un saco de cuero cosido por la boca, con un perro, un gallo, un mono y culebra, se debian arrojar al mar ó río mas próximo del lugar del delito. Mas esta pena ha sido suavizada en parte por la ley (4) que abolió la pena de azotes, y en parte por la práctica, que desde el tiempo de Antonio Gomez (5) habia establecido quitar primero la vida al parricida, y poniendo despues su cadáver en una cuba, en la que se pintan los cuatro animales dichos, se hace la cere-

con que se conforma, de que eso podrá pretenderse por los nobles cuando el homicidio sea en riña y no tenga la circunstancia de alevé, porque la ley no distingue, ni entre nosotros se conoce, y está establecida la igualdad ante la ley, con la que choca igualmente la doctrina de Sala, de que no se les podia imponer la pena de horca, que hoy á nadie se puede imponer; y la de Acévedo de que se les debia conducir al patibulo en caballo ó mula ensillada y enfrenada, y no en burro como á los demas.

(1) Diccion. de legislac., art. *Homicidio*. — (2) L. 12, tit. 8. P. 7. — (3) La misma. — (4) Decreto de 8 de setiembre de 1813. — (5) Ant. Gom., 3 var., cap. 3, n. 3

monia de arrojarle al rio, y despues se le da sepultura, conformándose este uso, segun observa Antonio Torres (1) con la ley de la Recopilacion (2), que manda que el que es condenado á ser asaeteado, debe ahogarse primero. Y si alguno comprase yerbas ó veneno para matar á su padre, y procurase dárselas, aunque no lo consiga, debe morir como si se las hubiese dado, puesto que por él no dejó de llevarse á efecto (3), y el que cree ó sabe que su hermano intenta envenenar ó matar de otra manera á su padre, y no se lo avisa pudiendo hacerlo, debe ser desterrado por cinco años (4).

20. Es especie de parricidio el aborto voluntario, y la muger que lo comete tomando al efecto yerbas ú otra cosa, ó hiriéndose ó golpeándose el vientre, si el feto estaba ya vivo debe sufrir la pena de muerte, y si aun estaba inanimado se le debe desterrar á alguna isla por cinco años (5). Las mismas penas con la misma distincion debe sufrir el que siendo extraño á la muger le ocasionare el aborto (6); mas si fuese el marido, sufrirá, sin distincion de si el feto estaba ó no animado, la pena de destierro por cinco años (7), cuya modificacion atribuye Gregorio Lopez (8) á la presuncion de que dió los golpes á la muger por corregirla y no por que abortara, de que se infiere que si lo hizo con este objeto, mereceria la misma pena que los otros.

21. A este delito es en algo semejante el que se conoce con el nombre de *exposicion de parto*, y se comete exponiendo al hijo en las calles, caminos ó lugares excusados, con manifiesto peligro de que muera de frio, ó hambre ó por otro motivo. La única ley (9) que habla de este delito no le fija la pena, pues que solo

(1) Instituciones Españolas, lib. 4, tit. 48, § 6. — (2) L. 46, tit. 43, lib. 8 de la R. ó 23, tit. 33, lib. 12 de la N. — (3) L. 12, tit. 8, P. 7. — (4) La misma. — (5) L. 8, tit. 8, P. 7. — (6) La misma. (7) La misma. — (8) Greg. Lop., glos. 3 de la l. 8. — (9) L. 5, tit. 37, lib. 7 de la N. que es la cédula de 11 de diciembre de 1796.

previene que las personas que lo cometan sean castigadas con toda la severidad de las leyes, y solo tendrán menor pena si inmediatamente despues que hayan dejado la criatura en alguno de los parages referidos donde no tenga peligro de perecer, dan noticia al párroco personalmente ó por escrito para que sin demora lo haga recoger, renovándose la declaracion de la ley de Partida (1), y de otras canónicas y civiles de que por el hecho de exponer al hijo, pierde el padre la patria potestad y todos los derechos que tenia sobre él, sin poderlo reclamar, si no es en el caso de que lo haya hecho por necesidad extrema, y previniendo que á ninguno que lleve alguna criatura diciendo que la lleva á la casa de expósitos ó al párroco, se le detenga ni examine judicial ni extrajudicialmente, y se le dejará retirar libremente.

22. Por razon de la persona es tambien, segun asienta Gutierrez (2), calificado el homicidio que comete el juez que á sabiendas condena al inocente ó al que no lo merece, á muerte, mutilacion ó destierro (3); lo mismo que el médico ó cirujano que maliciosamente quita la vida á algun enfermo, y el boticario que sin mandato de facultativo da alguna medicina activa, y de tomarla se sigue la muerte del enfermo (4), y á todos estos se les señala pena de muerte; por lo que Febrero (5) opina contra Gutierrez que no debe tenerse por calificado el homicidio, por ser simple la pena que se le señala.

23. Por razon del lugar se tenia por calificado el homicidio cometido en la corte ó su rastro, dentro de cuyo término bastaba herir para que se impusiese la

(1) L. 4, tit. 20, P. 4. — (2) Práctica crimin., Part. 3, cap. 3, n. 34. — (3) L. 11, tit. 8, P. 7. — (4) L. 6, tit. 8, P. 7. — (5) Febrero novísimo, tom. 7. Prontuario de delitos, art. *Homicidio*.

pena capital (1); mas esto no está en observancia (2). Por razon del fin es calificado el homicidio que se comete robando en camino (3). Y por razon del instrumento lo es el que se comete con escopeta, fusil ó pistoleta, en cuyo caso aun cuando solo se hiera, el agresor es tenido por alevoso (4).

24. Finalmente, por razon del modo es calificado el homicidio que se comete premeditadamente ó de caso pensado, bien á traicion ó con alevosia, bien con veneno, ó bien en desafio. La ley de Partida (5) dice que *traicion tanto quiere decir, como traer un ome á otro so semejanza de bien á mal, é es maldad que tira de sí la lealtad de corazon del ome*; y aunque esta deslealtad, segun la misma ley, se llama traicion cuando es contra el soberano, y alevosia cuando es contra otro hombre, en el dia, segun observa Gutierrez (6), se dice indistintamente matar á traicion ó matar con alevosia, y con cualquiera de las dos frases se significa matar á muerte segura, por la cual se entiende segun dos leyes de la Recopilacion, *toda muerte, salvo aquella que fuere hecha en pelea, ó en guerra, ó en riña* (7)... *ó salvo la que se probare que fué peleada* (8); de manera que es alevoso el homicidio que se comete acechando al que se quiere matar, ó disfrazándose para no ser

(1) L. 1, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 21, lib. 12 de la N. —

(2) Gutier. Práct. crim., Part. 3, cap. 3, n. 34. — (3) L. 6, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 9, tit. 21, lib. 12 de la N.

(4) L. 13, tit. 23, lib. 8 de la R. (4)2, tit. 21, lib. 12 de la N. Esta ley es del año de 1303, y solo habla de arcabuz y pistoleta; por otras posteriores se ha prohibido portar otras especies de armas que explicaremos en su lugar, y por esa determinacion creemos que será calificado todo homicidio cometido con arma cuya portacion esté prohibida por esa nueva circunstancia criminal que se añade al acto.

(5) L. 1, tit. 2, P. 7. — (6) Práct. crimin., P. 3, cap. 3, nota al n. 14. — (7) L. 10, tit. 26, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 21, lib. 12 de la N. — (8) L. 1, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 42, lib. 12 de la N.

conocido de él, ó valiéndose de alguna otra industria, ó en fin cogiéndole desprevenido (1). La pena señalada al homicida alevoso era ser arrastrado, ahorcado, y perder la mitad de sus bienes para el fisco (2); pero abolida la horca y la confiscacion de bienes, quedar educida á la pena de muerte.

25. Entre las industrias de que usan los homicidas alevosos, es muy notable la de valerse de otro para que dé la muerte pagándole por ello, y á este se llama *asesino*, y al homicidio así perpetrado *asesinato*, aunque con este nombre se designa tambien todo homicidio alevoso; y así el que manda como el que ejecuta la muerte debe morir (3).

26. Es igualmente alevoso el homicidio causado con veneno, y el *matador*, dice la ley de Partida (4), *debe morir deshonoradamente echándolo á los leones, ó á canes, ó á otras bestias bravas que lo maten*. Tambien incurre en pena capital el que compra el veneno con tan depravado fin, y procura llevarlo á efecto, aunque no lo consiga: el que lo vende á sabiendas, y el que enseña á prepararlo con el fin de matar á alguno (5).

27. Por último, es calificado y se reputa alevoso el homicidio hecho en duelo ó desafio por la premeditacion con que se hace (6). El duelo es *un combate entre dos personas, con testigos ó sin ellos, precediendo reto ó desafio de palabra, por escrito, ó por gestos, señalando tiempo y lugar con objeto de vengar alguna injuria verdadera ó supuesta* (7). Los titulos 3º y 4º de la Partida 7ª, se ocupan de fijar las reglas, términos y aun fórmulas de los rieptos, ó reptos, y de las lides,

(1) Gutier. Práct. crimin., Part. 3, cap. 3, n. 14. — (2) LL. 2, 3, 7 y 10, tit. 23, lib. 8 de la R. que son 3, 4, 10 y 2 tit. 21, lib. 12 de la N. — (3) L. 3, tit. 27, P. 7. — (4) L. 7, tit. 8, P. 7. — (5) La misma. — (6) Gutier. Práct. crimin., P. 3, cap. 3, n. 17. — (7) Es criche, Diccion. de legis., art. *Duelo*.

duelos ó desafíos: mas todo lo que allí se lee, como dice Gutierrez, solo puede servir para satisfacer la curiosidad sobre las costumbres de aquellos remotos tiempos. La pragmática de 28 de abril de 1757 (1) declara al desafio por delito infame, y segun ella los que admitieren desafio, intervinieren en él como terceros ó padrinos, llevarán billetes ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, perderán irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores que tuvieren por el gobierno, quedando inhábiles perpetuamente para obtener otros; y si el desafio ó duelo llegare á tener efecto saliendo los desafiados, ó alguno de ellos al campo ó puesto señalado, aunque no haya rina, muerte ó herida, serán castigados sin remision alguna con pena de muerte; y todos los que vieren reñir y no lo embarazaren pudiendo, ó no dieren aviso, serán condenados á seis meses de prision.

28. El homicidio por imprudencia ó impericia, es el que se comete, no con designio de matar, sino por falta de cuidado ó de ciencia, como cuando riñendo dos quitan la vida ó otro que se acerca sin querer, en cuyo caso hay homicidio por imprudencia; ó cuando el boticario prepara mal la medicina por no tener en su profesion todos los conocimientos necesarios, y de ello se sigue la muerte del enfermo, en cuyo caso hay homicidio por impericia (2). Segun las leyes de Partida (3), al homicida por imprudencia se le debia desterrar por cinco años á una isla y al que lo fuese por impericia, ademas del destierro, se le debia privar de oficio; mas por las de la Recopilacion (4) solo se im-

(1) L. 12, tit. 8, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 20, lib. 12 de la N. — (2) Escriche, Dictionn. de legisl., art. *Homicidio*. — (3) LL. 3 y 6 tit. 8, P. 7. — (4) LL. 12 y 13, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 13 y 14, tit. 21, lib. 12 de la N.

pone pena pecuniaria segun la mayor ó menor gravedad de la culpa.

29. El homicidio casual es el que se ejecuta por accidente ó caso fortuito sin dolo ni intencion de matar. Puede suceder de dos modos: ó sin culpa alguna del que lo causa, que en opinion de algunos (1) es el único casual, y entónces no merece ninguna pena (2), ó con alguna culpa de parte del matador, y entónces lo reducen al que se hace por imprudencia ó impericia, y así lo indican los ejemplos que ponen las leyes (3), y se le debe imponer una pena mas ligera (4), pues para que al homicida se imponga la de muerte, es necesario que haya tenido intencion de matar segun el espíritu de la ley (5) que requiere que se haga la muerte á sabiendas; por lo que observa muy bien Acevedo (6), que cuando se señala pena de muerte ó corporal por dolo ó engaño, no se comprende bajo de este la culpa lata.

30. El homicidio necesario es el que se comete en defensa de la propia vida, la cual llaman tambien de derecho, sea porque la defensa es de derecho natural, ó sea porque las leyes libentan de toda pena al que lo comete (7); mas para esto es necesario que el que lo hace no tenga otro medio de defenderse que matar á su agresor, ó como suele decirse, que no exceda de la moderacion de una defensa inculpada, sobre lo cual hacen varias explicaciones Acevedo (8) y Antonio Gomez (9), que asienta, que si el acometido mata á su agresor no hallándose verdaderamente en peligro de muerte, ó pudiendo evitarla por la fuga sin deshonor,

(1) Dicción. de legisl., art. *Homicidio*. — (2) L. 4, tit. 8 P. 7. — (3) LL. 3 y 6, tit. 8, P. 7. — (4) L. 6 cit. — (5) La misma. Vers. *Pero si*. — (6) Acevedo, sobre la l. 4, tit. 23, lib. 8 de la R. — (7) LL. 2, tit. 8, P. 7, y 3 y 4, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 4 y 1, tit. 21, lib. 12 de la N. — (8) Acevedo, sobre la l. 1, tit. 23, lib. 8 de la R., n. 26. — (9) Ant. Gom., 3 var., cap. 3, nn. 22, 23 y 24.

deberá ser castigado, no con la pena de muerte, pero si con alguna extraordinaria.

31. Ademas del caso de propia defensa, exime la ley (1) de pena al que da la muerte á otro en los casos siguientes: 1º si lo hallare yaciendo con su muger, do quier que lo halle; sobre lo cual dice Acevedo (2) que se eximirá de la pena si no solo mata al adúltero, sino tambien á su muger, apoyándose en otra ley (3) que dice: *que no pueda matar al uno y dejar al otro* (4); 2º si lo hallare yaciendo en su casa con su hija ó hermana, y sobre este caso dice Acevedo (5) que no es necesario que se haya hecho fuerza á la muger, porque no lo exige la ley, y la de Partida (6) que la requiere habla de caso diferente, á saber: del que mata al que por fuerza quiere yacer con su hija ó hermana; y añade que esta doctrina debe entenderse de hija soltera, pues que siendo casada, como que ya habia adulterio, á solo el marido correspondia ese derecho. 3º El que mata á otro que lleva á fuerza alguna muger para yacer con ella, ó despues de haber yacido, y tiene lugar segun Acevedo (7), aun cuando el matador no es pariente de la muger. 4º Al que matare al ladron que hallare de noche hurtando en

(1) L. 4, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 21, lib. 12 de la N. —

(2) En el comentario de la l. 4. — (3) L. 1, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 28, lib. 12 de la N.

(4) Esas expresiones se hallan en la ley que acaba de citarse y en la 3a del mismo, tit. y lib. de la R. que es la 2 en el tit. 28, lib. 12 de la N.; mas una y otra hablan del caso en que en pena del adulterio se entregaban al marido los dos adúlteros para que hiciese de ellos lo que quisiese (sobre lo cual véase el n. 4 del tit. 27 de este lib.); pero con la restriccion de que no pudiera matar al uno dejando vivo al otro; y la inculpabilidad del que mata al que encuentra *yaciendo con su muger* se funda en otra distinta, que es la 4 tit. 23, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 21, lib. 12 de la N., que no pone esa condicion para eximir de pena al matador.

(5) Aceved., sobre la l. 4, tit. 23, lib. 8 de la R., nn. 16 y 17.

(6) L. 3, tit. 8, P. 7. — (7) Aceved., sobre la l. 4, cit. al n. 13.

su casa, ú horadándola, ó huyendo con el hurto si rehusa darse á prision ó quitándole lo suyo no quisiere dejarlo, sobre lo cual es de verse el comentario de Acevedo sobre la ley de la Recopilacion, como tambien la glosa de Gregorio Lopez á la ley de Partida (1) que habla de este caso, y del que mata al que de noche le destruye ó quema su casa, campos, mieses ú árboles, ó al ladron conocido, salteador de caminos, cuya muerte no hace reo de pena al que la diere, si el ladron resistió darse á prision. 5º El que mata á otro en socorro de su señor, padre, hijo, hermano ó pariente, extendiéndose segun la opinion de Acevedo hasta los del cuarto grado.

32. Del suicidio ú homicidio de sí mismo, nada hay que decir, pues le única pena que imponia nuestro derecho (2), muy filosófico en este punto, como observa Gutierrez, no tiene ya lugar, pues era la confiscacion de los bienes del suicida que no tenia herederos descendientes.

33. Despues de haber hablado del homicidio consumado ó que las leyes reputan como tal, conviene decir algo del incoado, ó sea de las heridas, bajo cuyo nombre se comprende toda lesion hecha con violencia en las partes duras ó blandas del cuerpo, aun cuando llegue á separarse alguna, que es lo que se llama propiamente mutilacion. Las heridas pueden inferirse con premeditacion, en un arrebato de cólera, por casualidad ó en propia defensa. En orden á la mutilacion en general, no hemos visto que hablen las leyes, sino solo de una de sus especies que es la castracion, y se previene (3) que el que castré ó mande castrar á alguno, tenga pena de homicida, si no es que se haga por

(1) LL. 3 y 4, tit. 8, P. 7.

(2) L. 8, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 13, tit. 21, lib. 12. La l., tit. 28, P. 7, habla de las causas por que suelen matarse los hombres, y la 24, tit. 1, P. 7, distingue los casos en que se debian confiscar todos los bienes al que se daba la muerte estando acusado. — (3) L. 13, tit. 8, P. 7.

razon de enfermedad que así lo exija. En las demas heridas, si de ellas se sigue la muerte, y no fueron inferidas por casualidad ó en propia defensa, son castigadas como homicidio simple ó calificado, segun ellas fueron; mas si no se sigue la muerte, se distingue: porque si fueron hechas con acechanzas, el heridor se reputa homicida, aunque el herido no muera (1): si se hicieron con arcabuz ó pistolete, se le reputa alevoso, y segun la ley (2) la mitad de sus bienes es para el herido, y en los demas casos se impone la pena segun las circunstancias, y la mayor ó menor gravedad del delito, que regularmente va acompañado de otro (3). Por cédula del consejo de Indias de 17 de octubre de 1759 (4), se previno que el que hiriese con armas cor-

(1) L. 2, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 21, lib. 12 de la N. —

(2) L. 13, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 12, tit. 21, lib. 12 de la N.

(3) Escriche, Diccion. de legisl., art. *Heridas*. En la coleccion de Monte mayor y Beleña, á la pág. 54 del tercer foliage se inserta el bando de 27 de abril de 1765, conocido con el nombre de auto de herederos, y en él se les señalan las penas siguientes: deben pagar la dieta, curacion y costas; y si las heridas son leves, siendo el heridor de color quebrado, se le imponian cincuenta azotes al principio, y otros tantos al constar de la sanidad, y á los demas, veinte y cinco pesos de multa y dos meses de cárcel, y no teniendo con que pagar aquella, cuatro meses de prisión por primera, y doble por la segunda; si las heridas eran graves por accidente, se señalan á los primeros despues de los azotes, un año de obrage, y á los segundos dos años de presidio por primera vez, y doble por segunda; y siendo la herida grave por su esencia, á los primeros sobre los azotes dos años de obrage, y los demas cuatro años de presidio. A las mugeres por heridas leves, un mes de cárcel por primera vez, y un año de recogidas por segunda; en las graves por accidente, un año de recogidas por primera, y dos por segunda; y en las graves por esencia, dos años de recogidas por primera y cuatro por segunda. Sobre este auto es de notar, que la pena de obrage se abolió por reales órdenes de 21 de noviembre de 1776 y 12 de junio de 1777; que hoy no se distinguen castas, y que tampoco se puede imponer la pena de azotes.

(4) Citada por Colon en sus Juzgados militares, tom. 4, art. *Armas prohibidas*, n. 3.

tas incurriese en pena capital, aunque la herida no fuese mortal. Las heridas simples de las que no resulte lesion, se castigan por el decreto de 6 de setiembre de 1843, con obras públicas ó servicio de carcel, desde uno hasta cuatro meses.

34. Como el traer consigo armas, con especialidad las que son fáciles de ocultar, como las cortas, facilitaba la perpetracion de los homicidios premeditados ó alevosos, y podia ocasionar aun los impremeditados, por la facilidad de ejecutarlos que proporcionaba el instrumento, nadie puede usar ni llevar consigo ninguna de las armas prohibidas, y aun las que no lo están, sin licencia. Son varias la disposiciones expedidas sobre esta materia de que trata el tit. 6 del lib. 6 de la Recopilacion, refundido en el 19 del lib. 12 de la Novísima, y mandadas observar por la pragmática de 26 de abril de 1761 (1), conforme á la que son prohibidas las armas cortas de fuego, como pistolas, trabucos y carabinas que no lleguen á cuatro palmos de cañon: y blancas, como puñales, jiferos ó rejonos, almaradas, navajas de muelle con golpe ó virola, dagas, cuchillos de punta, chicos ó grandes, aunque sea de cocina ó de moda de faltriquera, y á su uso ó portacion se señala la pena de seis años de presidio ó servicio en las minas, aunque se presente licencia que ninguna autoridad puede dar, y á los fabricantes y mercaderes que trafiquen en ellas la de cuatro ó seis años de presidio ó minas, segun sea, por primera ó segunda vez.

35. Por la ley 12 del tit. 5 del lib. 3 de la Recopilacion de Indias, se prohibia embarcar y remitir á ellas todo género de armas ofensivas ó defensivas, cuya prohibicion se renovó por orden de 6 de mayo de 1787; pero se exceptuaron despues de la prohibicion las espadas, cutoes y cuchillos de fábrica española (2), ó

(1) L. 13, tit. 6, lib. 6 de la R. ó 19, tit. 19, lib. 12 de la N. —

(2) Orden de 10 de setiembre de 1787.

extranera (1). Varias y repetidas han sido las disposiciones del gobierno de Méjico sobre el uso y expendio de armas, y como unas se refieren á otras, indicaremos brevemente las mas notables hasta llegar á las últimas que rigen en la materia. En la de 23 de diciembre de 1775 (2), se insertó la de 14 de abril de 1773, en que se habia insertado la de la sala del crimen de 24 de febrero de 1772, y por ella se repite la prohibicion de traer consigo armas cortas de fuego ó blancas, entendiéndose por tales hasta las cuchillas para cortar plumas, comprendiéndose los instrumentos de las artes, que por la primera de estas disposiciones se permitia llevar á los artesanos una hora despues de la oracion, y por la segunda se les prohibe traer consigo á ninguna hora del dia ni de la noche, y tambien la de fábrica y expendio de las mismas armas, de que solo se exceptuaban los cuchillos sin punta y los instrumentos de las artes, señalando á los portadores, fabricantes, vendedores y comerciantes, la pena de quinientos pesos de multa y seis años de presidio, ú ocho al que no pudiese satisfacer la multa, facultando á los gobernadores de las principales ciudades del reino para proceder sumariamente con acuerdo de asesor, y ejecutar la sentencia sin consulta de la audiencia, á quien inmediatamente despues darian cuenta con los autos. En 19 de enero de 1809, se reprodujo la prohibicion de traer consigo y expender armas cortas; pero por el bando de 23 de febrero de 1811, se declaró libre y permitido el comercio de cuchillos de punta, navajas, tijeras y demas instrumentos ó armas de uso corriente en los talleres y ocupaciones del campo, quedando prohibida la fábrica y expendio de estoques, mojarras, rejonés, y demas armas que fuesen puramente ofensivas, y señalando para los transgresores que fuesen de clase

(1) Orden de 2 de noviembre de 1787. — (2) Monte-Mayor y Beña, tom. 2, N. 11.

distinguida, veinte y cinco pesos de multa y seis meses de destierro por primera: cincuenta pesos y un año por segunda, y cien pesos y dos años por tercera, compensándose la multa en los que no tuviesen con que pagarla, con un mes de cárcel la primera: con dos la segunda, y tres años de presidio en vez de la multa y destierro de la tercera: y para los que se llamaban plebeyos, veinte y cinco azotes y seis meses de obras públicas por primera, doble por segunda, y cincuenta azotes y tres años de presidio por tercera, facultando á las primeras autoridades de los lugares para ejecutar desde luego las sentencias de multa, cárcel, azotes que debian ser dentro de la cárcel, y obras públicas, y dar despues cuenta á la audiencia, con quien debian consultarse ántes de su ejecucion las de destierro y presidio, dispensando interinamente por lo respectivo á las causas que se instruyesen por portacion de armas, la formalidad de pasarlas á plenario, y el requisito de la concurrencia de cinco ministros para imponer pena infamante ó *corporis afflictiva*. En 24 de octubre de 1813 se publicó otro, que entre varias disposiciones contiene la siguiente que es su artículo 7º: « Prohibo » que paisano alguno se presente con armas en las ca- » lles, sean ó no de las prohibidas, á excepcion de las » personas pertenecientes á las clases privilegiadas á » quienes está concedido el uso de ellas; y mientras » se fijan reglas sobre este punto declarado, que al que » se le encontrare con alguna arma de cualquier clase » que fuere, será aprendido en el acto por cualquier » ronda ó patrulla, y entregado al principal para que le » destine por ocho años á servir en algun regimiento » veterano siendo útil, y no siéndolo, á los trabajos de » la zanja por cuatro años. » Y dejando en su vigor los bandos de 23 de febrero de 1811, y 21 de octubre de 1813, se publicó el de 13 de enero de 1815, que re-

novando la prohibicion de portar armas cortas, que extiende á las ganzuas, señala á los transgresores (reputando tales no solo á los que se les aprenda con las armas, sino tambien á los que se les justifique haberlas llevado consigo, aunque en el acto de la aprehension no las tengan) las penas de quinientos pesos por primera, mil por segunda, y formacion de causa por tercera, aplicando á las armas en los cuerpos veteranos á los que no tuviesen con que pagar la multa; y si eran de los que se llamaban plebeyos, veinte y cinco azotes en la picota por primera, y seis meses de obras públicas, doble por la segunda y formacion de causa por la tercera, debiendo aplicarse estas penas por los jueces respectivos en estado de sumaria; pero dando cuenta antes de su ejecucion á la sala del crimen para su aprobacion. En 2 de mayo de 1823, se publicó en esta capital, declarada ya Distrito federal, un bando de buen gobierno, cuyo artículo 4º dice así: « Se renuevan » los bandos sobre portacion de armas prohibidas, » como las cortas blancas, de fuego, garrotes, lazos y » demas que se especifican en las leyes. Nadie podrá » en consecuencia llevarlas, pues no se tendrá por » excepcion el de ser de algun arte ú oficio que deben » conservarse en los talleres; y al que se aprendiere » con ellas, se impondrá, segun el bando de 13 de » enero de 1815, seis meses de obras públicas por primera, doble por la segunda, y en la tercera se le » formará el correspondiente proceso por la autoridad » competente. » Y así este como el de 13 de enero de 1815 á que él se refiere, se mandaron observar por el de 20 de febrero de 1829. El artículo referido del bando de 2 de mayo de 1823, indica que para que haya lugar á las penas por portacion de armas es necesario aprender con ellas al reo, circunstancia que terminantemente excluía el bando de 13 de enero de 1815, que

se menciona en el mismo artículo, y que está prevenida por la real orden de 1º de setiembre de 1761 (1), pudiéndose acreditar la aprension por el testimonio de tres testigos á falta de escribano, conformándose esta disposicion con la de 1º de abril de 1752 (2), que previno que para que el militar quedase desahogado por el uso de armas prohibidas, era necesaria la aprension real de ellas.

36. Antes de esta última disposicion se habia publicado en 7 de abril de 1824 una del gobernador del Estado de Méjico, al que correspondia aun la capital, en la que se previene que nadie lleve armas de ninguna clase sin licencia que darán por escrito los alcaldes, previa calificacion de la conducta y honradez del que la solicite, é impone al que se le encontraren sin licencia, la pena de cien pesos de multa, ó seis meses de obras públicas por primera, doble cantidad ó tiempo por segunda, y por tercera, á mas de la pena de segunda se le formaria causa, perdiendo en todas las armas, y exceptuándose de la obligacion de pedir licencia las personas que deben usarlas por razon del empleo ó destino que ejerzan.

37. Hay algunas personas á quienes se permite el uso de algunas armas prohibidas. Tales son los gefes y oficiales del ejército, milicia activa, ó retirados despues de haber servido el tiempo señalado para gozar de esta preeminencia, á quienes se permite el uso de pistolas de arzon yendo á caballo (3); los soldados de caballeria cuando vayan de viage por sí solos si van con licencia de sus gefes (4); los de infanteria pueden usar de la

(1) La inserta Elizondo en su Pract. univers. for., tom. 6, part. 1, cap. 7, n. 36, contra lo que habia indicado en el tom. 4, pág. 339, n. 10, citando una acordada del consejo de 1691. — (2) Inserta por Colon en sus Juzgados militares, tom. 1, n. 153. — (3) Auto acord. 8, tit. 6, lib. 6 de la R. ó l. 13, tit. 13, lib. 12 de la N. — (4) El mismo.

bayoneta llevándola descubierta (1), y los militares ó empleados en diligencias del servicio (2), ó que disfrazados van en busca de desertores ó con otro encargo (3), pueden llevar consigo cuchillos ú otras armas cortas, blancas ó de fuego. Los empleados en el resguardo de la hacienda pueden usar de todo género de armas ofensivas y defensivas, á excepcion de los puñales, rejoncs y navajas, y de las que les estén expresamente prohibidas por especiales órdenes ó bandos (4), y los correos y conductores de balijas pueden usar en su oficio de armas blancas para su defensa (5).

38. La sevicia es la crueldad, y particularmente los ultrajes y malos tratamientos de que alguno usa contra una persona sobre quien tiene alguna potestad ó autoridad; y así pueden cometerla el padre contra sus hijos, el marido contra su muger, y el señor contra sus esclavos. Esta última por la que el esclavo podia quejarse al juez, y hallando este fundada la queja, debía vender aquel y entregar su precio al señor (6), quien incurria por ese tratamiento en las penas de la cédula de 31 de mayo de 1783, no puede tener ya caso abolida la esclavitud. El padre que trata á sus hijos con crueldad puede ser obligado á emanciparlos (7) y pierde con ello la patria potestad, que como hemos visto (8) le es útil; y el marido que maltrata á su muger, le da derecho para separarse de él por el juicio de divorcio, pudiendo hacerlo por propia autoridad si hay peligro en la tardanza (9), y no se la obliga á reunirse, sino presutando el marido la caucion de *non offendendo*, ó dãn-

(1) Ordenanza del Ejerc., trat. 8, tit. 2 art. 2. — (2) L. 20, tit. 19, lib. 12 de la N. que es la cédula de 11 de noviembre de 1731. — (3) Ordenanza del Ejerc., trat. 8, tit. 2, art. 2. — (4) Ordenanza de Intendentes, art. 92. — (5) Real resolucion de 14 de julio de 1773, citada por Monte-Mayor y Beña. — (6) L. 6, tit. 21, P. 4. — (7) L. 17, tit. 18, P. 4. — (8) N. 2 del tit. 3, del lib. 1. — (9) Murillo Cars, jur. canónico., lib. 4, tit. 19, n. 184.

do fianzas ó prendas; pero si aun con esto no se cree segura, se le debe depositar mientras se decide la causa (1), y declarándose el divorcio, queda el marido sujeto á la devolucion de la dote (2) y libertando á la muger de la compañía legal, queda él obligado á ella (3). Para que haya esta sevicia que da derecho al divorcio, se necesita, segun Elizondo (4), que los malos tratamientos sean graves y atroces, ó que aunque sean leves, sean cotidianos sin justa causa, y siendo atrocisimos bastará uno solo. Este derecho corresponde igualmente al marido cuando la muger le maltrata (5).

Explicados los delitos que atacan la vida ó seguridad del ciudadano, siguen en orden los que lastiman su honor ó reputacion, y son las injurias de que hemos hablado del n. 7 al 20 del título XXII de este libro.

## TITULO XXV.

## DE LOS HURTOS, ROBOS, FUERZAS Y ASONADAS.

TT. 10, 13, 14, P. 7 y 11, 12, 13, lib. 8 de la R., ó 11, 12, 14, 15 y 17, lib. 12 de la N.

1. Por el hurto se incurre en doble pena, pecuniaria y corporal: de la primera se habló en el tit. XXII donde se puso su distincion del robo, y sus dos especies de manifesto y encubierto: aqui se divide en simple y calificado.
2. Qué es *hurto simple*, y sus penas.
3. Cuál es *calificado*; sus especies y penas.
4. Del *Abigeato* ó hurto de bestias, y sus penas.
5. Del *Hurto de tierras*, ó cambio de mojoncs, y sus penas.
6. De la *Expilacion* ó hurto de herencia yacente, y sus penas.

(1) El mismo. — (2) N. 13 del tit. 5 del lib. 1. — (3) N. 17 del tit. 4, del lib. 1. — (4) Práct. univers. for., tom. 7, cap. 13, n. 22. — (5) Murillo y Elizondo en los lug. cit.

bayoneta llevándola descubierta (1), y los militares ó empleados en diligencias del servicio (2), ó que disfrazados van en busca de desertores ó con otro encargo (3), pueden llevar consigo cuchillos ú otras armas cortas, blancas ó de fuego. Los empleados en el resguardo de la hacienda pueden usar de todo género de armas ofensivas y defensivas, á excepcion de los puñales, rejoncs y navajas, y de las que les estén expresamente prohibidas por especiales órdenes ó bandos (4), y los correos y conductores de balijas pueden usar en su oficio de armas blancas para su defensa (5).

38. La sevicia es la crueldad, y particularmente los ultrajes y malos tratamientos de que alguno usa contra una persona sobre quien tiene alguna potestad ó autoridad; y así pueden cometerla el padre contra sus hijos, el marido contra su muger, y el señor contra sus esclavos. Esta última por la que el esclavo podia quejarse al juez, y hallando este fundada la queja, debía vender aquel y entregar su precio al señor (6), quien incurria por ese tratamiento en las penas de la cédula de 31 de mayo de 1783, no puede tener ya caso abolida la esclavitud. El padre que trata á sus hijos con crueldad puede ser obligado á emanciparlos (7) y pierde con ello la patria potestad, que como hemos visto (8) le es útil; y el marido que maltrata á su muger, le da derecho para separarse de él por el juicio de divorcio, pudiendo hacerlo por propia autoridad si hay peligro en la tardanza (9), y no se la obliga á reunirse, sino presutando el marido la caucion de *non offendendo*, ó dãn-

(1) Ordenanza del Ejerc., trat. 8, tit. 2 art. 2. — (2) L. 20, tit. 19, lib. 12 de la N. que es la cédula de 11 de noviembre de 1731. — (3) Ordenanza del Ejerc., trat. 8, tit. 2, art. 2. — (4) Ordenanza de Intendentes, art. 92. — (5) Real resolucion de 14 de julio de 1773, citada por Monte-Mayor y Beña. — (6) L. 6, tit. 21, P. 4. — (7) L. 17, tit. 18, P. 4. — (8) N. 2 del tit. 3, del lib. 1. — (9) Murillo Cars, jur. canónico., lib. 4, tit. 19, n. 184.

do fianzas ó prendas; pero si aun con esto no se cree segura, se le debe depositar mientras se decide la causa (1), y declarándose el divorcio, queda el marido sujeto á la devolucion de la dote (2) y libertando á la muger de la compañía legal, queda él obligado á ella (3). Para que haya esta sevicia que da derecho al divorcio, se necesita, segun Elizondo (4), que los malos tratamientos sean graves y atroces, ó que aunque sean leves, sean cotidianos sin justa causa, y siendo atrocisimos bastará uno solo. Este derecho corresponde igualmente al marido cuando la muger le maltrata (5).

Explicados los delitos que atacan la vida ó seguridad del ciudadano, siguen en orden los que lastiman su honor ó reputacion, y son las injurias de que hemos hablado del n. 7 al 20 del título XXII de este libro.

## TITULO XXV.

### DE LOS HURTOS, ROBOS, FUERZAS Y ASONADAS.

TT. 10, 13, 14, P. 7 y 11, 12, 13, lib. 8 de la R., ó 11, 12, 14, 15 y 17, lib. 12 de la N.

1. Por el hurto se incurre en doble pena, pecuniaria y corporal: de la primera se habló en el tit. XXII donde se puso su distincion del robo, y sus dos especies de manifesto y encubierto: aqui se divide en simple y calificado.
2. Qué es *hurto simple*, y sus penas.
3. Cuál es *calificado*; sus especies y penas.
4. Del *Abigeato* ó hurto de bestias, y sus penas.
5. Del *Hurto de tierras*, ó cambio de mojoncs, y sus penas.
6. De la *Expilacion* ó hurto de herencia yacente, y sus penas.

(1) El mismo. — (2) N. 13 del tit. 5 del lib. 1. — (3) N. 17 del tit. 4, del lib. 1. — (4) Práct. univers. for., tom. 7, cap. 13, n. 22. — (5) Murillo y Elizondo en los lug. cit.

7. De los hurtos á la hacienda pública, y 1º del *Peculado*, y sus penas.
8. De otra defraudacion que cometen los empleados, y es la falta de asistencia al servicio de su empleo, y sus penas.
9. Del 2º hurto á la hacienda pública que es el *Contrabando*: qué es, y de cuántos modos se comete.
10. Penas que señalan al contrabando las leyes mejicanas.
11. Leyes españolas, á que según las mejicanas, quedan sujetos los contrabandistas.
12. De otros hurtos de los comerciantes, y 1º de la *Bancarrotá* y sus especies.
- 13 y 14. Dos clases de fallidos fraudulentos, y sus penas.
15. 2º del *Monopolio*: en qué consiste, y sus penas.
16. No es monopolio el derecho exclusivo de los inventores, introductores y perfeccionadores, siempre que tengan la patente del gobierno.
17. Tampoco el de los autores de obras literarias, y penas de los que las reimprimen sin su consentimiento.
18. De la *Regatoneria*.
19. De la *Usura* y enagenaciones usurarias se trata en el tit. XXVIII de este libro.
20. *Fuerza*: qué es y de cuántos modos se hace.
21. De otros modos de hacer fuerza.
22. De las penas de los que hacen fuerza.
23. De las *Asonadas* y sus varias especies.
24. Disposiciones de la pragmática de 17 de abril de 1774 sobre asonadas.
- 25 y 26. Disposiciones de las leyes de Partida y Recopilacion á que se refiere la pragmática sobre asonadas.
27. Disposiciones de la Ordenanza del ejército sobre lo mismo.
28. Decreto del congreso mejicano sobre *pronunciamientos*.
29. De la *Resistencia á la justicia*.
30. De la *Resistencia á la tropa*.
31. De las *Máscaras*.

1. *Los furtadores*, dice la ley de Partida (1), *pueden ser escarmentados en dos maneras, la una es con pena de pecho, y la otra es con escarmiento que les hacen en los cuerpos por el furto ó por el mal que hacen*. De la primera que es la pena ó responsabilidad pecuniaria,

(1) L. 18, tit. 14, P. 7.

hemos hablado en el tit. XXII del n. 2 al 5, donde explicamos qué cosa es hurto y en qué se distingue del robo, y así en este solo hablaremos de la corporal que debe imponerse al que comete este delito. Allí le distinguimos en manifiesto y encubierto, porque produce, según la ley, diversas obligaciones bajo uno ú otro carácter, y aquí le dividimos en simple ó calificado, porque son diversas las penas que se le señalan á uno que á otro.

2. *Simple* se llama el que no va acompañado de *circunstancia agravante*, y por él debe castigarse al ladrón de manera que sufra pena é *vergüenza*, según la ley de Partida (1); y según las de la Recopilacion por el primer hurto á seis años de presidio, si el ladrón fuere mayor de diez y siete años (2); á presidio perpetuo por el segundo (3); y aunque las leyes no señalan pena para el tercero, algunos intérpretes (4) confesándolo así, dicen que se le debe imponer la de muerte, pues que ya es ladrón famoso; pero siendo los tres hurtos distintos en cosas y tiempo, aunque no hayan sido en un mismo territorio ni el condenado por alguno de los anteriores, y de consideracion á juicio del juez para lo que citan una ley de Partida (5) que deja á la calificacion de este los hurtos que deben demandarse en juicio; pero Tapia (6) asienta que generalmente el hurto simple debe ser castigado con penas arbitrarias, teniendo presente la repeticion ó reincidencia, el valor de la cosa, la calidad de la persona robada y del delincuente, con lo demás que se halla prevenido por el derecho, que es como se explica la ley 6

(1) La misma. — (2) L. 9, tit. 11, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 14, lib. 12 de la N. — (3) L. 7, tit. 14, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 14, lib. 12 de la N. — (4) Gregor. Lopez, glos. 5 de la l. 18, tit. 14, P. 7. Aceved. sobre la l. 7, tit. 11, lib. 8 de la R. y Ant. Gom., 3 var., cap. 3, n. 6. — (5) L. 17, tit. 14, P. 7. — (6) Febrero novísimo: tom. 7. Prontuario de delitos, art. *Hurto*.

del título 14 del libro 12 de la novísima, que él mismo cita, y es el decreto comunicado por el consejo en orden de 18 de abril de 1746 que cita D. Juan Sala como revocatorio de la pragmática de 3 de febrero de 1734, que es el auto acordado 13 del título 11 del libro 8 de la Recopilación (1), por el que se restableció la pena de muerte para los que robasen en la corte y en las cinco leguas de su rastro, que había sido abolida por la ley 9 del título 11 del libro 8 (2) que había corregido como más moderna á la 1 del título 23 del mismo libro 8 (3) que estableció aquella pena primitivamente. Por el decreto de 6 de setiembre de 1843, el robo simple cuyo valor no exceda de cien pesos, se castiga hasta con cuatro meses de prisión ú obras públicas.

3. *Hurto calificado es el que va acompañado de alguna circunstancia agravante*; y de esta especie enumera la ley (4) los siguientes: 1º El que se comete en los caminos por ladrón conocido, que se halle según Antonio Gomez (5), de propósito en ellos con intención de cometerlo, aun que no se verifique homicidio, porque por solo eso se dice ladrón famoso: 2º El que se comete en el mar por los corsarios ó piratas con embarcaciones armadas: 3º El cometido, y según Escribete (6) el intentado cometer, con violencia y quebrantamiento de casa ajena, sin que baste, según Antonio Gomez (7), el quebrantamiento de la arca ó lugar donde se halle la cosa hurtada, pues las leyes (8) hablan de quebrantamiento de casa: 4º Los de cosa santa ó sagrada en Iglesia ú otro lugar sagrado: 5º Los que hagan de los cau-

(1) L. 3, tit. 14, lib. 12 de la N. — (2) L. 2, tit. 14, lib. 12 de la N. — (3) L. 3, tit. 21, lib. 12 de la N. — (4) L. 18, tit. 14, P. 7. — (5) Ant. Gom., 3 var., cap. 3, n. 10. — (6) Dicción. de legisl., art. *Hurto calificado*. — (7) Ant. Gom., 3 var., cap. 3, n. 12. — (8) LL. 18, tit. 14, P. 7, y 6., tit. 3 del Fuero real que dice: *Toda ome que ó forudare cosa ó quebrantare Iglesia por justar, muera por ello.*

dales de la hacienda pública sus administradores; y 6º Los que hagan los jueces durante su oficio de los mismos caudales ó de los pertenecientes á los ayuntamientos. Todos estos, los que les dieren ayuda ó consejo para cometer el delito, ó los encubran en sus casas ú otros lugares, incurren en la pena de muerte (1), aunque respecto de los cometidos por los jueces dice la ley (2); *pero si el rey ó el consejo non demandase el furto que avia fecho el su oficial despues que lo supiere por cierto fasta cinco años, non le podria despues dar muerte por ello, como quier que le podria demandar pena de pecho de quatro dablo.*

4. El hurto de bestias ó ganado tiene nombre y penas especiales. Se le llama *abigeato*, y al que lo comete, *abigeo á cuatrero*. Al que hurta diez ovejas, ó cinco puercos, ó cuatro yeguas, ó igual número de sus crias, que ya hacen grey ó rebaño, le está señalada la pena de muerte, y la misma al que aunque no hurte este número, se le pruebe que tiene costumbre de hurtar bestias: al que sin costumbre robare menor número, se le tratará como á los ladrones comunes, y al que robe una sola, se le condena á las obras públicas: á los encubridores y receptadores de estos hurtos se les señala la de diez años de destierro (3).

5. Es maldad semejante al hurto según la ley (4) el mudar los mojones ó señales que dividen unas heredades de otras, y por ella se señala al que lo hace de propia autoridad y sin mandato de juez la pena pecuniaria de 50 maravedis de oro á favor del fisco por cada señal que mude, y además si tenía derecho á la tierra que ha hecho entrar dentro de las señales, lo pierde; y si no, debe perder un terreno igual al que había hecho añadir al suyo; y la misma pena se impone al que muda las señales divisorias de las ciudades y villas.

(1) Las mismas. — (2) L. 18, tit. 14, P. 7. — (3) L. 19, tit. 14, P. 7. — (4) L. 30, tit. 14, P. 7.

6. Es tambien hurto especial el que llaman *expilacion*, que es la *straccion de los bienes de una herencia yacente*, esto es, que no ha sido aceptada todavia. El expilador siendo extraño, esto es, que no pueda pretender nada de la herencia á titulo de heredero ó legatario, debe ser condenado á restituir lo robado con sus frutos, y á la pena de destierro ó trabajos forzados (1); pero si es heredero, y oculta maliciosamente algunos bienes de la herencia, debe pagar el duplo de lo sustraído, y pierde el derecho á la cuarta falcidia por ser extraño (2); pues si es legitimo, por ese hecho se entiende que acepta sin beneficio de inventario (3); y si lo hace despues de la aceptacion, se presume que lo hizo, no con ánimo de robar, sino con el de cobrarse en todo ó en parte de su haber, y no corresponde entónces á los coherederos la accion de herencia robada ó expilada (4). El legatario que toma por sí el legado, pierde el derecho que tenia á él (5).

7. Son igualmente hurtos especiales las defraudaciones que se hacen á la hacienda pública, ya por los que la administran, ya por los que deben pagar los derechos. La que se hace por los primeros, se llama *Peculado*, que es la *straccion de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan*. En el núm. 3 de este título indicamos ya que la ley (6) numera este entre los hurtos calificados, y señala al empleado ó juez que robe ú oculte maliciosamente alguna cantidad de los fondos públicos, lo mismo que á los aconsejadores, auxiliadores ó encubridores, la pena de muerte, si fuere demandado por el fiseal ó consejo dentro de cinco años contados desde que se tuvo noticia del delito, y pasados solo se les

(1) LL. 21, tit. 14, P. 7, y 3; tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 34, lib. 11 de la N. — (2) L. 9, tit. 6, P. 6. — (3) L. 11, tit. 6, P. 6. — (4) Tapia, Febrero novísimo, tom. 6, tit. 1, cap. 4, n. 9. — (5) L. 37, tit. 9, P. 6. — (6) L. 2, tit. 14, P. 7.

puede obligar á pagar el cuádruplo (1). Al que teniendo dinero del erario ó de algun pueblo, esto es, del comun, para pagar salarios, hacer labores ó cosas semejantes, lo empleare en su propia utilidad, debe restituirlo, y pagar ademas un tercio de su importe (2). El que tomare violentamente para sí y por su propia autoridad las rentas y derechos de que el erario estuviere en pacífica posesion, ó hiciere resistencia pública con violencia para impedir su cobranza, tiene señalada pena de muerte y confiscacion de bienes (3). El empleado público ó arrendador de rentas ó derechos fiscales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, ó diere auxilio ó consejo para hacerlo, tiene pena de destierro y pérdida de sus bienes (4), y el empleado que sabiendo y pudiendo probar la fraudulenta usurpacion no la denuncia dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia, debe perder el empleo, y ademas la mitad de sus bienes (5). Los tesoreros, receptores y administradores no pueden hacer uso alguno de los caudales de la hacienda que deben tener en las arcas de tres llaves en las mismas especies en que se reciben, y el que usare de ellos, aunque los apronte, debe perder el empleo, y quedará inhábil para obtener otro; y si hay descubierto y no lo reintegra, debe imponérsele la pena de presidio, desde dos hasta diez años; y si aun continúa, se agravará con la calidad de no poder salir de él sin licencia sin que haya de disminuirse la pena porque dimane la quiebra de omision ó infidelidad de criados; y si procediere de haberse alzado con los caudales, se castigará con el último suplício al reo principal y sus auxiliadores (6).

(1) L. 18, tit. 14, P. 7. — (2) L. 14, tit. 14, P. 7. — (3) L. 1, tit. 8, lib. 9 de la R. ó 7, tit. 13, lib. 12 de la N. — (4) L. 2, tit. 8, lib. 9 de la R. — (5) L. 3, tit. y lib. cit. de la R. — (6) Reales decretos de 3 de mayo de 1764 y 17 de noviembre de 1790.

8. Hay además otro delito de defraudación á la hacienda pública, que es comun á los empleados en todos los ramos de la administracion, y consiste en la falta de asistencia al servicio de su empleo, por la que en concepto de las leyes usurpan el sueldo, como que se falta por su parte al contrato de locacion de obras ó al innominado de *do ut facias*, que tácita pero realmente interviene en la aceptacion de un empleo. En orden á él tenemos las disposiciones siguientes. La ley 21 del título 13 del libro 2 de la Recopilacion de Indias, previene que los oidores estén sentados en los estrados todos los dias que no fueren feriados, á lo menos tres horas, y que el que faltare, aunque no haya pleitos ni negocios, sea multado en la mitad del salario de aquel dia por la persona que los presidentes señalaren, á menos que tuviere causa justa y legitima, y se enviare á excusar con tiempo: el artículo 247 de la Ordenanza de Intendentes manda que la asistencia de los empleados á sus oficinas sea por siete horas diarias, sin que se disminuya aun cuando esté al corriente con el dia el despacho de los negocios; y al que dejare de asistir sin haberse excusado ántes por causa justa y legitima, se le multe por su inmediato gefe en la mitad del salario que le corresponda al dia, así como á los gefes por sus superiores; y si algun subalterno incurriere en la multa por tercera vez, con justificacion breve y sumaria de ello, deberá suspenderse del empleo y sueldo, dando cuenta á la superioridad. Y en la ley de 21 de mayo de 1831 que arregló las comisarias, se establece que los empleados en ellas asistan siete horas diarias, exceptuándose los festivos solemnes, sin perjuicio de las asistencias extraordinarias que fueren necesarias (1), y que á los que sin motivo justo dejaren de asistir se les rebajará por primera vez el sueldo

(1) Art. 20 de la ley de 21 de mayo de 1831.

que corresponda al tiempo de su falta, calculando por cada hora la séptima parte del haber que debiera disfrutar en el dia: doble por la segunda, y por la tercera será depuesto por la autoridad competente, verificándose la reincidencia dentro de un año (1), siendo responsables los comisarios si no dieron al gobierno por dos veces aviso de las faltas de sus subalternos (2). Por negocios propios podrán faltar si obtuvieren licencia del gobierno, que solo se concederá por causas muy graves justificadas; y si se excedieren en el uso de ella por menos de sesenta dias, se les suspenderá del destino y sueldo por tres meses, y si fuere por mas, serán depuestos (3), no debiendo abonárseles el sueldo cuando dejen de asistir á la oficina, si no es que sea por enfermedad, en cuyo caso el comisario podrá exigir que se le acredite con certificacion jurada de médico, y no haciéndolo se incurrirá en las penas dichas (4), ó en el caso de que tengan licencia, ó por causas muy graves calificadas por los comisarios, pero no excediendo de veinte y cuatro dias útiles en el año (5).

9. El segundo delito contra la hacienda pública es el *contrabando*, que es el comercio en efectos prohibidos ó estancados, ó en efectos permitidos sin los documentos que exigen las leyes, ó sin la fidelidad necesaria en ellos, ó la usurpacion de los derechos que deben pagarse: pues aunque á esto último se da por algunos el nombre de fraude, que distinguen del contrabando, cuyo nombre dan únicamente á la contravencion á las leyes que arreglan el comercio, como esta regularmente se hace para libertarse de pagar los derechos impuestos, en la acepcion comun se comprende bajo el nombre de contrabando la usurpacion de los derechos debidos pagar, y al que la hace se da casi automáticamente el renombre de contrabandista. Por

(1) Art. 22 de la ley de 21 de mayo de 1831. — (2) Art. 25. — (3) Art. 48. — (4) Art. 23. — (5) Art. 24.

lo dicho se ve que el contrabando puede cometerse de varios modos que explicaremos brevemente. 1º Por el comercio de efectos prohibidos, que puede ser de dos modos, ó importando los efectos que está prohibido introducir en la República, ó exportando los que no pueden sacarse de ella (1); 2º Por el comercio de efectos estancados (2); 3º Por no presentar los documentos que exigen las leyes, para lo cual se verá al arancel último de aduanas marítimas publicado el año de 1850. 4º Por la falsedad ó infidelidad que se encuentre en estos documentos, y 5º Por la introducción clandestina para no pagar los derechos correspondientes. En el arancel de aduana pueden verse los derechos que deben satisfacerse á la hacienda pública.

10. Si se aprehieren en las costas, ríos, lagunas ó embarcaderos efectos prohibidos ó estancados, ó de lícito comercio, pero con fraude, esto es, sin los documentos prevenidos ó con ellos falsos ó infieles, se aprehenderán igualmente los buques, piraguas, botes, canoas y demas embarcaciones mayores y menores con todos sus menesteres, ya vengán de ultramar, ya de un punto á otro de la República, y caerán en comiso, lo mismo que las mercaderías, siempre que el valor de estas llegue á una vigésima parte respecto del resto del cargamento (3); y esto se entenderá respectivamente en las aduanas fronterizas, con la excepción de que no se decomisarán los carruages y bestias de cargas (4). Además de la pena del comiso, si este fuere por ser el efecto prohibido ó estancado, se condenará al contraban-

(1) Para saber qué efectos pueden exportarse ó importarse á la República, véase el arancel de aduanas marítimas y fronterizas publicado por el lic. Arrillaga en el año de 1850.

(2) Los efectos estancados son: el tabaco, la pólvora de munición y los naipes.

(3) Art. 8 de la ley de 31 de marzo de 1831. — (4) Art. 19 de la misma.

disto por primera vez á una multa igual al valor de la quinta parte del efecto decomisado, que nunca podrá ser ménos de cinco pesos, doble en la segunda y triple en la tercera (1). Perderán también los contrabandistas las armas que llevaren consigo al tiempo de la aprehension (2); y si la defraudación que intentaban hacer excediere de quinientos pesos, su nombre y delito se publicarán por los periódicos; si reincidieren, se les suspenderán por cinco años los derechos de ciudadano; y si aun volvieren á reincidir, se les expelerá del territorio mejicano, en cuya pena incurrirá desde luego todo extranjero que no goce de los derechos de ciudadano (3). Si el contrabando fuere por no presentar en el acto de fondear el buque el manifiesto general, caerá en comiso el buque, y no su cargamento (4). Si fuere por estar omitida en el mismo manifiesto alguna pieza, se castigará con una multa igual al valor de la pieza omitida, y no exhibiéndola el responsable, se le embargarán bienes equivalentes suyos, ó en su defecto del buque, ó en defecto de ambos el mismo buque, y se rematarán en almoneda; y si las piezas omitidas fueren mas de seis, se decomisará desde luego el buque (5). Si el contrabando fuere porque el manifiesto particular de cada remesa no estuviese legal, caerá en comiso todo aquello de que no se presentare noticia, y todo lo que no resultare conforme á ella en cantidad y calidad (6). Si solo faltare alguno de los tres ejemplares de los manifiestos prevenidos, ó en ellos alguno de los otros requisitos, como marca, número ó letra, se castigará con una multa de uno á veinte y cinco pesos (7).

11. Estas son las penas que señalan al contrabando

(1) Artículos 11 y 12 de la ley de 31 de marzo de 1831. — (2) Art. 15 de la misma. — (3) Art. 15 de la de 4 de setiembre de 1823. — (4) Art. 2 de la ley de 31 de marzo de 1831. — (5) Art. 3 de la ley de 31 de marzo de 1831. — (6) Art. 6 de la misma. — (7) Art. 7 de la misma. Véase el arancel de aduanas marítimas en el que se

las leyes mejicanas; pero como en una de ellas (1) se expresa que los contrabandistas queden sujetos á las penas que las leyes tienen establecidas, aunque algunas no tienen lugar, y otras están ya señaladas por las mejicanas; hemos creído deber mencionar las últimas del derecho español que tratan de esta materia, y son la cédula é instrucción de 22 de julio de 1761, de la que se hallan insertos algunos capítulos en los títulos 12, 13 y 16 del libro 9 de la Novísima, y la cédula de 8 de junio de 1803, que reformando la anterior da reglas sobre el modo de proceder en casos de contrabando, su persecucion, y penas en que incurren los que lo cometen. La trae literal Colon en el 4º tomo de sus Juzgados militares, artículo *Defraudadores de las rentas*, y la extracta Gutiérrez en su *Práctica criminal*, tom. 3, cap. 6.

12. Después de haber explicado el contrabando, que bajo alguna de sus acepciones es una especie de hurto que hacen á la hacienda pública los que se ocupan en el comercio, parece natural explicar los que pueden hacerse por los mismos á los demas hombres. El primero y mas notable es la *Bancarrota*, que es la cesacion ó suspension que hace un comerciante de su giro ó tráfico sin pagar sus deudas (2), y la distinguen en fraudulenta, que es la que sucede por la mala fe del negociante, ó forzosa, que acaece por algun infortunio imprevisto sin dolo ni culpa del que lo sufre. Algunos autores dan á esta el nombre de quiebra, y á aquella el de bancarrota, aunque otros usan indistintamente de las dos voces. Con arreglo á la distincion que hemos

encontrará toda la instruccion necesaria, y que no es posible dar en este lugar.

Sobre la distribucion que debe hacerse de los efectos decomisados, y modo de proceder en las causas de contrabando, véase en el tit. XVI del lib. 3 el § de Juicio de contrabando.

(1) Art. 15 de la ley de 4 de septiembre de 1823. — (2) *Escrache*, Diccion. de legialac., art. *Bancarrota*.

hecho, se distinguen en la Ordenanza de Bilbao (1) tres especies de comerciantes fallidos: la primera es de los que no pagan lo que deben á su debido tiempo, pero tienen bastantes bienes para cubrir á sus acreedores: se los llama atrasados, y se les debe guardar el honor de su crédito, buena opinion y fama (2): la segunda es la de aquellos que por accidentes imprevistos en que no tuvieron culpa, resultan alcanzados en sus caudales, no bastando estos á pagar sus créditos; y estos son reputados como fallidos inculpables (3): y no puede procederse contra ellos criminalmente, ni quedan infames aunque hagan cesion de bienes, y de estos se pagarán sus deudas, pero dejándoles lo necesario para alimentos, á ménos que el acreedor sea pobre, ó que el deudor fallido tenga arte ú oficio con que poder subsistir (4): la tercera es la de los quebrados fraudulentos, que debiendo saber el mal estado de sus negocios, arriesgan los caudales ajenos con dolo y fraude, y siguen negociando de mala fe, llegando á alzarse con la hacienda ajena que pueden, y ocultando esta, las alhajas preciosas, los libros y papeles (5).

13. Las leyes distinguen en dos clases á estos fallidos fraudulentos ó dolosos. La primera es la de los que se llaman alzados, y son los que huyen con los bienes y libros, ó se alzan con ellos aunque no se ausenten, comprendiéndose tambien los que fingida ó simuladamente enagenan y transfieren á otros los bienes para ocultarlos de ese modo, y los que tomaren algo fiado ó prestado en los seis meses anteriores al dia de la quiebra, á ménos que prueben no haberlo hecho con ánimo de defraudar (6). Estos se reputan ladrones públicos, incurren en las penas impuestas contra es-

(3) Cap. 17, n. 4. — (2) *Ib.*, n. 2. — (3) *Ib.*, n. 3. — (4) *Cur. Filip.*, lib. 2, *Commerc. terrest.*, cap. 11, nn. 5 y 6. — (5) Ordenanzas de Bilbao, cap. 17, n. 4. — (6) L. 7, tit. 19, lib. 3 de la R. ó 7 lib. 11 de la N.

tos (1), y se procede contra ellos criminalmente sin distinción de clases ni sexos (2).

14. La segunda clase comprende: 1º á los que por fraude, dolo, malicia, culpa ó vicio suyo defraudan á sus acreedores, disipando sus bienes en juegos, manebias ú otros gastos excesivos (3); 2º, á los que en fraude expreso ó presunto de sus acreedores enagenan los bienes para que no puedan cobrarse de ellos (4); 3º, á los que no tienen los libros en la forma que deben, sea por no haber hecho los asientos correspondientes, sea por estar las partidas enmendadas ó adulteradas, ó viciadas de algún modo que haga sospechosas las cuentas, ó que estén rotas las hojas, pues se presume dolo en estos casos (5); 4º, á los que teniendo acreedores y sabiendo que sus bienes no alcanzan para pagarlos, contraen deudas ó hacen contratos, pues también se presume dolo (6); 5º, á los que para que se les dé algo al fiado afirman ser abonados no siéndolo, y por este engaño logran su intento (7); y 6º, á los que en fraude expreso ó presunto de sus acreedores perdonan los créditos que tienen á su favor, ó pagan á algún acreedor en perjuicio de los demás (8). Contra todos estos se procede también criminalmente por el delito que en esto cometen, é incurren en la pena de infamia y otras arbitrarias, segun el grado de la culpa ó malicia, y la mayor ó menor importancia de los negocios (9), quedando además privados perpetuamente del oficio de mercaderes, cambistas, banque-

(1) LL. 1, 2, 3, 6 y 7, tit. 19, lib. 5 de la R. ó 1, 2, 3, 6 y 7, tit. 32, lib. 11, de la N. — (2) L. 4, tit. 19, lib. 5 de la R. ó 4, tit. 32, lib. 11 de la N. — (3) L. 3, tit. y lib. citados de la R. y N. — (4) Tapia, Febrero novísimo, tom. 3, tit. 3, cap. 12, n. 10. — (5) El mismo en el lugar citado, y es conforme á lo que disponen los artículos 10, 11 y 12 de la ley 14, tit. 4, lib. 9 de la N. — (6) El mismo Tapia, ib. — (7) Tapia, Febrero novísimo, tom. 3, tit. 3, cap. 12, n. 10. — (8) L. 18, tit. 13, P. 3. — (9) L. 3, tit. 19, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 32, lib. 11 de la N.

ros ó factores, bajo la pena de ser tenidos por alzados, y de perder sus bienes para el fisco (1).

15. Al *monopolio* lo describe la ley de Partida (2) en estos términos: « Cotos e posturas ponen los mercadores entre sí, haciendo juras e cofradias que se ayuden unos con otros, poniendo precio entre sí por cuanto den la vara de cada paño e por cuanto den otrosi el peso e la medida de cada una de las otras cosas e non ménos. Otrosi los menestrales ponen coto entre sí por cuanto precio den cada una de las cosas que fueren de sus menesteres. Otrosi fazen posturas que otro ninguno non libre de sus menesteres, sinon aquellos que ellos reciben en sus compañías. E aunque aquellos que así fueren recibidos, que non acaben el uno lo que el otro oviere comenzado. E aun ponen coto en otra manera, que non muestren sus menesteres á otros sinon aquellos que descendieren de sus linages dellos mismos. E porque se siguen muchos males dende, defendemos que tales cofradias e posturas e cotos, como estos sobredichos nin otros semejantes dellos non sean puestos sin sabiduria e otorgamiento del rey, e si los pusieren que non valan. E todos cuantos de aquí adelante los pusieren pierdan todo quanto ovieren e sea del rey. E aun demas de esto, sean echados de la tierra para siempre. Otrosi dezimos, que los judgadores mayores de la villa si consintieren que tales cotos sean puestos, ó si despues que fueren puestos non los fizieren desfazer, si lo sopieren, ó non lo embiaren dezir al rey que los desfaga, que deben pechar al rey cincuenta libras de oro. » Y por el auto 1 del título

(1) LL. 2, 3, 6 y 7, tit. 19 de la R. ó 2, 3, 6 y 7, tit. 32, lib. 11 de la N.

Sobre las diligencias que deben practicarse en casos de bancarrota, véase el tit. 13 del lib. 3 *Concurso de acreedores*.

(2) L. 2, tit. 7, P. 3.

14 del libro 5 de la Recopilacion, que es la ley 9 del titulo 5 del libro 9 de la Novísima, se prohíbe generalmente comprar efectos para revenderlos, imponiendo á los que lo hicieren la pena de pérdida de lo que vendieren, treinta mil maravedis de multa y dos años de destierro del lugar en que se haga por primera vez: doble por la segunda, y pérdida de la mitad de los bienes, vergüenza pública y cuatro años de galeras por tercera.

16. Mas no se reputa monopolio el derecho que los inventores, perfeccionadores ó introductores de algun ramo de industria tienen para usar exclusivamente de ello, siempre que por el gobierno se les conceda la patente de propiedad en los términos y con los requisitos que previene la ley de 7 de mayo de 1832.

17. Del mismo derecho exclusivo disfrutaban los autores de cualquiera escrito para poderlo reimprimir siempre que quieran durante su vida, y sus herederos diez años despues del fallecimiento de aquel, ó despues de la primera edicion, si aquel se verificó antes de que la obra saliese á luz por primera vez, y por cuarenta años despues de la primera edicion, si la obra es de algun cuerpo colegiado. Pasados estos términos, las obras son de propiedad comun, y cualquiera puede reimprimirlas; pero antes de ellos el que lo hiciere, aunque sea con pretexto de notas ó adiciones, podrá ser reconvenido judicialmente, y será juzgado conforme á las leyes de usurpacion de propiedad ajena, aun cuando el escrito sea algun número de un periódico (1).

18. Como especie de monopolio se prohíbe en las leyes la *regatería*, que es el comercio que hacen los que salen á los caminos, calzadas ó garitas á comprar comestibles para venderlos mas caros. Una ley de la Recopilacion (2) previene que sobre la regatería se

(1) Decreto de las cortes de 10 de junio de 1813. — (2) Auto 1, tit. 14, lib. 3 de la R. 6 l. 9, tit. 3, lib. 9 de la N.

guarden las leyes que hablan de ella (1) sin alteracion ninguna; por una de la de Indias (2) se manda que á los regatones se ponga tasa, y en la Coleccion de Beleña insertan varias disposiciones (3) relativas á esto; pero es de notar la falta de uso en que se hallan, y que apoyan sólidamente las reflexiones que sobre estas prohibiciones hace Escriche (4).

19. Habiendo hablado ya de las principales defraudaciones que se cometen en el comercio, parece que el órden exigia hablar aqui de la mas famosa en nuestro derecho, que es la usura, y de algunas enagenaciones que las leyes reputan usurarias; pero guardando la distribucion del autor, reservamos esta materia para el título XXVIII de este libro.

20. *Fuerza*, segun la ley (5) es: *cosa que es hecha á otro torticeramente de que no se puede amparar el que le recibe*, ó en otros términos: la violencia que se hace á otro con intencion de causarle algun daño en su persona ó en sus cosas, y que no puede resistir el que la padece. Puede hacerse con armas ó sin ellas. Hace fuerza con armas, el que acomete ó hiera á otro con armas de hierro, madera ó fuego, ó con piedras ú otra cualquiera cosa que haga daño: el que lleva consigo hombres armados para hacer mal á alguno; y asi este, como el que acomete con arma de fuego, hace fuerza, aunque no hiera: el que estando armado encierra ó combate á otro en su casa ú otro lugar, ó le prende ó le precisa á hacer algun pacto contra su voluntad: el que con gente armada va á quemar ó robar algun pueblo, casa, nave ú otro lugar: el que junta hombres armados con intencion de meter escándalo ó bullicio

(1) LL. 1, 2, 3, 4 y 6, tit. 14, lib. 3, de la R. 6 l. 6, 7, 8, 9, 10, 15 y 17, tit. 17, lib. 3 de la N. — (2) L. 6, tit. 18, lib. 4. — (3) Tom. 1, nn. 626 y 627 del último folio. — (4) Dicción. de legisl. art. *Regaton*. — (5) L. 1, tit. 10, P. 7.

en algun pueblo ú otro parage, aunque no se siga mal ni daño de la reunion (1).

21. Aunque no lleven armas, se entiende que hacen fuerza: el que en la confusion de un incendio hurta ó roba algunas cosas de las que habia en la casa incendiada, pero no el que se las lleve con la intencion de guardarlas, y darlas al dueño: el que en el mismo caso de incendio prohíbe á los concurrentes que lo apaguen ó que libren las cosas del dueño (2): el juez que por malicia ó ignorancia sobre no conceder la apelacion, prende, hiere, insulta ó maltrata al que la pide (3): el que exige contribuciones que no están impuestas por la ley, ó aprobadas por el gobierno (4): el que va con gente armada á los juicios, diciendo encubiertamente palabras capaces de poner miedo á los jueces, abogados ó testigos (5); mas los que se juntan y arman para defenderse de la fuerza que temen, no la hacen ni cometen delito, porque esto es permitido á cualquiera (6).

22. Las penas de los que hacen, ó se entiende que hacen fuerza con armas, son el destierro perpetuo; y si muriere alguno, sea de parte del forzador ó del forzado, debe sufrir la pena de muerte el gefe de la fuerza (7). Si la fuerza se hace sin armas, incurren los que la hacen en pena de destierro, y pérdida del empleo si lo tuvieren, é inhabilidad para obtener otro; y en ambos casos quedan obligados á pagar al forzado los perjuicios que le vinieren (8): el que juntando hombres con armas pusiese ó mandase poner fuego para quemar casa ú otro edificio ó mieses de otro, debe ser desterrado para siempre (9); y si alguno toma por fuerza lo que otro tiene en su poder y paz, pierde el derecho que fuviere en la cosa, y si no tenia ninguno, debe restituirla doble (10).

(1) L. 2, tit. 10, P. 7. — (2) L. 3, tit. y P. cit. — (3) L. 4 del mismo. — (4) L. 3, tit. 10, P. 7. — (5) L. 6 del mismo. — (6) L. 7. — (7) L. 8. — (8) L. 9. — (9) La misma. — (10) L. 10, tit. 10, P. 7.

23. Como una especie de fuerza, y acaso la mas notable se ven las *asonadas*, que tanto quiere decir segun la ley (1), como *ayuntamiento que hacen las gentes unos contra otros para hacerse mal*, ó en otros términos; la reunion ó junta tumultuaria de gente para hacer hostilidades ó perturbar el orden público; de manera que aunque segun la definición de la ley de Partida, para que haya asonada, es necesario que haya dos reuniones, una contra otra, por la acepcion que se le da ya comunmente, basta que sea una sola, bien que segun varios autores (2) es necesario que llegue á diez personas. Las asonadas pueden ser contra el gobierno ó las autoridades, ó contra los particulares: cuando tienen el primer objeto, se llaman con los nombres de *sedicion*, *rebelion*, *tumulto*, *levantamiento*, *pronunciamiento* (3),

(1) L. 16, tit. 26, P. 2. — (2) Gregor., Lop., glos. 2 de la l. 16, tit. 26, P. 2, y Aceved. sobre la L. 1, tit. 15, lib. 8 de la R., n. 39.

(3) Por las definiciones que da el autor del *Diccionario de Legislacion* á estos delitos, y que coinciden con las significaciones que les señala el *Diccionario de la lengua*, se puede formar juicio de que casi son sinónimos. *Sedicion* es el tumulto ó levantamiento popular contra el soberano ó las autoridades. *Rebelion*, el levantamiento ó conspiracion de muchos contra la patria ó el gobierno: ó el acto de impedir con violencia la ejecucion de las órdenes emanadas de la autoridad pública. *Tumulto*, el motin ó alboroto en que se conspira contra el superior ó se atenta al orden público. *Levantamiento*. La sedicion ó rebelion con que se turba la quietud pública. *Pronunciamiento*, segun la única ley en que se habla de él que es la de 23 de febrero de 1832, es sustraerse de la obediencia del gobierno. Vattel explica algunas de estas especies en estos términos: « Se llaman *rebeldes* todos los súbditos que toman injustamente las armas contra el gefe de la sociedad, ya porque pretendan despojarle de la autoridad suprema, ó porque intenten oponerse á sus órdenes en algun asunto particular, é imponerle condiciones. La *asonada* es una concurrencia de pueblo que se reune tumultuariamente, y no escucha la voz de sus superiores, ya porque atente contra ellos mismos, ó solo contra algunos particulares.... Si los descontentos se declaran particularmente contra los magistrados ú otros depositarios de la auto-

y tambien con los de *ayuntamientos*, *bandos*, *ligas*, *cofradías ó parcialidades*, aunque estos se dan igualmente á las que se dirigen contra los particulares.

24. Con referencia á este delito tenemos la pragmática de 17 de abril de 1774 (1) por la que se previene en su artículo 1º se observen inviolablemente las leyes preventivas de bullicios y conmociones populares, y se impongan á los que resulten reos las penas que ellas prescriben; y además de las diversas medidas gubernativas que previene se dicten en el caso de la sedición, hace las declaraciones siguientes: Que el conocimiento de estas causas toca privativamente á la jurisdicción ordinaria, con inhibición de cualquiera otra por privilegiada que sea, y con prohibición de suscitar sobre esto competencias: que en caso de conmoción popular, no valga fuero ni exención; y si se alegare, la admitan los jueces, y prosigan no obstante al castigo de los culpados: que son cómplices los que copian, leen ó oyen leer, sin dar cuenta á la justicia, los pasquines y papeles sediciosos que suelen fijarse en las esquinas, ó distribuirse cautelosamente para provocar la sedición: que en caso de resultar indicios contra algunos militares se pongan de acuerdo el juez y el gefe de las armas

» ridad pública, y llegan á desobedecer formalmente ó á valerse de la fuerza, se llama *sedición*. Y cuando el mal se extiende y apodera del mayor número en una ciudad ó provincia, y se sostiene de suerte que ya no se obedece al soberano, el uso aplica particularmente á este desorden el nombre de *sublevación* (\*).  
 » Cuando se forma en el estado un partido que no obedece ya al soberano, y tiene bastante fuerza para hacerle frente, ó cuando en una república se divide la nación en dos facciones opuestas, y llegan á las manos por una y otra parte, es una *guerra civil*.  
 » Algunos reservan este término á las justas armas que los súbditos oponen al soberano para distinguir esta resistencia legítima de la *rebelión* que es una resistencia injusta (\*\*). »

(1) L. 3, tit. 11, lib. 12 de la N.

(\*) Derecho de gentes, lib. 3, cap. 18, §§ 243 y 249. — (\*\*) § 292.

para contener los progresos de la sedición: se prohíbe que mientras los bulliciosos se mantengan inobedientes al mandato de la justicia puedan hacer representación alguna, ni capitular por medio de personas de autoridad, á las que se les prohíbe igualmente que admitan semejantes mensajes ni representaciones, declarando que las concesiones hechas por vías de asonada y conmoción no tengan ningun efecto; pero que siempre que se presten obedientes, se les oigan sus quejas, y se ponga pronto remedio en todo lo que sea arreglado y justo.

25. Como esta ley previene que se observen las penas que señalan las anteriores sin expresarlas, referiremos las que se encuentran en los códigos. La 1ª del título 2 de la Partida 7ª pone entre los modos de cometer traición *si alguno ficiere bullicio ó allevantamiento en el reino haciendo juras ó cofradías de caballeros ó de villas contra el rey, de que nasciese daño á él ó á la tierra*, con la cual concuerda la 3 del tit. 19 de la Partida 2 que dice: *onde los que tal levantamiento fazen son traidores, é deben morir por ello*; y habiendo asentado la obligación que tienen todos de concurrir á contener la sedición, añade: *otrosi los que á tal hueste como está non quisiesen venir, é se fuesen de ella sin mandado, porque semeja que les non pesa de tal fecho, deben de haber tal pena como sobredicho es*; y en la 2ª del título 2 de la Partida 7, se señala generalmente á los traidores la pena de muerte con infamia, añadiéndose en la 3ª que pueden ser acusados aun por los que no pueden acusar, y en sus causas ser testigos los infames, y la 16 del título 26 de la Partida 2, manda que lo que se tome en las asonadas debe devolverse con siete tantos mas.

26. En cuanto á las de la Recopilación encontramos la 1ª título 13 del libro 8 que no está inserta en la Novísima, que dice: *y sean traidos presos* (los autores y

cómplices de asonada) *ante nos, para que nos les diéremos aquella pena que entendiéremos que deben*; por cuyas palabras parece sujetar generalmente á los reos de este delito á pena arbitraria, aunque Acevedo es no obstante de opinion (1) que los autores deben ser tratados con mayor rigor y aun con pena de muerte. La 5 del título 15 del libro 8 de la Recopilacion, que es la 2 del título 11 del libro 12 de la Novisima, impone la pena de muerte al que en caso de alboroto y reunion de gente repicare las campanas sin mandato de la justicia y acuerdo de cuatro ó dos regidores; y Acevedo comentándola (2) dice, que se incurrirá esta pena si el repique se hace con intencion de fomentar el tumulto, pero no si se hace con ignorancia ú otro fin. Por la 1 del tit. 14 del lib. 8 de la Recopilacion que es la 1 del tit. 12 de la Novisima, se prohiben las ligas y confederaciones entre los ayuntamientos ó personas particulares, aunque en ella no se señala pena á los contraventores, y solo se encuentra para los eclesiásticos, á quienes se impone la pérdida de la naturaleza y temporalidades por la 5 del tit. y lib. citados de la Recopilacion, que es la 3 en el tit. y lib. tambien citados de la Novisima.

27. Por la ordenanza del ejército los que emprendieren cualquiera sedicion, conspiracion ó motin contra el servicio, seguridad de la plaza, contra la tropa, su comandante ú oficiales: los que indujeren á ello, ó teniendo noticia no lo delataren (3), y los que con fuerza, amenazas ó sedicion embarazaren el castigo de los tumultos y desórdenes, deben sufrir pena de muerte (4), mas siendo por otra causa que no sea de las expresadas, serán castigados con pena arbitraria (5); y los militares que se mezclaren en sediciones populares contra los magistrados ó gobierno del pueblo, quedan

(1) Aceved. sobre la ley 1, tit. 13, lib. 8 de la R., nn. 19 y siguientes. — (2) En el lugar citado, nn. 34 y 35. — (3) Trat. 8, tit. 10, art. 26. — (4) Art. 27. — (5) Art. 28.

desaforados y sujetos á la jurisdiccion ordinaria (1). A los militares se señalan en la misma (2) las penas que deben sufrir siempre que alcen la voz en grito tumultuario para pedir el prest, ó conmover á la desobediencia, motin, sedicion ó rebelion.

28. Por último, tenemos el decreto del Congreso mejicano expedido en 22 de febrero de 1832 que previene que en caso de *pronunciamento* en cualquier punto de la República, los sustraídos de la obediencia del gobierno sean responsables de mancomun *in solidum* con sus bienes propios á las cantidades que por sí ó por sus gefes tomaren violentamente, sean de los particulares ó de corporaciones, ó de los estados, ó de la hacienda federal, y que pierdan al mismo tiempo sus honores y empleos.

29. Unos de los objetos que suelen tener las asonadas y reuniones tumultuosas, es hacer resistencia á la justicia, ó á la tropa. En cuanto á la resistencia á la justicia, las leyes 1, 2, 3, 4 y 5 del tit. 22 del lib. 8 de la Recopilacion, que son 1, 2, 3, 4 y 5 del tit. 10 del lib. 12 de la Novisima, previenen que el que ataque á los jueces de la corte, aunque solo los hiéra, incurra en pena de muerte, y lo mismo el que mate á alguno de los jueces inferiores: si reuniere gente para ello pagará una multa de seis mil maravedis y sufrirá un año

(1) Se mandó por las cédulas de 2 de octubre de 1766 que es la ley 4, tit. 11, lib. 12 de la N., y pragmática de 17 de abril de 1774 que es la 1, 3 del mismo tit. y lib.; pero como ambas eran anteriores al decreto de 9 de febrero de 1793, que es la 1, 21, tit. 4, del lib. 6 de la N. que derogó todas las anteriores restrictivas del fuero militar, se ofreció dada sobre el caso de sedicion, y se declaró en orden de 10 de noviembre de 1800 que no se extendía á este delito la ampliacion del fuero que concedia el decreto de 9 de febrero de 1793, aunque por la de 5 de noviembre de 1817 se declaró de nuevo que el desafuero no se extendía á otros casos que los comprendidos en el repetido decreto.

(2) Artículos 29, 30, 31, 41 y 42, trat. 8, tit. 10.

de destierro, y si quitaren al juez algún preso, si este merecia pena de sangre, la sufrirá el que lo quitó, y si no se aplicará á este la de prision por medio año, y destierro por dos; y por la ley 7 del tit 22 del lib. 8 de la Recopilacion, que es la 6 del tit. 10 del lib. 12 de la Novisima, se manda que las penas corporales se comuten en la de vergüenza y ocho años de galeras, á ménos que la resistencia fuere tan calificada que se deba y convenga hacer mayor castigo. Y aunque por este delito se perdía el fuero militar, y quedaban los soldados sujetos á la jurisdiccion ordinaria (1), no estando exceptuado, segun observa Colon (2) en el decreto de 9 de febrero de 1793 (3), deben ser juzgados por sus jueces naturales, aunque Gutiérrez opina lo contrario (4).

30. En orden á la resistencia á la tropa, la ley 10 del tit. 10 del lib. 12 de la Novisima (5) distingue dos casos: 1º si la tropa está destinada á perseguir bandidos, contrabandistas ó saltadores, y estos le hicieren resistencia con arma de fuego ó blanca yendo aquella sin disfraz, quedan sujetos á la jurisdiccion militar que en consejo de guerra deberá imponer la pena de muerte á los que usaron de las armas, y la de diez años de presidio á los que solo concurrieron al acto: 2º si la tropa va en auxilio de la justicia ordinaria, juzgará esta á los reos, y les impondrá la pena correspondiente, sin que tenga lugar la aplicacion inmediata de la de azotes que la ley queria se les aplicase desde luego sin perjuicio de la causa.

31. Como para cometer algunos de los delitos expresados se valian algunos de las máscaras y disfraces, se

(1) Auto acord. 24, tit. 6, lib. 2 de la R. ó 1. 8, tit. 10, lib. 12 de la N. y 9 del mismo, tit. y lib.—(2) Juzgados militares, tom. 1, § 138.—(3) L. 21, tit. 4, lib. 6 de la N. Véase la nota 4, pág. 222.—(4) Pract. crim., tom. 4, cap. 1, n. 164.—(5) Cédula de 3 de mayo de 1793.

prohibió generalmente su uso bajo la pena de presidio (1); y aunque esta prohibicion se extendió despues á los bailes y tiempo del carnaval (2), parece que está en desuso.

#### APENDICE.

##### SOBRE LOS DELITOS QUE PUEDEN COMETERSE CON RELACION A LA LIBERTAD DE IMPRENTA.

Nos ha parecido conveniente formar este apéndice sobre delitos de imprenta, insertando á la letra las disposiciones legales hoy vigentes, sin separar de ellas lo que hace relacion á los juicios para ponerlo al tratar de la parte práctica de la ciencia del derecho, porque así en un solo cuerpo de doctrina, se encuentre todo lo que dice relacion con esta materia de libertad de la prensa; debiendo advertir solamente que por lo que hace al nombramiento de fiscales de imprenta están corregidas las disposiciones antes citadas, por la ley de 12 de abril de 1830, que establece que el nombramiento de dichos funcionarios se haga en el distrito, por las dos cámaras del congreso general, nombrando uno cada una de ellas, y en su receso el consejo de gobierno.

EL C. PEDRO MARIA ANAYA, GENERAL DE BRIGADA, Y GOBERNADOR INTERINO DEL DISTRITO FEDERAL.

Por el Ministerio de Relaciones Interiores y Exteriores, se ha dirigido á este gobierno el decreto que sigue.

(1) L. 7, tit. 15, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 13, lib. 12 de la N. Bando de 20 de diciembre de 1731 y real orden de 7 de enero de 1774, dirigida á estos dominios.—(2) Autos 1 y 2, tit. 13, lib. 8 de la R. ó LL. 2 y 3, tit. 13, lib. 12 de la N.

« El Exmo. Sr. general encargado del supremo poder ejecutivo se ha servido dirigirme el decreto que sigue :

» José Mariano de Salas, general de brigada del ejército nacional, encargado del supremo poder ejecutivo de los Estados-Unidos mejicanos, á los habitantes de la república, sabed :

Que considerando : — 1º Que la facultad de expresar el pensamiento por medio de la imprenta es uno de los primeros derechos del hombre, y la libertad de ejercerlo una de las mas preciosas prerogativas que reconoce en los ciudadanos el sistema representativo;

2º Que los escritores pueden abusar de la imprenta, empleándola en desahogar pasiones innobles, en incitar á la desobediencia y en subvertir el orden social; y los encargados del poder pueden tambien encadenarla para acallar la voz de la opinion, que les pide cuenta de sus actos, y levantar así el edificio de la tiranía sobre las ruinas de la libertad civil;

3º Que si bien es muy difícil acertar con los medios verdaderamente eficaces de combinar la libertad de la prensa con el respeto que se debe á las autoridades, y la consideración que merecen los ciudadanos, es tambien indispensable establecer una norma, que al paso que garantice al pueblo el ejercicio de aquel derecho, arme el gobierno con el poder necesario para reprimir los abusos;

4º Que la cámara de diputados del año anterior aprobó y pasó al senado un reglamento, en el que si tal vez se encuentran defectos, se consigna tambien la principal garantía de la libertad de imprenta que es el juicio por jurados;

5º Y considerando, por último, que muy pronto va á abrirse la importantísima discusion sobre las leyes fundamentales del país y sobre otros muchos puntos de vital interes para la república, con entera sujeción á

lo que el soberano congreso determine, y con el carácter de provisional, he tenido á bien decretar al siguiente

REGLAMENTO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA.

ART. 1. Ninguno puede ser molestado por sus opiniones: todos tienen derecho para imprimirlas y circularlas sin necesidad de prévia calificación ó censura. No se exigirá fianza á los autores, editores é impresores.

ART. 2. En todo juicio sobre delitos de imprenta, intervendrán jueces del hecho, que harán las calificaciones de acusación y de sentencia.

ART. 3. En los delitos de imprenta no hay complicidad en los impresores; pero serán responsables si no se aseguran en la forma legal de la responsabilidad del editor ó escritor.

TITULO I.

ART. 4. Se abusa de la libertad de imprenta de los modos siguientes:

I. Publicando escritos en que se ataque de un modo directo la religion católica que profesa la nacion, entendiéndose comprendidos en este abuso los escarnios, sátiras é invectivas que se dirijan contra la misma religion.

II. Publicando escritos que ataquen directamente la forma de gobierno republicano, representativo, popular.

III. Cuando se publican máximas ó doctrinas dirigidas á excitar la rebellion ó la perturbacion de la tranquilidad pública.

IV. Incitando directamente á desobedecer alguna ley ó autoridad legitima, ó provocando á esta desobediencia con sátiras ó invectivas.

V. Publicando escritos obscenos ó contrarios á las buenas costumbres.

VI. Escribiendo contra la vida privada.

ART. 5. En el caso de que un autor ó editor publique un libelo infamatorio, no se eximirá de la pena establecida, aun cuando pruebe ú ofrezca probar la imputacion injuriosa, quedando, además, al agraviado la accion expedita para acusar al injuriante de calumnia ante los tribunales competentes, sin perjuicio de que á este se le impongan las penas establecidas en el artículo 10.

ART. 6. Si en algun escrito se imputaren á alguna corporacion ó empleado delitos cometidos en el desempeño de su destino, y el autor ó editor probare su aserto quedará libre de toda pena.

ART. 7. Lo mismo se verificará en el caso de que la inculpacion contenida en el impreso, se refiera á crímenes ó maquinaciones tramadas por cualquier persona contra la independencia ó forma de gobierno de la nacion.

#### TITULO II.

ART. 8. Para la censura de toda clase de escritos, denunciados como abusivos de la libertad de imprenta, se usará de las calificaciones siguientes:

I. Los escritos que conspiren directamente á atacar la independencia de la nacion, ó á trastornar ó destruir su religion ó sus leyes fundamentales, se calificarán con la nota de subversivos.

II. Los escritos en que se publiquen máximas ó doctrinas dirigidas á excitar la rebelion ó la perturbacion de la tranquilidad pública, se calificarán con la nota de sediciosos.

III. El impreso en que se incite directamente á desobedecer las leyes ó autoridades legítimas, y aquel en

que se provoque á esta desobediencia con sátiras ó inectivas, se calificará de incitador á la desobediencia.

IV. Los impresos que ofendan la decencia pública ó la moral, se calificarán con la nota de obscenos ó contrarios á las buenas costumbres.

V. Los escritos en que se vulnere la reputacion ó el honor de los particulares, tachando su conducta privada, se calificarán de libelos infamatorios.

ART. 9. Estas notas de censura se graduarán á discrecion del jurado, en primero, segundo y tercer grado; y cuando los jueces de hecho no encuentren aplicable á la obra ninguna de dichas calificaciones, usarán de la fórmula siguiente: *Absuelto*.

#### TITULO III.

ART. 10. El autor ó editor de un impreso, calificado de subversivo en primer grado, será castigado con la pena de seis meses de prision y trescientos pesos de multa. El de un escrito subversivo en segundo grado, con trescientos pesos de multa, y no pudiéndolos pagar, con tres meses de prision. El responsable de impreso subversivo en tercer grado, ciento cincuenta pesos de multa, ó en su defecto, dos meses de prision. La pena de prision en el primer caso se aumentará en tres meses más, siempre que el condenado no pueda pagar la pecuniaria.

ART. 11. A los autores ó editores de escritos sediciosos, en primero, segundo ó tercer grado, se aplicarán las mismas penas designadas contra los autores ó editores de obras subversivas en sus grados respectivos.

ART. 12. El autor ó editor de un escrito calificado de incitador á la desobediencia de las leyes ó de las autoridades, será castigado con la pena de tres meses de prision ó trescientos pesos de multa, si la incitacion fuere

directa; y si se hiciere por medio de sátiras ó invectivas, con la de un mes de prision ó cien pesos de multa.

ART. 13. El autor ó editor de un escrito calificado de obsceno ó contrario á las buenas costumbres, sufrirá la pena de cien pesos de multa ó un mes de prision, con mas, el valor de mil y quinientos ejemplares al precio de venta, y si no pudiere pagar esta cantidad, ni los cien pesos de la multa, sufrirá dos meses de prision.

ART. 14. Segun la gravedad de las injurias procederán los jueces de hecho á calificar el escrito de injurioso en primero, segundo y tercer grado, aplicándose al injuriante las penas establecidas en sus grados respectivos para los delitos de subversion.

ART. 15. La reincidencia será castigada con doble pena: y en los delitos que tienen señalada graduacion, se impondrá al culpable la pena dupla correspondiente al menor grado de la culpa.

ART. 16. Además de las penas especificadas en los artículos anteriores, serán recogidos cuantos ejemplares existan por vender de las obras que declaren los jueces comprendidas en cualquiera de las calificaciones expresadas en el título 2º; pero si solo se declarase comprendida en dicha calificacion una parte del impreso, se suprimirá esta, quedando libre y corriente el resto de la obra.

#### TITULO IV.

ART. 17. Será responsable de los abusos que cometa contra la libertad de imprenta, el autor ó editor del escrito, á cuyo fin deberá uno ú otro firmar el original que debe quedar en poder del impresor.

ART. 18. El impresor será responsable en los casos siguientes:

1º Cuando siendo requerido judicialmente para pre-

sentar el original firmado por el autor ó editor, no lo hiciere.

2º Cuando ignorándose el domicilio del autor ó editor, llamado á responder en juicio, no dé el impresor razon fija del expresado domicilio, ó no presente alguna persona abonada que responda del conocimiento del autor ó editor de la obra, para que no quede el juicio ilusorio. Esta responsabilidad del impresor cesará pasado un año de la publicacion del escrito.

ART. 19. Los impresores no admitirán responsabilidad de vagos, presos, sentenciados, enfermos consuetudinarios residentes en los hospitales, ni de hombres cuyo domicilio, morada y modo de vivir sea desconocido, y solo será admitida, cuando escriban ó publiquen producciones verosimilmente propias ó defiendan causa suya.

ART. 20. Cualquiera infraccion del artículo anterior, será castigada la primera vez con multa de cincuenta pesos; la segunda con doble cantidad, y la tercera con seis meses de prision.

ART. 21. En caso de no tener el impresor con que satisfacer las multas de que habla el artículo anterior, por primera vez sufrirá dos meses de prision, y cuatro por la segunda.

ART. 22. El impresor á quien se justifique que ha dejado extraer de su oficina ó cooperado de otro modo á la circulacion de algun impreso, antes de que tengan el correspondiente ejemplar el fiscal ó fiscales pagará por primera vez veinticinco pesos de multa, cincuenta por la segunda, y ciento por la tercera.

ART. 23. Los impresores están obligados á poner sus nombres y apelativos, y el lugar y año de la impresion en todo impreso, cualquiera que sea su volumen, teniendo entendido que la falsedad en alguno de estos requisitos, se castigará, como la omision culpable de ellos, con un año de prision.

ART. 24. Los impresores de obras ó escritos en que falten culpablemente los requisitos expresados en el artículo anterior, serán castigados con dicha pena, aun cuando los escritos no hayan sido denunciados, ó fueren declarados absueltos. Esta pena no los eximirá de la en que pueden incurrir, según el artículo 18.

ART. 25. Los impresores de los escritos calificados con alguna de las notas comprendidas en los artículos respectivos que hubiesen omitido ó falsificado alguno de los indicados requisitos, quedarán, además, responsables en lugar de los autores ó editores, siempre que no se encontraren estos, y los impresores no presentaren persona abonada que diere conocimiento de ellos.

ART. 26. Cualquiera que venda uno ó mas ejemplares de un escrito, mandado recoger, con arreglo á esta ley, pagará el valor de mil ejemplares del escrito á precio de venta, ó en su defecto sufrirá un mes de prisión.

## TITULO V.

ART. 27. Los delitos de subversion y sedicion, producen accion popular.

ART. 28. En todos los casos, excepto los de injurias, en que se abuse de la libertad de imprenta, deberá el fiscal nombrado á quien toque, ó el síndico del ayuntamiento respectivo, denunciar de oficio, ó en virtud de excitacion del gobierno ó de la autoridad política, ó de alguno de los alcaldes constitucionales.

ART. 29. Los fiscales de imprenta deberán ser letrados, nombrados anualmente por el congreso general en el Distrito, por las legislaturas en los Estados, y por los ayuntamientos de las capitales en los territorios respectivos, pudiendo ser reelectos; y á falta de estos, se nombrarán personas instruidas que desempeñen tal cargo. Los impresores deberán pasar al fis-

cal á quien corresponda, un ejemplar de todas las obras ó papeles que se impriman, bajo la pena de veinticinco pesos de multa por cada contravencion.

ART. 30. En los casos de injurias solo podrán acusar las personas á quienes las leyes conceden esta accion.

## TITULO VI.

ART. 31. Las denuncias de los escritos se presentarán ó remitirán á uno de los alcaldes constitucionales de las capitales, para que este convoque á los jurados á la mayor brevedad.

ART. 32. Lo dispuesto en el artículo anterior, se observará tambien en los lugares en que se hubieren impreso los escritos, si existen en ellos por lo menos cincuenta jurados.

ART. 33. Servirán para jurados, en su respectivo caso, los ciudadanos en ejercicio de sus derechos que tengan veinticinco años de edad, sepan leer y escribir y una renta anual de quinientos pesos por lo menos, procedente de capital fisico, industria ó trabajo honesto. Las legislaturas podrán disminuir la cuota establecida, según las circunstancias particulares de sus respectivos Estados.

ART. 34. No pueden ser jurados los que ejercen autoridad pública de cualquiera clase: los individuos pertenecientes al ejército permanente y armada, cuando no estén retirados del servicio, y los de la milicia activa cuando se hallen sobre las armas. Los procuradores y escribanos, los profesores de farmacia con establecimiento público, y todas las personas que hayan cumplido sesenta años, no podrán ser obligados á desempeñar el cargo de jueces de hecho, pero si lo admitieren, lo cual se entenderá siempre que no reclamen cuando se publiquen las listas de jueces de hecho, no

podrán eximirse de concurrir á los juicios á que fueren citados, ni de las penas establecidas en el art. 36, sino por las causas especificadas en el 37.

ART. 35. Los ayuntamientos de las capitales de los Estados, Distrito ó territorios, y de los lugares en que hubiere imprentas, formarán una lista por el orden alfabético, de los individuos de su demarcacion que tengan las circunstancias expresadas en el artículo 34, la que se rectificará al principio de cada año, conservándolas en sus respectivos archivos, firmadas por todos los miembros que las hayan formado ó rectificado.

ART. 36. Los jurados no podrán eximirse de la concurrencia para que fueren citados, y á la hora en que lo sean, so pena de la multa que gubernativamente les exigirá el alcalde, de cinco á cincuenta pesos por primera vez, de diez á ciento por segunda, y de veinte á doscientos por tercera.

ART. 37. Ninguna otra causa libertará de las penas señaladas, sino la justificacion de enfermedad que impida salir fuera de casa, ó de ausencia no dolosa, ó de haberse avecindado en otro Estado, ó algun otro motivo muy grave, calificado por el juez.

ART. 38. Habrá dos jurados para la calificacion de los impresos: uno será llamado de *acusacion* y el otro de *sentencia*. El primero lo formarán once individuos sacados por suerte de entre los contenidos en la lista: el segundo, diez y nueve, sacados de la misma manera, sin que en este sorteo se incluyan los que formaron el primero.

ART. 39. Denunciado un impreso ante el alcalde constitucional, este, á presencia del fiscal de imprenta, ó del acusador, si estuvieren en el lugar y concurrieren á la hora que se les presije, y ante un escribano ó dos testigos, hará el sorteo que previene el artículo anterior, é inmediatamente mandará citar á los jurados que

hayan salido en suerte y se hallen en el lugar, sentándose sus nombres en un libro destinado al efecto.

ART. 40. Si el alcalde á las cuarenta y ocho horas de recibir la denuncia, no hubiese hecho se verifique el sorteo de que habla el reglamento, expedido las esquelas citatorias, y que se reúnan de factó los jurados, pagará la multa de cincuenta pesos. Los fiscales serán los que velen sobre el cumplimiento de este artículo, y el prefecto ó la autoridad politica correspondiente hará efectiva la exaccion de la multa.

ART. 41. Reunido aquel número, les recibirá el alcalde ó juez de paz juramento de desempeñar fielmente su encargo.

ART. 42. Cuando á la hora señalada no hubiere el número competente de jueces de hecho, se sacarán por suerte los que faltaren, hasta completar los que deben servir para los jurados de *acusacion* y de *sentencia*.

ART. 43. Retirado luego el alcalde, los jurados nombrarán, de entre ellos mismos, un presidente y un secretario; y despues de examinar el impreso y la denuncia, declararán, por mayoría absoluta de votos, si la acusacion es ó no fundada: todo lo cual se hará sin interrupcion alguna.

ART. 44. El presidente la presentará en seguida al alcalde que los ha convocado, para que la devuelvan al denunciante, en el caso de no ser fundada la acusacion, cesando por el mismo hecho todo procedimiento ulterior.

ART. 45. Si la declaracion fuese de ser fundada la acusacion, el alcalde pasará al juez de primera instancia el impreso y la denuncia, para que proceda inmediatamente á la averiguacion de la persona responsable; pero antes de la declaracion expresada, ninguna autoridad podrá obligar á que se le haga manifiesto el nombre del autor ó editor; y todo procedimiento contrario es causa de responsabilidad.

ART. 46. El juez de primera instancia suspenderá la circulacion de los ejemplares que existan en poder del impresor ó vendedores.

ART. 47. Cuando la declaracion de ser fundada la acusacion recayere sobre un impreso denunciado por subversivo ó sedicioso, ó por incitador en primer grado á la desobediencia, mandará el juez prender al sugeto que aparezca responsable; pero si la denuncia fuese por cualquiera otro abuso, se limitará el juez á exigirle fiador, ó la caucion de estar á las resultas; y solo en el caso de no dar una ú otra se le pondrá en custodia.

ART. 48. Cuando la misma declaracion recayere, respecto de un impreso denunciado por injurioso, el juez citará al responsable en el término prudente para que por sí ó por apoderado se intente la conciliacion; y pasado dicho término, se procederá al segundo juicio, conforme á la ley.

ART. 49. Antes de entablarse este, sacará con citacion de las partes, y pasará el alcalde al juez de primera instancia, lista de los diez y nueve jurados que salieron en suerte y que estén presentes, para que diez de ellos, por lo menos, califiquen el impreso denunciado.

ART. 50. Dentro de veinticuatro horas de fenecido el juicio de los primeros jurados, pasará el alcalde al juez de letras la denuncia y fallo, y dentro del tercero día hará se verifique el sorteo de segundos jurados, y se remita la lista á dicho juez, todo bajo la multa de cincuenta pesos.

ART. 51. El mismo juez de primera instancia pasará al responsable una copia de la denuncia, y otra de la lista antedicha, para que pueda recusar hasta nueve de los que la componen, sin expresion de causa, en el perentorio término de veinticuatro horas. Igualmente mandará citar á los jurados que no hayan sido recusados, para el sitio en que haya de celebrarse el juicio, recibiéndoles antes juramento de desempeñar fielmente el encargo que se les confia.

ART. 52. El juicio será público, pudiendo asistir, para su defensa, el interesado, por sí ó por apoderado, y asimismo el fiscal, el sindico ó el denunciante, sosteniendo la denuncia.

ART. 53. El impreso se calificará con arreglo á lo prescrito en el título 2º, necesitándose, á lo menos, siete votos para condenarlo, si el jurado se hubiese compuesto de diez individuos; y los dos tercios de votos ó el número mas aproximado á ellos, si fuese mayor el de jueces; debiendo, en caso contrario, tenerse por absuelto el impreso.

ART. 54. Si los votos necesarios para condenar hubiesen convenido en la especie de abuso, pero no en el grado, se entenderá la calificacion hecha en el menor de estos, y se aplicará la pena correspondiente. En el caso de no calificarse como comprendido en alguno de los abusos designados, se usará la fórmula de: *Absuelto*.

ART. 55. En el mismo acto mandará el juez poner en libertad, ó alzar la caucion ó fianza á la persona sujeta al juicio; y todo acto contrario será castigado como crimen de detencion ó procedimiento arbitrario.

ART. 56. Cuando los jueces de hecho hubiesen calificado el impreso de subversivo ó sedicioso en cualquiera de los tres grados, ó de incitador á la desobediencia en primero, si pareciere esta calificacion errónea al juez de primera instancia, podrá suspender la aplicacion de la pena, y pasar oficio al alcalde para que con la citacion debida saque por suerte y remita diversa lista de otros diez y nueve individuos, de los que podrá tambien recusar hasta nueve, la parte acusada, dentro de veinticuatro horas.

ART. 57. Citados los jurados, que no hayan sido recusados conforme al artículo 51, se observará lo prevenido para este juicio; y si en el nuevo jurado se hiciere la misma calificacion que en el primero, procederá el

juez á pronunciar la sentencia y aplicar la pena; pero si se conviniere en la especie de delito y no en el grado, se observará lo prescrito en el artículo 54. Si se declarare absuelto, procederá el juez con arreglo á lo dispuesto en el mismo artículo.

ART. 58. Los jueces de hecho solo serán responsables en el caso de que se les justifique, con plena prueba legal, haber procedido en la calificación por cohecho ó soborno.

ART. 59. Los gastos del proceso serán abonados con arreglo á arancel, por el responsable, si ha sido condenado; pero si fué absuelto y el juicio fuere de injurias, pagará las costas el denunciante. En todos los demas casos se satisfarán del fondo de multas impuestas en esta ley, el que deberá estar depositado en el ayuntamiento con la correspondiente cuenta separada.

ART. 60. Cualquiera persona que reimprima un impreso mandado recoger, incurrirá por el mismo hecho en la pena que se haya impuesto á consecuencia de la calificación.

ART. 61. Todo delito por abuso de libertad de imprenta produce desafuero, y los delinquentes serán juzgados por los jueces de hecho y de derecho con arreglo á esta ley, salvas las disposiciones de la constitucion, respecto de algunos funcionarios públicos.

ART. 62. Si el juez, sin legitima causa, dejare de reunir el segundo jurado, dentro del sexto día de recibida la denuncia, que debe remitir el alcalde, conforme al artículo 50, ó no cumplierse con las otras prevenciones, cuyo cumplimiento le toca, pagará cincuenta pesos de multa por la primera vez, ciento por la segunda, y en la tercera sufrirá la pena de privacion de oficio.

ART. 63. La apelacion en estos juicios, se arreglará al título 8º del decreto de 22 de Octubre de 1820, entendiéndose el recurso de apelacion ante los tribunales de segunda instancia, que se encuentren establecidos.

ART. 64. Ni la detencion, durante el juicio expresado, ni la prision en caso de sentencia á ella, podrán ser en otro lugar que en el de la residencia del juez ó del interesado; no verificándose ni una ni otra en la cárcel pública.

ART. 65. La industria tipográfica y las oficinas de imprenta son enteramente libres en su ejercicio, sin mas restricciones que las expresamente impuestas por las leyes.

Por tanto, mando se imprima, publique, circule, y se le dé el debido cumplimiento. Palacio nacional en Méjico, á 14 de Noviembre de 1846. — José Mariano de Salas. — A D. José Maria Lafragua.

Y lo comunico á V. E. para su inteligencia y fines consiguientes.

Dios y libertad. Méjico, 14 de Noviembre de 1846. — Lafragua. — Exmo. Sr. Gobernador del distrito federal.

*Cita que se hace en el artículo 63 de este reglamento. — Título 8º de la apelacion en estos juicios.*

ART. 75. Cuando el juez de primera instancia no haya impuesto la pena designada en esta ley, podrá apelar cualquiera de las partes á la Audiencia territorial (Tribunales superiores de los Estados ó Suprema Corte de Justicia, respecto del Distrito y territorios) dentro del término ordinario, y el juez de primera instancia le admitirá la apelacion en ambos efectos para mejorarla.

ART. 76. Igualmente podrá cualquiera de los interesados apelar á la Audiencia cuando no se hayan observado en el juicio los trámites ó formalidades prevenidas en esta ley; pero esta apelacion será para solo el efecto de reponer el proceso desde el punto en que se haya cometido la nulidad, debiendo en este caso la Audiencia

exigir la responsabilidad con arreglo á las leyes, al juez ó autoridad que hubiere cometido la falta.

ART. 77. En los dos recursos de que se ha hablado en los artículos anteriores, si se declarase que han sido infundados, se condenará en las costas al que los hubiese interpuesto.

Y para que llegue á noticia de todos, mando se publique por bando en esta capital y en los demas lugares de la comprension de este Distrito, fijándose en los lugares acostumbrados, y circulándose á quienes correspondan.

Dado en Méjico, á 21 de noviembre de 1846.

PEDRO M. ANAYA.

MANUEL FERNANDEZ, secretario.

EL CIUDADANO JUAN MARIA FLOREZ Y TERAN, GOBERNADOR DEL DISTRITO FEDERAL, A SUS HABITANTES, SABED :

El Exmo. Sr. presidente se ha servido dirigirme el decreto que sigue.

« Jose Joaquín de Herrera, presidente constitucional de los Estados-Unidos Mejicanos, á todos sus habitantes sabed : Que en uso de las facultades concedidas al gobierno por la ley de 6 de este; en cumplimiento del deber que tengo de poner un término al escándalo con que se ultraja la moral pública y se ataca el orden social por medio de escritos difamatorios, y sin que por esto se coarte el uso saludable de la libertad de imprenta, ni para los abusos políticos se establezcan nuevas penas ni procedimientos; he venido en decretar, entre tanto se espide la ley orgánica de imprenta, el siguiente decreto.

ART. 1. En ningun caso es lícito escribir contra la vida privada, ni atacar la moral pública.

ART. 2. Es difamatorio todo escrito en el cual se ataque el honor ó la reputacion de cualquier particular, corporacion, ó funcionario público, ó se le ultraje con sátiras, invectivas ó apodos.

ART. 3. En los casos del artículo anterior no se comprende el libre examen de la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, para dilucidar su legalidad ó su conveniencia.

ART. 4. Si al hacerse este examen se cometiere alguno de los delitos especificados en las fracciones 1a, 2a, 3a y 4a de la ley de 14 noviembre de 1846, serán juzgados conforme á ella; lo mismo que en el caso de calumnia.

ART. 5. Todo escrito difamatorio, ó que ataque la moral pública, debe ser perseguido y castigado de oficio. Los fiscales de imprenta y los síndicos del Ayuntamiento están obligados á denunciarlo, y los jueces pueden proceder de oficio ó excitados por la autoridad política.

ART. 6. Conforme al artículo 26 de la acta de reformas, en los delitos de difamacion no deben intervenir los jurados, y de ellos conocerán los jueces de primera instancia, tanto civiles como criminales del territorio en que se cometan.

ART. 7. Calificado un escrito de difamatorio, el juez pasará á la imprenta, exigirá la responsiva, recogerá los ejemplares que haya en ella ó que estén de venta en cualquier lugar público, dará orden á la estafeta para impedir su circulacion, y pondrá detenido al responsable.

ART. 8. En el caso de que ocurran varios jueces, conocerá del negocio el que primero haya exigido la responsiva, y si dos la pidieren á un tiempo, el mas antiguo. Si alguno insistiere en la competencia, mientras esta se dirime procederán unidos.

ART. 9. La causa quedará sustanciada dentro de ocho dias, y el juez la entregará al reo y al fiscal para

que aleguen dentro de dos dias cada uno, procediendo á fallar dentro de tres. El lapso de estos términos y de los demas establecidos en los artículos siguientes, es causa de responsabilidad.

ART. 19. Todas las indagaciones y alegatos de la causa, se versarán sobre si hay ó no delito de difamacion, y de conformidad con el artículo 5º de la citada ley no se podrán admitir pruebas sobre la verdad ó falsedad de los hechos en que se funden las imputaciones difamatorias.

ART. 11. El delito de difamacion se castigará con la pena de prision solitaria desde seis meses hasta dos años. La misma pena tienen los ultrages á la moral pública.

ART. 12. Cuando estos no tuvieren relacion con el honor de ninguna persona ó corporacion determinada, serán juzgados por jurados conforme á la ley. Si tuvieren relacion con una persona ó corporacion determinada, el delito se considerará como accesorio del de difamacion, y se castigará por los jueces ordinarios, agravando la pena en consideracion á esta circunstancia.

ART. 13. Sentenciado el proceso en primera instancia, pasará al tribunal superior, el cual, oyendo verbalmente al fiscal y al defensor, pronunciará su sentencia dentro del término de ocho dias, contados desde el en que pasó á su conocimiento.

ART. 14. Si la sentencia de segunda instancia fuere conforme con la primera, causará ejecutoria; lo mismo que si se pronuncia por unanimidad de votos en tribunal colegiado. Si la sentencia no fuere conforme y algun Ministro de Tribunal colegiado hubiere votado en el sentido del juez de primera instancia, ó el tribunal fuere unitario, habrá lugar á la tercera instancia.

ART. 15. En la segunda instancia, y no antes, podrá tratarse como un artículo prévio, el de si el delito cometido es de difamacion ó de abuso de la libertad

política de la prensa, y siempre que se resuelva en este último sentido, el negocio pasará al jurado sin perjuicio de la responsabilidad á que hubiere lugar contra el juez conforme á las leyes. Esté artículo no dilatará el término fijado en el artículo 13, y la sentencia que sobre él recayere será insuplicable.

ART. 16. Pronunciada una sentencia condenatoria que cause ejecutoria, se publicará en los periódicos por tres veces.

ART. 17. Todo periódico que en el espacio de seis meses fuere tres veces condenado por delito de difamacion, ó atentado contra la moral pública, será suprimido.

ART. 18. Entre tanto se resuelve por el congreso la duda pendiente sobre la manera con que deba proceder al nombramiento de los fiscales de imprenta del Distrito, estos se elegirán con calidad de interinos por el Exmo. Ayuntamiento de la capital en la primera sesion que tuviere despues de publicada.

Por tanto mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Palacio nacional en Méjico, á 21 de Junio de 1848. — José Joaquin de Herrera. — A D. Mariano Otero.

Y lo comunico á V. S. para su cumplimiento y fines consiguientes.

Dios y libertad. Méjico, Junio 21 de 1848. — Otero. — Sr. Gobernador del Distrito federal.

Y para que llegue á noticia de todos, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento, fijándose en los parages acostumbrados y circulándose á quienes corresponda.

Méjico, 22 de junio de 1848.

JUAN MARIA FLOREZ.

LIC. JOSÉ MARIA ZALDIVAR, secretario.

## TITULO XXVI.

## DE LAS FALSEDADES.

Tit. 7, P. 7 y tit. 17, lib. 8 de la Recopilacion, refundido en el 6 y 8, lib. 12 de la Novisima.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Qué es falsedad, y quiénes la cometen.   | 8. De las penas de los sobornadores.   |
| 2. De la pena del falsario en general, y de la del que falsifica carta, sello ó firma, y del escribano. | 9. De las penas de los falsos testigos.  |
| 3. De la falsedad del abogado ó sea <i>Prenaricato</i> .  | 10. De las penas de la falsedad de los que usan varas y pesos: del que vende dos veces una cosa, del medidor de tierras, y del contador. |
| 4. Del de los jueces.   | 11 y 12. De las de los falsificadores de moneda y papel sellado.   |
| 5. Del cohecho y soborno, y quiénes lo cometen.   |  |
| 6. De las penas del cohecho.  |  |
| 7. Del cohecho de los   |  |

1. Falsedad, segun la ley (1), es *mudamiento de la verdad*, y la comete el que niega, altera ó disfraza la verdad en perjuicio de otro, y el que adultera, corrompe ó contrahace alguna cosa, y por esto son falsarios segun las leyes: 1º El que hace privilegio ó carta falsa á sabiendas, ó rae, ó cancela, ó muda alguna escritura verdadera, ó algunas palabras puestas en ella: 2º El que teniendo en guarda un papel ó instrumento de otro, lo niega, ó lo esconde, ó lo inutiliza en todo ó en parte, ó lo enseña sin licencia del que se lo entregó reservadamente: 3º El que hurta ó subtrae la escritura ó instrumento de otro: 4º El juez ó escribano que leyere ó aperebiere á alguna de las partes de lo conte-

(1) L. 1, tit. 7, P. 7.

nido en alguna escritura de pesquisa ó de otro cualquier pleito que le mandaron tener en guarda ó abrir en secreto: 5º El abogado que en daño de su parte manifiesta á la contraria los documentos ó secretos con que apoya su pretension: 6º El abogado que á sabiendas alega leyes falsas en los pleitos: 7º El depositario de privilegios ú otros instrumentos de algun concejo ó particular que los muestra maliciosamente á los contrarios de estos: 8º El juez que da sentencia contra derecho á sabiendas: 9º El que trabaja en corromper al juez para que dé sentencia injusta: 10º El que llamado para testigo en algun pleito dice falso testimonio ó niega la verdad sabiéndola: 11º El que corrompe á un testigo para que no diga la verdad: 12º El que con malicia sugiere á los testigos el modo de dar su declaración para encubrir ó negar la verdad (1): 13º El que sabiendo secretos del gobierno los descubre maliciosamente: 14º El que á sabiendas dice mentira al gobierno: 15º El que anda con divisas ó trage de soldado sin serlo: 16º El que celebra misa sin estar ordenado: 17º El que cambia maliciosamente de nombre (2): 18º La muger que fingiendo haber parido, hace creer á su marido que es hijo suyo el ageno (3), á lo que llaman *suposicion de parto*: 19º El que hace bulas, sellos ó cuños falsos: 20º El que hace moneda falso ó papel sellado: 21º El platero que mezela maliciosamente algun otro metal en las piezas de oro ó plata que trabaja: 22º El fisico ó especiero que hiciere malas mezclas poniendo maliciosamente una cosa por otra (4): 23º El que á sabiendas vende ó compra con varas ó pesos falsos: 24º El que á sabiendas vende dos veces una misma cosa, y toma el precio de ambos compradores (5): 25º El medidor de tierras que faltando á

(1) Todas estas se enumeran en la ley 1, tit. 7, P. 7. — (2) L. 2, tit. 7, P. 7. — (3) L. 3, del mismo. — (4) L. 4, del mismo. — (5) L. 7 del mismo.

la legalidad da á uno mas y á otro ménos de lo que les corresponde : 26º El contador nombrado por las partes que á sabiendas da á uno mas de lo que le toca y á otro ménos (1) : 27º El que da ayuda ó consejo para hacer falsedad (2) : y 28º El que en las juntas electorales del Distrito y Territorios, presentare boletto falsificado ó que se hubiese dado á otro, ó el que fuere convencido de haberse empadronado, ó de presentarse en otra seccion que no sea la de su vecindad, ó de haber alterado la regulacion de los votos (3). Ademas de estas especies de falsedad hay otra muy notable, que es la que comete el que acusa maliciosamente á otro del delito que no ha cometido, de la cual hablaremos como en su lugar propio en el titulo XXX de este libro que trata de las acusaciones.

2. En general la pena del falsario segun la ley (4) es el destierro perpetuo; pero algunas falsedades tienen señaladas otras. El que falsifique carta, ó privilegio, ó bula, ó sello del gobierno ó del Papa, ó lo hace falsificar á otro, incurre en pena de muerte (5); y si la falsificación fuere de sello ó firma de otras personas, se castiga con pena de presidio, y los condenados á él no podrán ser empleados en las oficinas de cuenta y razon del mismo (6). El escribano que hiciere carta falsa ó cometiere otra falsedad en los instrumentos que se otorguen ante él, ó en los juicios, queda infame para siempre, y se le debe cortar la mano (7).

3. En quinto lugar se mencionó en el número 1 la falsedad del abogado que faltando á la fidelidad debida á su cliente, manifiesta á su contrario los documentos ó secretos en que aquel apoya su pretension, ó que de otro cualquier modo le favorecen : á esta se da el nom-

(1) L. 8, tit. 7, P. 7. — (2) L. 1, del mismo. — (3) Art. 41, de la ley de 12 de julio de 1830. — (4) L. 6, tit. 7, P. 7. — (5) La misma. — (6) Real orden de 10 de diciembre de 1768. — (7) LL. 16, tit. 10, P. 3 y 6, tit. 7, P. 7.

bre de *Prevaricato*, y segun la ley de Partida (1), *ha en si un ramo de traicion*, y se le señalan las penas de destierro perpetuo y confiscacion de bienes no teniendo el culpable descendientes ó ascendientes dentro del tercer grado (2). La misma se señala al que alega leyes falsas (3); y al que por malicia, culpa, negligencia ó impericia causare perjuicios y costas á su cliente en cualquiera instancia, se le condena á pagar su importe duplicado (4).

4. La que comete el juez que á sabiendas juzga contra derecho, se reputa tambien prevaricato (5); y por él en causas civiles pierde el empleo, queda inhábil para obtener otro, y debe pagar las costas y perjuicios á la parte agraviada (6); y en las criminales, si la pena que hizo sufrir fué de muerte, ya hemos dicho (7) que se tiene por homicidio calificado : y aunque una ley de Partida (8) le imponia la pena de homicida, aun cuando él solo hubiese condenado á mutilacion ó destierro, por otra moderna (9) se le señala indistintamente la misma que hizo sufrir al procesado.

5. Como este delito se comete regularmente por intereses, este es el lugar oportuno para hablar del *Cobhecho ó soborno*, al que se da el nombre de *Concusion* cuando el que lo comete es juez ó funcionario público, á quien se llama concusionario (10). En este delito incurren el Presidente de la República que recibe dádivas

(1) L. 11, tit. 16, P. 7. — (2) L. 1 y 6, tit. 7, P. 7. — (3) Las mismas. — (4) L. 6, tit. 16, lib. 2 de la R., ó 9, tit. 22, lib. 3 de la N. — (5) Art. 1, cap. 1, de la ley de 24 de marzo de 1818. — (6) Art. 2, cap. 1, de la ley de 24 de marzo de 1813. — (7) N. 22, del tit. XXIV de este libro. — (8) L. 11, tit. 8, P. 7. — (9) Art. 2, cap. 1, de la ley de 24 de marzo de 1813.

(10) Escriche, Diccion. de legislae. artículos *Concusion* y *Concusionario*. A esto llamaba el derecho romano *crimen repetundarum*, porque las cantidades exigidas ó tomadas se podian repetir, lo mismo que por nuestro derecho, segun hemos explicado en el n. 13, del tit. XXI de este libro.

por los actos de su empleo, y por él puede ser acusado aun durante el tiempo de su encargo (1): los jurados de imprenta que las reciban por la calificación de los impresos (2): los ciudadanos del Distrito y Territorios que en las elecciones populares las recibiesen por que salgan nombradas determinadas personas (3): los empleados públicos que hacen por interes alguna cosa respectiva á su oficio (4), y aun los particulares que se dejan corromper por dádivas para hacer lo que se les pide, aunque sea contra justicia, como el abogado ó procurador que venden á su cliente, y el testigo que depone por interes (5).

6. Las leyes no señalan pena para todos los que cometan este delito, y así es que nada dicen respecto del que cometa el Presidente ó los jurados de imprenta. A los ciudadanos que vendan su voto en las elecciones populares, se les priva por aquella vez de la voz activa y pasiva, y se les impone multa que no podrá bajar de seis pesos ni pasar de ciento; y no teniendo con que pagarla, se les condena á prision de uno á tres meses, publicándose todo en algun periódico (6). Respecto de los empleados solo se encuentra prevenido para los de la tesorería general la privacion del empleo por el mismo hecho de recibir cualquier obsequio bajo cualquier pretexto (7). En el núm. 3 hemos referido las penas que las leyes señalan al abogado (8) que falta á la fidelidad de su encargo, sin que en ellas se distinga si lo hizo por interes ó sin él, y en el núm. 9 hablaré

(1) Art. 38 y 107 de la constitucion federal. — (2) Art. 36 de la ley de 14 de octubre de 1828. — (3) Art. 46 de la ley de 12 de julio de 1830. — (4) Gutierrez, Práct. crimin. tom. 3, cap. 7, n. 8. — (5) El mismo, ibid. — (6) Art. 48 de la ley de 12 de julio de 1830. — (7) Art. 21 de la ley de 26 de octubre de 1830. — (8) Lo que en este n. 6 y en el 3 se dice del prevaricato é infidelidad del abogado, lo extienden los autores á la del procurador. Gutier. Práct. crimin. tom. 3 cap. 7, n. 9.

mos de las que se imponen al testigo falso, respecto del cual tampoco se distingue si lo hizo por cohecho ó no.

7. En orden al que cometen los jueces, lo distinguen los autores en *baratería*, que es cuando el juez recibe dádivas sin faltar á la justicia, como v. g. por abreviar la decision, y en *cohecho* propiamente dicho, que es cuando se recibe alguna cosa por un fallo injusto. De este delito puede acusar cualquiera del pueblo, y se prueba por testigos singulares, que deben ser lo ménos tres, si son los mismos interesados en los diferentes cohechos, bastando dos aun cuando depongan de diferentes actos, si estos prueban un mismo cohecho, y á veces uno solo concurriendo otros administrados, segun la naturaleza y graduacion del caso (1). Las leyes de Partida distinguen las sentencias dadas por cohecho en causa civil de la que se diere en causa criminal, imponiendo por la primera la pena de pagar al fisco el triplo de lo recibido, ó el duplo si no lo habia recibido, y la nulidad de la sentencia, aun cuando no apelase aquel contra quien se dió (2), y por la segunda destierro perpetuo y confiscacion de bienes, la que podria redimirse pagando el cuádruplo de lo recibido á los herederos del condenado, y el triplo al fisco, ó el duplo á unos y otro si no se habia recibido lo prometido (3). Las de la Recopilacion (4) prohiben indistintamente que los jueces reciban de ninguna persona, ninguna clase de obsequios de poco ó mucho valor, bajo la pena de perder el empleo, quedar inhábiles para otro, y de pagar al fisco lo recibido con el duplo de su valor; y confor-

(1) Tapia, Febrero novisimo, tom. 7, Prontuario de delitos, artículo *Soborno*, citando á Vilanova. — (2) L. 24, tit. 22, P. 3, vers. *Pero si*. — (3) L. 25, tit. y P. cit. vers. *E si tal juicio*. — (4) L. 36, tit. 5, lib. 2 y 5, tit. 9, lib. 3 de la R., ó 9, tit. 2, lib. 4 y 7, tit. 1, lib. 11 de la N.

mándose con estas, aunque no en la generalidad con que se les prohíbe recibir obsequios, la de 24 de marzo de 1813 previene que el magistrado juez que juzgare contra derecho á sabiendas por soborno ó cohecho, esto es, porque á él ó á su familia se le dé ó prometa alguna cosa, sea dinero ú otros efectos, ó esperanzas de mejor fortuna, además de perder el empleo, quedar inhábil para otro, pagar á la parte agraviada las costas y perjuicios, y siendo en causa criminal sufrir la pena que hizo sufrir al procesado, se le declare infame, y se le obligue á pagar lo recibido con el tres tanto para los establecimientos de instruccion (1); y el que por sí ó por su familia á sabiendas reciba, ó se convenga en recibir alguna dádiva de los litigantes, ó en nombre, ó en consideracion de estos, aunque no llegue á juzgar contra justicia, pagará lo recibido con el tres tanto para el mismo objeto, perderá el empleo y quedará inhábil para los de judicatura (2).

8. Al sobornador en causa criminal, siendo el acusador, le condena la ley (3) á perder la demanda, et dar por quitó al acusado, et sobre todo debe recibir tal pena en aquella manera que de suso dijimos (4) del judgador que toma algo por el juicio que ha de dar en tal pleito como este; y siendo el acusado, debe haber tal pena como si conociese ó le fuese probado lo que ponen en la acusacion contra él, ménos en el caso de que fuese cosa cierta que no habia cometido el delito de que se le acusaba; y en causa civil, debe pagar el tres tanto de lo que dió, ó el dos si sólo lo habia prometido y no dado, y pierde el derecho que tenia en el pleito (5); pero si se denunciare á sí mismo el sobornador, queda libre de la pena que por esto merecia, á ménos que resulte haber dicho mentira (6).

(1) Art. 3. — (2) Art. 4 de la ley de 24 de marzo de 1813. — (3) L. 26, tit. 22, P. 3. — (4) L. 25, tit. y P. cit. — (5) L. 26, cit. — (6) L. 6, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 1, lib. 11 de la N.

9. Una ley de Indias (1) previene que los testigos falsos sean castigados con todo rigor conforme á las de Castilla, y una de la Recopilacion (2) que con la mas rigurosa exactitud y observancia, se ejecuten las leyes que hay contra ellos y los falsos delatores en todo género de causas asi civiles como criminales, sin ninguna dispensacion ni moderacion, y segun ellas al que depusiere falsamente contra alguna persona en causa criminal por delito que tenga pena corporal, se debe imponer la misma pena que se impondria al reo si se le probase el delito que se le imputa (3); y si la deposicion falsa fué en causa criminal, en que como explica Acevedo (4) no hubiera de imponerse al reo pena corporal, se señala al testigo la pena de vergüenza pública y servicio perpetuo de galeras, y en su defecto presidio; y si fuere en causa civil, vergüenza pública y diez años de galeras ó presidio, extendiéndose estas penas á los que hubiesen inducido á los testigos al falso testimonio (5), quedando conmutada en estas últimas la de quitar los dientes al testigo falso, que señalaba para estos dos últimos casos una ley (6) del Fuero Real.

10. El que vende ó compra á sabiendas con varas ó pesos falsos, debe pagar doblado el daño que causó, ser desterrado por cierto tiempo al arbitrio del juez, y las medidas ó pesos de que usaba se inutilizarán públicamente á la puerta de su casa (7). El que venda á sabiendas dos veces una misma cosa, debe volver el precio al último que la compró, y ser desterrado por cierto tiempo al arbitrio del juez (8). El medidor de tierras

(1) L. 3, tit. 8, lib. 7 de la R. de Indias. — (2) Aut. unic., tit. 17, lib. 8 de la R. ó l. 6, tit. 5, lib. 12 de la N. — (3) LL. 26, tit. 11, P. 3 y 4, tit. 17, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 6, lib. 12 de la N. — (4) Acevedo, sobre la l. 4, cit. n. 93. — (5) L. 7, tit. 17, lib. 8 de la R., ó 5, tit. 6, lib. 12 de la N. — (6) L. 3, tit. 12, lib. 4 del Fuero Real. — (7) L. 7, tit. 7, P. 7. — (8) La misma.

y el contador que á sabiendas dieron á uno mas y á otro ménos de lo que les corresponde, deben pagar al perjudicado lo que le dieron de ménos, si este no lo recobrare del que lo recibió de mas, á quien puede pedirse; y ademas segun la ley (1) el juez puede poner pena por ende al medidor, y debe poner pena por ello al contador, ambas segun su albedrio.

11. Con respecto al que hace moneda falsa, son varias las disposiciones que se contienen en las Partidas y en la Recopilacion, y antes de exponerlas advertimos con Gregorio Lopez y Acevedo (2) que se dice falsa toda moneda hecha por quien no tiene autorizacion para fabricarla. Por las leyes de Partida (3) el que hace moneda falsa, cereena la verdadera, da ayuda ó consejo á los que la fabrican, ó la encubre en su casa, debe morir y perder todos sus bienes; y el que pinta la que tiene mucho cobre para que parezca buena, ó hace alquimia, queda sujeto á pena arbitraria; y la casa en que se fabrique la moneda debe ser confiscada, ménos en los casos siguientes: 1º Si el dueño de ella estaba tan lejos que no pudiese saberlo, ó luego que lo supo lo descubrió; 2º Si el dueño era viuda, que aunque estuviese cerca no lo podia saber; 3º Si era menor de catorce años, aunque en este caso debe pagar el tutor la estimacion de la casa, á ménos de que estuviese tan lejos que no pudiese saberlo.

12. Las leyes de la Recopilacion ordenan que ningun natural ni extranjero deshaga, funda, ni cereene las monedas de oro, plata ó cobre, bajo las penas de muerte, y perdimiento de sus bienes, mitad para el fisco y mitad para el juez y acusador (4); la misma pena de muerte se impone al que sacare alguna de las casas

(1) L. 8, tit. 7, P. 7. — (2) Greg. Lop. glos. 2 de la ley 9, y Aceved. sobre la 15, tit. 17, lib. 8 de la R. — (3) LL. 9 y 10, tit. 7, P. 7. — (4) L. 67, tit. 21, lib. 5 de la R., ó 3, tit. 8, lib. 12 de la N.

de moneda ántes de estar perfectamente acabada (1): que el que introduzca moneda falsa, la reciba, ayude á su entrada ó la recepte, sufra pena de muerte á fuego, y pierda los bienes desde el día del delito, y los barcos, recuas ó carros en que hubiere entrado, aunque haya sido sin noticia del dueño de ellos, y sin que valga la excepcion de ser menor de edad ó extranjero (2): que el intento de introducir ó recibir la moneda, aunque no tenga efecto, se castigue con pena capital, y los que tuvieren noticia de la entrada y no la avisaren, sean condenados á galeras, y pierdan sus bienes (3): que para la comprobacion de este delito basten pruebas privilegiadas, ó tres testigos singulares que depongan cada uno de hecho, y que el cómplice que denuncie al compañero, estando donde se pueda prender, queda libre (4): que ninguno tenga ni dé en pago moneda que no sea labrada en alguna de las casas autorizadas de moneda, so pena de cuatro años de destierro y pérdida de la mitad de sus bienes (5). Al que falsifica los sellos para el papel sellado, se señalan las mismas penas que al falsificador de moneda, y el hecho se prueba tambien con tres testigos singulares (6). Por el decreto de 1 de noviembre de 1841, se castiga con presidio al falsificador de moneda. Por el decreto de 21 de setiembre de 1842 se hizo extensiva esta pena á los falsificadores de papel sellado y naipes.

(1) L. 23, tit. 21, lib. 5 de la R., omitida en la N. — (2) Cap. 6, hasta 11 del aut. 22 repetidos en parte de los autos 25 y 26, tit. 21, lib. 5 de la R., ó l. 4, tit. 8, lib. 12 de la N. — (3) Aut. 22, tit. 21, lib. 3 de la R., ó l. 4, tit. 8, lib. 12 de la N. — (4) La misma. — (5) La misma. Véase la nota del n. 30, tit. 10, lib. 2. — (6) Art. 5 del bando de 27 de octubre de 1783 que se halla en el 2 tom. de Montemayor y Beloña, n. 50, aprobado por cédula de 22 de julio de 1784.

## TITULO XXVII.

## DEL ADULTERIO Y DEMAS DELITOS DE INCONTINENCIA.

Tit. 17, P. 7, tit. 14, 19, 20 y 21, lib. 8 de la Recopilacion, ó 26, 27, 28, 29 y 30, lib. 12, de la Novísima y tit. 8, l. 7, R. 1.

- |  |   |
|--|---|
| 1. Qué es <i>Adulterio</i> .                                 | 11, 12 y 13. Del <i>Estupro</i> : su acusacion y penas.             |
| 2. Casos en que no lo es el acceso con muger casada.         | 14 y 15. Del <i>rapto</i> y sus penas.                              |
| 3. Quiénes pueden acusar del, y en qué término.              | 16. De la <i>Fuerza</i> á mugeres, y sus penas.                     |
| 4. Penas del adulterio.                                      | 17. De la <i>Sodomia y Bestialidad</i> , y sus penas.               |
| 5. Se castiga como adultero el tutor que abusa de su pupila. | 18. De la <i>Prostitucion</i> , y sus penas.                        |
| 6. De la <i>Bigamia</i> , ó matrimonio doble, y sus penas.   | 19. Del <i>Amancebamiento</i> y sus penas.                          |
| 7. A quien corresponde el conocimiento de este delito.       | 20 y 21. Del <i>Lenocinio</i> ó alcahuetería: sus especies y penas. |
| 8, 9 y 10. Del <i>Incesto</i> : quién                        |   |

1. *Adulterio*, segun la ley de Partida (1), es *yerro que home faze á sabiendas yaciendo con muger casada ó desposada con otro*, entendiéndose por la palabra desposada de que usa, los esponsales de presente, que ántes del concilio de Trento constituian verdadero matrimonio, el cual es, como prueba Acevedo (2), absolutamente necesario para que haya adulterio, el que segun indica la definicion, por derecho civil, solo lo hay cuando la muger casada se une á otro hombre; mas por el canónico se verifica tambien cuando el hombre casado se une á otra muger aunque sea soltera, y se

(1) L. 1, tit. 17, P. 7, — (2) Aceved. en la l. 3, tit. 20, lib. 8 de la R.

distingue en doble cuando ambos son casados, y simple cuando lo es uno solo.

2. El hombre que se une con muger casada no sabiendo que lo es, no queda sujeto á la pena de adulterio, como tampoco la muger que se une á otro teniendo noticias dignas de crédito de que su marido ha muerto (1); mas no se exime de la pena aunque se pruebe que el matrimonio de la muger era nulo por parentesco ó cualquiera otro motivo (2); pero si, en opinion de Antonio Gomez (3) y Acevedo (4), si la nulidad proviniese de falta de consentimiento.

3. Por el derecho de las Partidas (5) podian acusar á la muger de adulterio su marido, padre, hermanos y tíos, y ella á su marido; mas por el de la Recopilacion (6) solo se concede este derecho al marido, contra quien no lo da la ley á la muger, la que sin embargo puede intentar el divorcio por el adulterio de aquel (7). La acusacion ha de ser contra ambos delinquentes, y no contra uno solo (8), aunque Acevedo (9) opina que podrá acusarse á uno solo, si el otro es ya muerto; y en el caso de que uno esté presente, y el otro ausente, juzga que debe acusar á los dos siguiendo la causa contra el uno como presente, y contra el otro como ausente (10), aunque otros autores á quienes él cita son de opinion de que puede acusarse á solo el presente, fundados en las palabras: *ó á cualquiera de ellos*, de que usa la ley (11). Esta acusacion puede hacerse dentro

(1) L. 3, tit. 17, P. 7. — (2) L. 4, tit. 20, lib. 8, de la R. ó 4, tit. 28, lib. 12 de la N. — (3) Ant. Gom. sobre la l. 81 de Toro, que es la 4 cit., n. 48. — (4) Aceved. en la l. 4 cit., n. 23 y sig. — (5) L. 2, tit. 17, P. 7. — (6) L. 2 al fin, tit. 19, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 26, lib. 12 de la N. — (7) LL. 2 y 13, tit. 9, P. 4. — (8) L. 2, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 28, lib. 12 de la N. — (9) Aceved. en la l. 2 sobre aquellas palabras: *Siendo vivos*.

(10) Hoy no puede seguirse causa al reo ausente segun manifestaremos al tratar del juicio criminal.

(11) L. 3, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 28, lib. 12 de la N.

de los cinco años contados desde que se cometió el adulterio; pero si se verificó mediando fuerza, puede hacerse dentro de treinta; y como el delito es de aquellos que se cometen con mucha precaucion, por lo que es de muy difícil prueba, puede probarse con sospechas vehementes, segun asienta Gomez (1), conforme á dos leyes de Partida (2) que ponen ejemplos. La 7, 8 y 9 del titulo 17 de la Partida 7 ponen las excepciones que puede alegar la muger.

4. La 13 del titulo 17 de la Partida 7 señalaba al adúltero la pena de muerte, y á su cómplice la de ser azotado públicamente y encerrada en algun monasterio, perdiendo la dote y arras, que se aplicarán al marido. Por una de la Recopilacion (3) debian ser entregados los adúlteros al marido ofendido para que hiciese de ellos lo que quisiese; pero con la restriccion de no poder dar muerte á uno dejando vivo á otro, y se le aplicaban los bienes del que no tenia hijos legítimos: sin que valiera á la muger la excusa de que su marido habia cometido tambien adulterio; y por otra (4) se le facultaba para quitarles la vida por su propia autoridad hallandolos en el delito; pero entónces no le correspondian los bienes de ellos (5): mas esta facultad, segun el juicio de Gutierrez (6), debe reputarse comprendida en la resolucion posterior (7) que *prohibe á todos generalmente, sin excepcion de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio ó injuria, bajo las penas impuestas*; de manera que el marido que en el arrebató de indignacion que debe causarle el sorprender á su muger en el acto de ofenderle,

(1) Aut. Gom. sobre la l. 81 de Toro, n. 50. — (2) LL. 12, tit. 14, P. 3, y 14, tit. 17, P. 7. — (3) L. 1, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 28, lib. 12 de la N. — (4) L. 3, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 28, lib. 12 de la N. — (5) L. 7, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 28, lib. 12 de la N. — (6) Práct. crimin., tom. 3, cap. 9, n. 33. — (7) Aut. 2, tit. 8, lib. 8 ó 1, 3, tit. 20, lib. 12 de la N.

diere la muerte á ella, á su cómplice ó á los dos, no puede decir que usa del derecho que la ley le concedia y hoy le niega; pero si alegar las circunstancias del caso como excepcion que otra ley (1) le da para redimirlo de la pena de homicida, segun hemos explicado ya en otra parte (2). Mas estas penas observa Gutierrez (3) que no se observan, y en su lugar se aplican otras arbitrarias y mas suaves, atendidas todas las circunstancias, como la de presidio, destierro ó multa al adúltero; y la de destierro ó reclusion á su cómplice.

5. En las Partidas (4) se señala la pena de adulterio al tutor que se casare con la pupila que tuviere en guarda, ó la diere por muger á su hijo ó nieto, á ménos que su padre hubiese convenido en los esponsales en su vida, ó lo dispusiese así en su testamento, aunque segun Gregorio Lopez (5) no debe tener lugar esta disposicion, y da por razon que la contradice el derecho canónico; y si el tutor sin casarse con su pupila la violase, segun la misma ley deberia ser perpetuamente desterrado, y confiscados sus bienes, si no tenia ascendientes ó descendientes dentro del tercer grado.

6. El *matrimonio doble* es un adulterio calificado por las circunstancias de contrato y sacramento que le son anexas. Se le da el nombre de *bigamia* cuando es con dos personas, y de *poligamia* cuando es con mas, aunque con ellos se designa tambien el estado de una persona que ha tenido sucesivamente dos ó mas maridos, por lo cual se distingue la bigamia ó poligamia en simultánea ó sucesiva. Al matrimonio de una muger con muchos varones se llama *poliandria*. No hablamos aqui de la poligamia sucesiva, que es inocente, sino de la simultánea, de la que la ley de Partida (6) se

(1) L. 4, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 21, lib. 12 de la N. — (2) En el n. 31 del tit. 24 de este lib. 2. — (3) Práct. crimin., tomo 3, cap. 7, n. 34. — (4) L. 6, tit. 17, P. 7. — (5) Gregor. Lop., glos. 1 de la misma. — (6) L. 16, tit. 17, P. 7.

explica así: *Maldad conocida fazen los omes en casarse dos veces á sabiendas viviendo sus mugeres, é otrosi las mugeres sabiendo que son vivos sus maridos, y le señala la pena de destierro á una isla por cinco años y pérdida de los bienes que tuviere en el lugar en que cometi6 el delito, que se aplicarán por mitad al engañado y al fisco, no teniendo hijos ó nietos. Por las leyes de la Recopilacion se debia poner con un hierro ardiendo en la frente al poligamo una Q. (1) y condenársele en la pena de alevé y pérdida de sus bienes (2), y los cinco años de destierro de que habla la ley de Partida debían ser de galeras (3); pero la mas reciente (4) declara que en caso que seles (á los que se casan dos veces) habia de imponer pena corporal y señal, se commute en vergüenza pública y diez años de servicio de galeras; pero este rigor, segun observan varios autores (5), se ha mitigado algunas veces condenando á los reos á seis ó mas años de presidio; y por lo que hace á la muger se commuta en reclusion la pena de galeras ó presidio; y si el delincuente fuere de los que se llamaban indios, ántes de imponerle pena alguna, se le debe amonestar y separar de la cohabitacion; y si amonestado dos veces continuare cohabitando, será castigado para su enmienda y ejemplo de los demas (6), no permitiéndose ni aun á*

(1) Gomez sobre la l. 80 de Toro n. 27 dice: que algunos literatos creen alterada la ley por descuido del escribiente, poniendo Q en lugar de B, que significa Bigamo: que otros dicen que la señal debia ser esta + para indicar que el delincuente era sospechoso en la fe; y segun otros esta II, para dar á entender que aquel habia contraido dos matrimonios. *Nota de Gutierrez.*

(2) LL. 3 y 6, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 6 y 7, tit. 28, lib. 12 de la N. — (3) L. 7, tit. 1, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 28, lib. 12 de la N. —

(4) L. 8, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 9, tit. 28, lib. 12 de la N. —

(5) Gutierrez, Pract. crim., tom. 3 cap. 9, nota al n. 36. Colon. Juzgados militares, tom. 4, artículo *Casados dos veces*. Escriche, Dicción. de legisl., artículo *Poligamia*.

(6) L. 4, tit. 1, lib. 6 de la R. de Indias.

los que sean infieles que tengan mas de una muger (1).

7. Por la cédula de 19 de marzo de 1754 dirigida á estos dominios, se declaró el delito de matrimonio doble de fuero mixto, pudiendo conocer á prevencion las justicias ordinarias y el extinguido tribunal de la Inquisicion; y aunque por la de 8 de setiembre de 1766 se declaró privativo del mismo tribunal el conocimiento de estas causas, por la de 10 de agosto de 1788 se hizo extensiva á estos dominios la declaracion hecha en 5 de febrero de 1770 (2) á favor de las justicias ordinarias de España, decidiendo ser de su exclusiva competencia el conocimiento en causas de matrimonio doble bajo las siguientes reglas: que las justicias ordinarias conozcan privativamente de este delito imponiendo á los reos las penas que señalan las leyes (3): que siempre que resulte mala creencia acerca del sacramento, se entregue el reo al tribunal de la Inquisicion (que extinguió el decreto de 22 de febrero de 1813, restituyendo á los obispos y sus vicarios la facultad de conocer en las causas de fe), para que castigado con las penas correctorias y penitenciales, se remita á la justicia ordinaria para que ejecute las afflictivas, y le imponga ademas las que mereciere segun las leyes: que si de los autos obrados no resultaren indicios de mala creencia, no tendrá el juez ordinario que dar parte al eclesiástico, aunque este no estará impedido para hacer por si las averiguaciones correspondientes; y si por ellas encontrare motivo para continuar, pasará oficio al juez civil para que le remita al reo (4): que si el eclesiástico tu-

(1) L. 3 del mismo. — (2) L. 10, tit. 28, lib. 12 de la N. —

(3) LL. 16, tit. 17, P. 7, y 8, 6 y 7, tit. 1, lib. 3 de la R., ó 6, 7 y 8, tit. 28, lib. 12 de la N., que expresamente se mencionan en la cédula.

(4) Conforme al decreto de 22 de febrero de 1813 no puede tener lugar la remision del reo al eclesiástico, sino que permanecerá en el arresto que solo puede imponerle el juez civil que lo tendrá á disposicion de aquel mientras dure el juicio.

viere noticia ántes que el juez civil de algun matrimonio doble, dará aviso á este para que le aprenda y formalice el proceso: que si indiciado alguno de estos delin-  
cuentes de falsa creencia fuese absuelto por el eclesiástico, remita este al juez civil testimonio de la sentencia para que se una á los autos que el último hubiere formado: que los jueces ordinarios puedan por sí, usando de sus facultades ordinarias, adquirir las pruebas, pedir certificaciones etc., y cuando tuvieren que examinar algun testigo ó pedir algun documento de agena jurisdiccion, se valgan de los exhortos y suplicatorias correspondientes, como en los demas pleitos; y si no se les quisiere dar cumplimiento, ocurran al tribunal superior para que los auxilie: que si el reo dijere de nulidad del primer matrimonio ó de los anteriores al que ocasionó su prision, se le oirá por el eclesiástico, sin perjuicio de que el juez civil siga adelante en el proceso sobre el matrimonio doble, pues aunque se declare la nulidad del primero ó de los anteriores por el eclesiástico, el reo incurre en la pena de la ley (1) por solo el hecho de casarse ántes que se declarase nulo su anterior matrimonio; y por último, que el juez eclesiástico aplique al reo las penas puramente correctorias penitenciales y medicinales, dejando al civil la imposicion de las mas graves.

8. El incesto es el acceso carnal con muger con quien no puede contraerse legitimamente matrimonio (2), y por eso segun la ley (3) se comete: 1º con la parienta de consanguinidad ó afinidad hasta el cuarto grado, computado segun Acevedo (4), conforme al de-

(1) L. 6, tit. 1, lib. 3 de la R., ó 7, tit. 28, lib. 12 de la N.

(2) *Flagitium quod committitur cum ea, cum qua aliquis non erat futurum legitimum, matrimonium, ut cum matre, sorore, sacris virginibus, aut similibus.*

(3) LL. 13, tit. 2, P. 41, tit. 48, P. 7, y 7, tit. 20, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 29, lib. 12 de la N. — (4) Aceved. en la l. 7, nn. 29 y 30.

recho canónico, pues hasta ese llega el impedimento del matrimonio. Y aunque la ley de la Recopilacion (1) dice *con cuñada* sin expresar grados, la de Partida (2) señala en la afinidad el mismo que en la consanguinidad, que es el cuarto. En cuanto á la afinidad proveniente de cópula ilícita, el impedimento para contraer matrimonio, como hemos dicho en otra parte (3), no pasa del segundo grado, y supuesta la definicion que hemos dado del incesto, parece que no deberá decirse incestuoso al acceso sino dentro de ese grado; mas sin embargo Acevedo examina la cuestion con presencia de esta razon, y no se atreve á resolverla (4); 2º Con la comadre ó madrina; 3º Con la religiosa profesada; y 4º Por la muger que se une á hombre de diversa religion.

9. Por la ley de Partida (5) cualquiera del pueblo puede acusar al incestuoso ante el juez del lugar en que se cometió el delito ó ante el que lo fuese del delincuente, y puede ser acusado de él todo el que lo cometa, no siendo mozo menor de catorce años, ó moza de doce; y aunque Vilanova asienta (6) citando la misma ley, que el juez podia proceder de oficio contra el reo de este delito, ni ella lo dice expresamente, y él mismo asegura no practicarse.

10. Las penas que en el Fuero Juzgo (7) y en el Fuero Real (8) se prescriben á los incestuosos, se reducen á la separacion de ellos, reclusion perpetua en monasterios para hacer penitencia, ó al destierro y á la aplicacion de sus bienes á los hijos ó parientes; mas por la ley de Partida (9) se impone así al hombre como á la muger la pena que á los adúlteros, no mediando casa-

(1) L. 7, tit. 28, lib. 8 de la R., ó 1, tit. 20, lib. 12 de la N. — (2) L. 1, tit. 48, P. 7. — (3) Lib. 1, tit. 4, n. 12. — (4) Aceved. en la l. 7, nn. 29 y 30. — (5) L. 2, tit. 48, P. 7. — (6) *Materia crimin.*, tom. 3, Observ. 41, cap. 28. — (7) LL. 1 y 2, tit. 3, lib. 3. — (8) LL. 1, 2 y 3, tit. 8, lib. 4. — (9) L. 3, tit. 48, P. 7.

miento, á la que añade la de la Recopilacion (1) la confiscacion de la mitad de los bienes; y si mediare casamiento sin dispensa, señala la de Partida contra el incestuoso que fuere honrado la pérdida de la honra y empleos honoríficos, la confiscacion de todos sus bienes si no tiene hijos legítimos de otro matrimonio, y destierro perpetuo á una isla, y contra el que fuere vil, ademas del destierro, la pena de azotes públicos. La dote y arras que se hubieren dado por razon de tal casamiento, se confiscan tambien por haber habido torpeza de parte de ambos conforme á la ley de Partida (2) que hemos explicado en otra parte (3). Nada dicen las leyes del incesto cometido entre ascendientes y descendientes que sin duda es mas torpe que el cometido entre colaterales, y parece debia castigarse con mayor rigor, como tampoco del cometido entre hermanos, aunque respecto de este cree Gutierrez (4) que las leyes comprenden á la hermana bajo la palabra *parienta*.

11. El *Estupro* es el acceso carnal con doncella ó viuda honesta. Para que lo haya exige Vilanova (5) que la muger no consienta lisa y llanamente, en cuyo caso seria, segun él, simple fornicacion, sino mediante la violencia, en engaño, la seduccion, temor ú otra causa, sin que baste al estuprador para eximirse de la pena el decir que fué con consentimiento de la muger (6), aunque si prueba que fué incitado por ella, pierde esta, segun el mismo autor, las acciones y privilegios de las honestas y recatadas.

12. Pueden acusar de este delito la ofendida, si es *sui juris*, ó su padre, tutor ó curador; y aunque la

(1) L. 7, tit. 20, lib. 8 de la R., ó 1, tit. 29, lib. 12 de la N. — (2) L. 51, tit. 14, P. 5. — (3) Lib. 2, tit. 21, n. 13 al fin. — (4) Materia crimin., tom. 3, Observ. 11, cap. 23, nn. 2, 3 y 4. — (5) Práct. crimin., tom. 3, cap. 9, n. 28. — (6) L. 1, tit. 19, P. 7.

ley (1) concede á la viuda honesta y recogida la misma accion que á la doncella, la práctica general se la niega ya, y su acusacion no se admite sino en el caso de que medie violencia, ni el juez procede de oficio sino cuando por la reincidencia degenera en concubinato (2). Y aunque antiguamente, á instancia de la muger que justificaba estar estuprada, se ponía preso desde luego al acusado, hoy está mandado (3) que dándose por el reo fianza de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado, no se le moleste con arresto ni prisiones; y si el reo no tuviese con que afianzar de estar á derecho, pagar juzgado y sentenciado, ó de estar á derecho solamente, se le deje en libertad guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel, prestando caucion juratoria de prestarse siempre que le fuere mandado, y de cumplir con la determinacion que se diere en la causa.

13. Por la ley de Partida (4) el estuprador siendo honrado debia perder la mitad de sus bienes, y siendo vil debia ser azotado públicamente y desterrado por cinco años, y si era sirviente de la casa debia ser quemado; pero mitigado generalmente el rigor de las leyes que señalan las penas por los delitos de lujuria, se guarda en este lo que dispone el derecho canónico (5), á saber: que el estuprador se case con la estuprada ó la dote, y reconozca la prole si la hubiere. Y aunque se deja opcion al estuprador para escoger uno ú otro, si la muger ó sus padres resisten el casamiento y su dissenso es racional y justo, puede obligarsele á que la

(1) La misma y 2 siguiente. — (2) Vilanova, Materia crimin., tom. 3, Observ. 11, cap. 23, n. 10, y Tapia, Febrero novísimo, tom. 7, Prontuario de delitos, artículo *Estupro*. — (3) L. 4, tit. 29, lib. 12 de la N., que es la cédula de 30 de octubre de 1796. — (4) L. 2, tit. 19, P. 7. — (5) Decretales de Gregorio IX de *Adult. et Stupro*.

dote (1), regulándose por el prudente arbitrio del juez, atendidas las circunstancias de uno y otro (2), pues el reo solo está tenido en cuanto pueda (3); pero si su padre es rico, deberá pagar por el hijo (4), y si escoge dotarla, se le impone segun Gomez (5) otra pena ligera; mas si su resistencia es infundada y por capricho, prestándose el estuprador al casamiento, queda relevado de la obligacion de dotarla. Mas si el delito se cometió en despoblado, ó la muger era aun incapaz del acto, por no tener doce años, ó de dolo por no tener siete, en cuyos dos casos se llama *estupro inmaturo*, ó aunque fuese adulta se usó de la fuerza, se castiga con pena corporal al arbitrio del juez, atendiendo á las circunstancias (6). Y si el estuprador es vil y la estuprada distinguida, se agrava la pena (7), y mas si es criado ó doméstico de la estuprada, ó si se cometió el estupro abusando de la amistad, hospedaje y confianza de la casa donde estaba (8), ó la estuprada residia en la del estuprador como huésped, pupila, criada ó dependiente (9); debiendo notar aquí que por decreto de 20 de enero de 1784 (10) se renovaron las leyes que tratan de imponer pena á los domésticos que abusan de la confianza de las casas para seducir á las hijas, parientas y criadas, cuyas disposiciones cree Gutierrez (11) no pueden ser otras que la ley 2 tit. 19 de la Partida 7, la 4 del tit. 20 del lib. 6, y 6 del tit. 20 del lib. 8 de la

(1) Vilanova, Mater. crim., tom. 3, Observ. 11, cap. 23, n. 33. — (2) Vilanova, Mater. crimin. tom. 3, Observ. 11, cap. 23, n. 24. — (3) El mismo lug. cit., n. 30. — (4) El mismo lug. cit., n. 34. — (5) Ant. Gom., en la ley 80 de Foro, n. 3 y sig. — (6) Tapia, Febrero novísimo, tom. 7, Prontuario de delitos, artículo *Estupro*. — (7) L. 2, tit. 17, P. 7. — (8) L. 2, tit. 19, P. 7, y la 4 del mismo título y Partida. — (9) Vilanova, Mater. crimin., tom. 3, Observ. 11, cap. 23, n. 35. — (10) Nota 1 al tit. 2 del lib. 10 de la N. — (11) Práct. crimin., tom. 3, cap. 9, n. 19.

Recopilacion, que son la 3 y 2 del tit. 29 del lib. 12 de la Novísima, cuyo rigor juzga que debe mitigarse. Por costumbre no se impone pena á la estuprada aunque lo haya sido voluntariamente (1).

14. *El Rapto* es el robo que se hace de alguna muger para corromperla, ó casarse con ella: puede hacerse valiéndose de la violencia, y entónces es rapto de fuerza, ó de los alhagos y artificios, y entónces es de seduccion: el primero es un crimen contra la persona robada y su familia, y el segundo contra los padres, marido ó tutor de la seducida. De este delito pueden acusar los parientes de la robada ó cualquiera del pueblo conforme á la ley de Partida (2); segun Vilanova (3) puede el juez proceder de oficio, citando en apoyo la misma ley que no lo dice, y limitando despues (4) esta doctrina al rapto de fuerza.

15. Segun la ley de Partida (5) el raptor de doncella (aunque fuese su esposa), de casada, religiosa ó viuda honesta, y los que á sabiendas le auxiliaren al rapto, incurrén en pena de muerte, y sus bienes se aplican á la ofendida, á ménos de que voluntariamente se case con aquel, en cuyo caso se aplican á sus padres si no consintieron en el rapto ni en el casamiento, pues consintiendo deberían ser del fisco, deduciendo siempre la dote y arras de la muger del raptor, si era casado, y las deudas que tenia hasta el dia en que cometió el delito, y siendo religiosa la robada serian del monasterio; mas si la muger no fuese de las clases referidas, debe castigarse al reo con pena arbitraria, atendidas las circunstancias de las personas, lugar y tiempo, sobre lo cual observa Escriche (6) que hablando la ley en su

(1) Vilanova, Materia crimin., tom. 3, Observ. 11, cap. 23, n. 48. — (2) L. 2, tit. 20, P. 7. — (3) Materia crimin., tom. 3, Observ. 11, cap. 24, n. 1. — (4) El mismo en el lug. cit., n. 6. — (5) L. 3, tit. 20, P. 7. — (6) Dicción. de legisl., artículo *Rapto*.

última parte de mugeres que no sean doncellas, viudas honestas, casadas ó religiosas, es claro que aunque el rapto sea de ramera, debe ser castigado, contra la opinion de Antonio Gomez (1) que no sujeta este rapto á pena alguna, cuya opinion impugna tambien Gutierrez (2).

16. *Fuerza* en la materia de que hablamos es la violencia que se hace á alguna muger para usar de ella. Las leyes de Partida (3) no distinguen este delito del rapto, y hablan indistintamente de uno y otro; pero como puede suceder que se cometa el uno sin el otro, ya porque se verifique el rapto dejando intacta á la muger, ó ya porque se haga á esta fuerza para gozarla sin extraerla de su casa, hemos creído conveniente hablar por separado, y debería entenderse, respecto de este delito lo que hemos dicho del rapto, si no encontráramos la disposición de la ley 2 del tit. 40 del lib. 12 de la Novísima (4), por la que se previene que así en la fuerza como en los demas delitos que en ella se expresan, no siendo tan calificados y graves que convenga á la república no diferir la ejecucion de la sentencia, se commute la pena ordinaria en la de galeras, con la cual ó con la de presidio se castiga en el dia, segun observan varios autores (5), á los forzadores de mugeres, no resultando herida ú otra desgracia, no siendo monjas, por cuya violencia debe imponerse siempre la pe-

(1) Sobre la l. 80 de Toro, n. 43. — (2) Práct. crimin., tom. 3, cap. 9, n. 24. — (3) LL. 1, 2, y 3, tit. 20, P. 7.

(4) Es la 8, tit. 41, lib. 8 de la R., sobre la cual se leen en el art. 6 de la l. 13, tit. 24, lib. 8 de la R., ó 7, tit. 40, lib. 12 de la N. estas palabras: *Declarando, como declaro, ser mi real intencion que no pueda servir de pretexto ni traerse á consecuencia para la commutacion, ni minoracion de las penas la ley 2 (en la Novísima), ni lo prevenido en la 6 de este titulo.* (El 40 en la Novísima, que es la 12, tit. 24, lib. 8 de la R.)

(5) Gutierrez, Práct. crimin., tom. 3, cap. 9, n. 23. Tapia, Fe-

na de muerte segun algunos (1). Respecto de los militares está prevenido (2): que el forzador de muger honrada, sea doncella, casada ó viuda, sea pasado por las armas; y si solo hubo esfuerzos para conseguirlo con intencion deliberada, se castiga con la pena de diez años de presidio ó seis de arsenales, no habiendo amenaza con armas, ni padeciendo la muger daño notable en su persona, pues en cualquiera de estos dos casos el esfuerzo se castiga con pena de muerte.

17. La *Sodomía*, á que llaman tambien *pederastia*, se comete segun la ley (3) *yaciendo unos con otros contra natura y costumbre natural*; se dice un delito execrable, y por eso se dice *nefando*, lo mismo que el de *bestialidad*. Las leyes antiguas (4) le señalaban penas muy severas, que por la de Partida (5) se redujeron á la de muerte simplemente, que segun la de la Recopilacion (6) debia ser á fuego, confiscándose los bienes, y dándose muerte en el de bestialidad al animal (7); aunque como observan los autores (8), mitigada en general la severidad de las penas contra los delitos de incontinencia, ni se encienden hogueras, ni se instruye á la juventud con espantosos suplicios de la existencia de esa horrible disolucion que debiera siempre ignorar.

18. La *prostitucion* es el tráfico vergonzoso que una muger hace de si misma, y á las que lo ejercitan se dan

brero novísimo, tom. 7, Prontuario de delitos, artículo *Fuerza*. Escriche, diction. de legisl., artículo *Rapto*. — (1) Gutier., lug. cit., n. 28 y Tapia, artículo *Fuerza*. — (2) Ordenanza del ejército, trat. 8, tit. 29, art. 82. — (3) Proemio del tit. 21, P. 7. — (4) LL. 3 y 6, tit. 3, lib. 3, del Fuero Juzgo que prevenian fuesen castrados, y la 2, tit. 9, lib. 4 del Fuero Real que mandaba que la castracion se hiciese en público, y los reos fuesen colgados de las piernas hasta que muriesen.

(5) L. 2, tit. 21, P. 7. — (6) L. 1, tit. 21, lib. 8 de la R., ó 1, tit. 30, lib. 12 de la N. — (7) L. 2, tit. 21, P. 7. — (8) Gutier., Práct. crim., tom. 7, cap. 9, n. 4. y Escriche, Diction. de legisl., art. *Pederastia*.

Los nombres de prostitutas, putas, meretrices, rameras ó mugeres públicas, así como á las casas donde concurren, los de burdel, lupanar ó manebía. Conforme á las leyes (1) las mugeres públicas deben prenderse donde quiera que se hallen, sea en los paseos causando nota, sea en las calles y plazas públicas, ó sea en sus casas, y encerrarse en la casa de reclusion por el tiempo que se crea conveniente; mas Gutierrez (2) y Escriche (3) dicen no observarse estas disposiciones en todo su rigor, sino es cuando alguna causa escándalo ó tiene pervertido algun hijo de familia no hombre casado, en cuyos casos se la destierra del lugar, ó se pone en reclusion, especialmente si se da queja contra ella, ó si desprecia las amonestaciones que se le hagan. Contra el hombre que usa de la ramera no hay pena señalada en las leyes, y de ahí infiere Gutierrez (4) que aunque ella resulte embarazada no podrá quejarse del autor de su preñez, ni exigirle indemnizacion alguna. Las manebías estan prohibidas bajo la pena á la autoridad que las consienta, de perder el empleo, y pagar la multa de cincuenta mil maravedis para el fisco, juez y denunciador (5), y al que á sabiendas alquilase su casa para este objeto, pérdida de ella y multa de diez libras de oro (6).

19. El amancebamiento, que llaman tambien concubinato, es el trato ilícito y continuado de hombre

(1) Autos 61., tit. 6. lib. 2, y 2, tit. 11, lib. 8 de la R., ó 1. 8, tit. 26, lib. 12, de la N. y su nota. — (2) Práct. crimin., tom. 7, cap. 8, n. 11. — (3) Diccion. de legisl., artículo *Muger pública*. — (4) Práct. crimin., tom. 7, cap. 9, n. 12. — (5) L. 8, tit. 19, lib. 8 de la R., ó 7. tit. 26, lib. 12 de la N. La dificultad de extinguir las manebías en las grandes poblaciones, y el perjuicio que ocasiona á la salud pública la admision en ellas de todo género de mugeres, hizo pensar al conde de Cabarrus sobre la necesidad de arreglarlas bajo la inspeccion de la policia en los términos que explica en su carta V.

(6) L. 2, tit. 22, P. 7.

y muger. No se encuentra prohibido ni en el Fuero Juzgo ni en otros códigos posteriores, y en el de las Partidas está expresamente tolerado por el tit. 14 de la 4, cuyo rubro es: *De las otras mugeres que tienen los omes, que no son de bendiciones*; mas por las leyes de la Recopilacion está dispuesto lo siguiente. Cualquier hombre que se lleva una muger casada, y la tiene públicamente por manceba, si no la entrega á la justicia luego que sea requerido por esta ó el marido, debe ademas de otras penas perder la mitad de sus bienes, para el fisco (1); teniendo presente que otra disposicion (2) posterior que habla de las mugeres casadas amancebadas con clérigo, fraile ó casado, previene que no puedan ser demandadas sino por sus maridos, ni la justicia proceder de oficio sino en el caso de que estos consientan en el concubinato de sus mugeres. Al casado que tuviere por manceba muger soltera, se le señala tambien la pérdida de la mitad de sus bienes para el fisco, y ademas el quinto de ellos por cada vez, que deberá depositarse en poder de uno ó dos parientes de la manceba, á quien lo entregarán si dentro de un año se saca, entra en monasterio ó prueba haber vivido honestamente, y en caso contrario se reparte entre el fisco, acusador y juez (3). El clérigo ó fraile amancebado debe sufrir las penas que impone el derecho canónico (4), de que se expresan algunas en las Partidas (5) y refiere Acevedo (6), y la manceba por primera vez la multa de un marco de plata, que en América debe ser doble (7), y un año de destierro del lugar: dos años y la misma multa por segunda; y por tercera sobre la multa se le

(1) L. 6, tit. 19, lib. 8 de la R., ó 2, tit. 26, lib. 12 de la N. — (2) L. 2, tit. y lib. cit. de la R., ó 4, tit. 26 y lib. cit. de la N. — (3) L. 5, tit. y lib. cit. de la R., ó 1, tit. y lib. cit. de la N. — (4) Concilio Trident., session 23, cap. 14, *De reformat.* — (5) Tit. 6 de la P. 1. — (6) Aceved. en la l. 1, tit. 19, lib. 8 de la R., n. 107. — (7) L. 5, tit. 8, lib. 7, R. de Indias.

señalaba la pena de cien azotes en público (1), pero á los que se llamaban indios no se les debe castigar con ese rigor ni con penas pecuniarias (2), y siendo mugeres se les debe obligar á irse á sus pueblos (3): y si el juez entendiere que algun clérigo tiene manceba pública en su casa, debe hacer de ello informacion, y hallándola bastante puede prender á la manceba, aun en la casa misma del clérigo (4), y no siendo en estos términos no podrán ser buscadas allí, sino despues de emplazadas y condenadas (5): y la que despues de haber sido manceba de clérigo casare con el criado de este ó con persona semejante para encubrir su delito, pero continuando en la casa, deberá ser castigada como manceba pública, lo mismo que si no fuera casada, y aunque su marido no la acuse, y diga que no quiere que se castigue (6). Las leyes no señalan pena al amancebamiento entre soltero y soltera seglares, y Tapia dice (7) que deberá imponerse arbitraria segun las circunstancias; mas el magistrado ó juez que fuere con-

(1) L. 1, tit. 19, lib. 8 de la R., ó 4, tit. 26, lib. 12 de la N. —

(2) L. 6, tit. 8, lib. 7 de la R. de Indias. — (3) L. 8, tit. y lib. cit.

(4) L. 2 tit 19, lib. 8, de la R. ó 4, tit 26, lib 12, de la N. Gutierrez en su Pract. crimin. tom. 3, cap 9, n. 7, dice: que la informacion contra el clérigo concubinario ha de ser secreta, tomando á los testigos juramento de que no revelarán su declaracion, y cominándoles con alguna pena en caso de hacerlo; y si por ella resultare el amancebamiento, se amonestará al eclesiástico por medio del párroco ó otro para que despida inmediatamente á la manceba, y á esta para que salga de su casa: si no lo hiciere, remitirá el juez testimonio de la informacion al prelado para que apremie al eclesiástico; y si aun asi no lo hiciere, dará cuenta al tribunal superior para que tome la providencia mas conveniente y conforme á las leyes. Lo mismo asienta Tapia en su Febrero Novísimo, tom. 7, Prontuario de delitos, artículo *Amancebamiento*.

(5) La misma ley y la 7, tit. 8, lib. 7 de la R. de Indias. —

(6) L. 3, tit. 19, lib. 8, de la R., ó 3, tit. 26, lib. 12 de la N. —

(7) Febrero novísimo, tom. 7, Prontuario de delitos, artículo *Amancebamiento*.

vencido de incontinencia pública, pierde el empleo y queda inhábil para volver á administrar justicia (1).

20. El *lenocinio*, alcahuetería ó rufianeria, es el delito que se comete solicitando ó sonsacando mugeres para usos lascivos con los hombres, ó encubriendo, concertando ó permitiendo en su casa estas comunicaciones; y al que lo comete se le llama lenón, alcahuete ó rufian, y la ley (2) los distingue en cinco clases, que son: 1ª La de los que guardan rameras públicas en el burdel tomando parte de su ganancia: 2ª La de los que como medianeros ó corredores solicitan á las mugeres que viven en sus propias casas para los hombres que les pagan por este vil servicio: 3ª La de los que tienen en sus casas mozas que se prostituyen con el objeto de percibir la ganancia que hacen por este medio: 4ª La de los maridos que entregan ó sirven de alcahuetes á sus propias mugeres; y 5ª La de los que por algun lucro franquean su casa para que los hombres disfruten de las mugeres, sin intervenir como medianeros ó corredores.

21. Todos estos pueden ser acusados por cualquiera del pueblo, y conforme á la ley de Partida (3) son infames y deberian castigarse los de la primera clase con el destierro de ellos y de las mugeres: los de la segunda con la de muerte si indujesen á mugeres doncellas, casadas, religiosas ó viudas honestas: los de la tercera debian dotar y casar á las mozas que tenian, y no haciéndolo se les señalaba la pena de muerte: los de la cuarta debian morir, y los de la quinta perder la casa y pagar diez libras de oro (4). Las leyes de la Recopilacion (5) sin hacer distincion de clases, señalan por primera vez, siendo mayores de diez y siete años, la pena

(1) Art. 6, cap. 1 de la ley de 24 de marzo de 1813. — (2) Lib. 1, tit. 22, P. 7. — (3) L. 4, tit. 6, P. 7. — (4) L. 2, tit. 22, P. 7. — (5) LL. 4, 3 y 10, tit. 11, lib. 8 de la R., ó 1, 2 y 3, tit. 27, lib. 12 de la N.

de vergüenza pública y diez años de galeras: cien azotes y galeras perpetuas por segunda, y muerte de horca por tercera, perdiendo ademas las armas y ropa que llevaren cuando se les aprenda, para lo que se faculta á cualquiera que los halle; pero con la obligacion de presentarlos inmediatamente á la justicia; mas ni unas ni otras penas estan en observancia, como advierten los autores (1): adoptándose por costumbre general de los tribunales en lugar de la capital la de sacar á los alcahuetes emplumados ó con una corozca en que se pintan figuras alusivas á sus delitos, añadiendo á los maridos una ensarta de astas de carnero al cuello (2), y destinando despues á los hombres á presidio, y á las mugeres á reclusion.

## TITULO XXVIII.

DE LAS USURAS, Y OTROS CONTRATOS QUE SE REPUTAN USURARIOS: DE LOS JUEGOS, JUGADORES Y VAGOS.

Titulos 6 y 7, lib. 8 de la Recopilacion, ó 22, 23 y 24, lib. 42 de la Novisima.

- |  |   |
|--|---|
| 1. Razon del método.   | 5. Del <i>Anticresis</i> y la <i>Mohatra</i> .                              |
| 2. Qué es <i>Usura</i> , y sus especies.                                   | 6. De los <i>Repartimientos</i> .   |
| 3. Penas de la usura y su prueba privilegiada.                             | 7. De las <i>Rifas</i> , y cómo pueden hacerse.                             |
| 4. No se entiendo prohibida la compensatoria, y á quanto puede extenderse. | 8. De la <i>Aseguración</i> .   |
|  | 9. De los <i>Juegos</i> , conforme á la pragmática de 6 de octubre de 1771. |

(1) Gutierrez, Práct. crimin., tom 7, cap. 9, n. 46. Escriche, Dicción. de legisl., artículo *Alcahuete*.

(2) Esta pena no está en práctica en nuestros tribunales.

- |  |  |
|--|--|
| 10. Otras disposiciones sobre juegos.    | 12. Quiénes se reputan vagos en el Distrito y Territorios, y penas que deben imponérseles. |
| 11. De la <i>Vagancia</i> , y sus penas. |  |

1. Aunque muchos de los delitos de que vamos á hablar son rigurosamente especies de hurto, y los que lo cometen se reputan en las leyes ladrones, por lo que parece que debería tratarse de ellos en el título XXV de este libro, como el autor, cuya distribucion de títulos hemos creído deber conservar, trata en este de la usura, que es el mas notable de todos, reservamos para este lugar hablar de los demas que él omitió.

2. *Usura* es la ganancia que viene del mutuo, ó aumento por razon del mutuo que debe pagar el mutuario de la suerte ó capital que recibió, sin que sea necesario que el mutuo sea expreso, pues basta el paliado, y se divide en *lucrativa*, que es la que se percibe solo para sacar algun provecho de la cosa prestada: *compensatoria* que es la que se percibe como indemnizacion de la pérdida que sufra el prestamista, ó de la ganancia de que se le priva por causa del préstamo: y *punitoria* que es la que se exige como pena de la morosidad ó tardanza del deudor en satisfacer la deuda (1). Los moralistas hacen otras divisiones de la usura, que podrán verse en ellos, pues para el objeto de esta obra solo conducen las expresadas.

3. Como la usura estubo permitida por las leyes antiguas de España, y la ejercitaban principalmente los judíos, las leyes que despues la prohibieron hablan por lo regular de aquellos y de sus contratos (2); pero hay sin embargo algunas que no se dirigen exclusivamente á ellos, sino que hablan en general, y por ella se declaran nulos los contratos en que intervenga usu-

(1) Escriche, Dicción. de legisl., artículo *Usura*. — (2) LL. 1 y 3, tit. 6, lib. 8 de la R., ó 1 y 3, tit. 22, lib. 12 de la N.

de vergüenza pública y diez años de galeras: cien azotes y galeras perpetuas por segunda, y muerte de horca por tercera, perdiendo ademas las armas y ropa que llevaren cuando se les aprenda, para lo que se faculta á cualquiera que los halle; pero con la obligacion de presentarlos inmediatamente á la justicia; mas ni unas ni otras penas estan en observancia, como advierten los autores (1): adoptándose por costumbre general de los tribunales en lugar de la capital la de sacar á los alcahuetes emplumados ó con una corozca en que se pintan figuras alusivas á sus delitos, añadiendo á los maridos una ensarta de astas de carnero al cuello (2), y destinando despues á los hombres á presidio, y á las mugeres á reclusion.

## TITULO XXVIII.

DE LAS USURAS, Y OTROS CONTRATOS QUE SE REPUTAN USURARIOS: DE LOS JUEGOS, JUGADORES Y VAGOS.

Titulos 6 y 7, lib. 8 de la Recopilacion, ó 22, 23 y 24, lib. 42 de la Novisima.

- |  |   |
|--|---|
| 1. Razon del método.   | 5. Del <i>Anticresis</i> y la <i>Mohatra</i> .                              |
| 2. Qué es <i>Usura</i> , y sus especies.                                   | 6. De los <i>Repartimientos</i> .   |
| 3. Penas de la usura y su prueba privilegiada.                             | 7. De las <i>Rifas</i> , y cómo pueden hacerse.                             |
| 4. No se entiendo prohibida la compensatoria, y á quanto puede extenderse. | 8. De la <i>Aseguración</i> .   |
|  | 9. De los <i>Juegos</i> , conforme á la pragmática de 6 de octubre de 1771. |

(1) Gutierrez, Práct. crimin., tom 7, cap. 9, n. 46. Escriche, Dicción. de legisl., artículo *Alcahuete*.

(2) Esta pena no está en práctica en nuestros tribunales.

- |  |  |
|--|--|
| 10. Otras disposiciones sobre juegos.    | 12. Quiénes se reputan vagos en el Distrito y Territorios, y penas que deben imponérseles. |
| 11. De la <i>Vagancia</i> , y sus penas. |  |

1. Aunque muchos de los delitos de que vamos á hablar son rigurosamente especies de hurto, y los que lo cometen se reputan en las leyes ladrones, por lo que parece que debería tratarse de ellos en el título XXV de este libro, como el autor, cuya distribucion de títulos hemos creído deber conservar, trata en este de la usura, que es el mas notable de todos, reservamos para este lugar hablar de los demas que él omitió.

2. *Usura* es la ganancia que viene del mutuo, ó aumento por razon del mutuo que debe pagar el mutuario de la suerte ó capital que recibió, sin que sea necesario que el mutuo sea expreso, pues basta el paliado, y se divide en *lucrativa*, que es la que se percibe solo para sacar algun provecho de la cosa prestada: *compensatoria* que es la que se percibe como indemnizacion de la pérdida que sufra el prestamista, ó de la ganancia de que se le priva por causa del préstamo: y *punitoria* que es la que se exige como pena de la morosidad ó tardanza del deudor en satisfacer la deuda (1). Los moralistas hacen otras divisiones de la usura, que podrán verse en ellos, pues para el objeto de esta obra solo conducen las expresadas.

3. Como la usura estubo permitida por las leyes antiguas de España, y la ejercitaban principalmente los judíos, las leyes que despues la prohibieron hablan por lo regular de aquellos y de sus contratos (2); pero hay sin embargo algunas que no se dirigen exclusivamente á ellos, sino que hablan en general, y por ella se declaran nulos los contratos en que intervenga usu-

(1) Escriche, Dicción. de legisl., artículo *Usura*. — (2) LL. 1 y 3, tit. 6, lib. 8 de la R., ó 1 y 3, tit. 22, lib. 12 de la N.

ra (1): se declaran infames los usureros (2), y se les condena á perder lo prestado, que se aplica al que lo recibió, y otro tanto por primera vez, la mitad de sus bienes por segunda, y todos ellos por tercera, debiendo aplicarse la mitad de estas penas al fisco, y la otra por partes iguales al acusador, y al reparo de los muros ó edificios públicos del lugar en que se cometió el delito (3), quitando á los herederos del usurero el derecho de sucederle en los bienes adquiridos por las usuras que deberían restituirse á sus dueños ó herederos si se sabe ciertamente quienes son, y no sabiéndose deben darse de limosna (4). Y concediendo que la prueba de la usura sea privilegiada, pues bastan dos ó tres testigos que deponga cada uno de distinto hecho, con tal que sean personas que merezcan crédito, y que haya algunas presunciones y circunstancias por las que se conozca ser cierto su dicho (5); pero cuando se probare de este modo no hay lugar, en opinion de Cobarruvias (6) y Acevedo (7), á la pena ordinaria, y debe imponerse extraordinaria.

4. Aunque los autores teólogos y juristas citando á Aristóteles, Ciceron y otros que refiere Cobarruvias (8), afirman que la usura es contraria al derecho natural, divino, canónico y civil (9); añaden que debe enten-

(1) LL. 31 y 40, tit. 11, P. 3, y 4, tit. 6, lib. 8 de la R., ó 2, tit. 22, lib. 12 de la N. — (2) LL. 4, tit. 6, P. 7, y 3, tit. 6, lib. 8 de la R., ó 4, tit. 22, lib. 12 de la N. — (3) LL. 4 y 3, tit. 6, lib. 8 de la R., ó 2 y 4, tit. 22, lib. 12 de la N. — (4) L. 2, tit. 13, P. 7. — (5) L. 4, tit. 6, lib. 8 de la R., ó 2, tit. 22, lib. 12 de la N. — (6) Cobarrub., 3 var., cap. 3, n. 3. — (7) Aceved., en la l. 4, nn. 1 y 2. — (8) Cobar., lib. 3, var., cap. 1, n. 3.

(9) Sala nota como singular la doctrina de Heineccio que en su obra *Elementa juris secundum ordinem Pandectarum ordinata*, asienta que la usura no es contraria al derecho natural. Hoy es opinion de todos los que han escrito sobre Economía política: lo es de Bentham en su *Defensa de la usura*, á que corre agregada la *Memoria sobre los préstamos de dinero*, escrita por Turgot, en la que se propone probar que el préstamo á interes no es opuesto al dere-

derse de las usuras lucrativas (1), y no de las compensatorias, que pueden cobrarse por el daño emergente, ó sea compensacion del daño que resienta el prestamista, lo que apoyan en un capitulo del derecho canónico (2), ó por el lucro cesante, ó compensacion de la privacion de alguna ganancia que pudo obtenerse con el dinero prestado (3); y por costumbre general está recibido que se cobre el seis por ciento, que se dice ser *á uso de comercio* (4).

cho natural ni al divino, interpretando los textos que se alegan de este, explicando las causas que hicieron general la opinion contraria, y exponiendo la necesidad que hay de reformar en esta parte la legislacion civil.

(1) Cobarrub., lib. 3, var., cap. 4, n. 2, en donde cita muchos autores.

(2) Decretales de Gregorio IX, capitulo *Salubriter*, título *De usuris*.

(3) Sobre estas excepciones se explica así Turgot: La imposibilidad absoluta de sostener el comercio sin el préstamo á interes, no ha podido desconocerse ni aun por aquellos mismos que mas afectan condenarle. Asi es que los mas de ellos han procurado eludir el rigor de sus mismos principios con distinciones y fugios escolásticos de daño emergente y lucro cesante para el prestamista, y de lucro naciente para el tomador, como si el uso que el comprador hace de la cosa vendida fuese una circunstancia esencial para la legitimidad del precio: como si el propietario que no se sirve de un mueble que posee, estuviese obligado á la alternativa de darlo ó de guardarlo: como si el precio que el panadero saca del pan que vende no fuese legitimo, ya sea que el comprador se lo coma, ya sea que lo deje perder. *Memoria sobre los préstamos del dinero*, § V.

(4) Ninguna ley ha señalado el interes que deba cobrarse por el dinero prestado, pues la 23 del tit. 1 del lib. 10 de la N., en que se habla del interes del 3 por 100, como observa Escriche \*, es solamente aprobatoria de los contratos celebrados con ese premio por los gremios de Madrid. Entre las de la República se encuentra el decreto de 4 de septiembre de 1830, por el que se facultó al gobierno para pagar un 3 por 100 al mes, pero de modo que nunca exce-

(\*) Diccion. de legisl., art. *Interes del dinero*.

5. Son especies de usura, segun las leyes el *Anticresis* ó pacto anticrético de que hablamos en el número 28 del título IX del libro II, y la *Mohatra*, que es una venta simulada en la que se da la mercancia al crédito, y á precio muy alto para volverla á comprar al contado y á precio muy bajo. En el número 11 del título XIX del libro II hemos copiado la ley 3 del tit. 8 del lib. 10 de la Novísima que para impedir este abuso prohíbe que se hagan préstamos en mercaderías bajo la pena de perder la cantidad prestada, y suspensión de oficio al escribano que extendiere la escritura; y aqui solo añadiremos que por otra anterior (1) está prevenido á los jueces que no favorezcan á tales mercaderes, y tengan especial cuidado de castigar á los que hicieren tales contratos, apercibiéndolos de que el descuido ó negligencia será cargo especial al tiempo de la residencia.

6. En la Ordenanza de Intendentes (2) se encuentran prohibidos á todo género de personas sin excepcion,

diese de 15 por 100 aunque el plazo pasase de tres meses; y en la capital existe el Monte de piedad, en el que se cobra medio real por cada peso del dinero que se presta con plazo de seis meses, y prenda de mayor valor, lo que equivale al 12 1/2 por 100. No creemos oportuno transcribir la doctrina de Flores Estrada (\*) sobre esta materia: « Finalmente, el derecho de propiedad padece cuando al capitalista se le obliga á aceptar por su dinero un interés determinado por otro, que por el mismo. Si al dueño de una propiedad territorial no se le pone tasa en la renta que por ella ha de cobrar: si al labrador se le permite tomar el precio mas alto por sus productos en bruto, y si al fabricante y comerciante le es lícito recibir por sus géneros todo el precio que contratan, ¿ en qué principio de justicia se apoya la ley que señala á un capitalista la cuota del interés que debe producirle su dinero? Con semejante distincion se trastorna todo principio de justicia general y toda conveniencia de sana política. »

(1) L. 29, tit. 4, lib. 3 de la R. 63, tit. 22, lib. 12 de la N. —

(2) Art. 12.

(\*) Curso de Economía política; P: 4, cap. 3.

los repartimientos de efectos, frutos y ganados, bajo la pena irremisible de perder su valor en beneficio de los perjudicados, y de pagar otro tanto para el fisco, juez y denunciador: y en casos de reincidencia, oídas las partes y justificado el delito, podria aumentarse el castigo hasta la confiscacion de bienes y destierro perpetuo: y por el artículo 3º del decreto de 13 de marzo de 1811, se reencarga el cumplimiento de las disposiciones que prohíben á las justicias de los pueblos el abuso de comerciar en el distrito de sus respectivas jurisdicciones, bajo el especioso título de repartimientos.

7. Las leyes (1) reputan como usurarias las rifas (por cuya palabra se entiende el sorteo de alguna alhaja entre muchos por la talla que se pone,) y como tales estan prohibidas, sean de alhajas, sean de comestibles, sean de cualesquiera otros géneros ó efectos, ya se hagan en público, ya en casas particulares, ó tambien á los extractos de loteria, distribuyendo privadamente los billetes, ó poniéndolos en las administraciones de loteria para su despacho, y aun cuando su producto haya de ser á favor de alguna obra piadosa; y se señala á los que las hicieren la pena de perder la cosa que se rifare, y el precio que se le pusiere, con otro tanto que se aplicará al fisco, juez y denunciador, á no ser que se obtenga previamente el permiso, que conforme á un decreto de las cortes españolas (2), solo puede conceder el cuerpo legislativo; instruyéndose previamente por el gobierno expediente en forma

(1) L. 12, tit. 7, lib. 8 de la R. ó tit. 23, lib. 12 de la N., aut. acord. 1, tit. 7, lib. 8 de la R. ó l. 2, tit. 23, lib. 12 de la N. Decreto de 23 de septiembre de 1766, que es la nota 2 al tit. 23, y cédula de 8 de mayo de 1788, que es la l. 3, tit. 23, lib. 12 de la N., en que se insertan las dos anteriores. — (2) Orden de 22 de mayo de 1821.

sobre las causas justas y fundadas, sobre la dispensa que se solicita, y que se remitirá con informe.

8. No se reputa usurario el contrato de *aseguracion*, por el que una de las partes toma á su cargo, mediante el precio convenido en la póliza, los riesgos y daños que corren en el mar los caudales ó mercaderías que la otra embarca, y los buques en que se conducen, ó bien los riesgos de incendio de los edificios, almacenes y efectos existentes en ellos; por la razon de que no es mutuo, sino un contrato innominado, ó una especie de venta si el precio además de ser cierto es en dinero, y en el que la cosa vendida es la seguridad, que puede serlo lo mismo que la esperanza. Sobre las condiciones de este contrato, pueden verse en el *Diccionario de legislación* los artículos *Asegurable*, *aseguracion*, *asegurado*, *asegurador* y *seguro*, y el capítulo 22 de la Ordenanza de Bilbao.

9. El título 7º del libro 8 de la Recopilacion que es el 23 del libro 12 de la Novisima, y el título 2º del libro 7 de la Recopilacion de Indias, tienen por objeto la prohibicion de diversas clases de juegos y designacion de las penas que deben imponerse á los contraventores; mas todas esas leyes se recopilaron en la célebre pragmática de 6 de octubre de 1771 (1), á que se ajustó el bando de 15 de febrero de 1773 (2), dividido en los quince artículos siguientes: I. Renuedo la prohibicion de los juegos de albuces, banca, quince, veinte y una y treinta y una embidadas, cacho, flor, ú otros de naipes, como quiera que se nombren, siendo de envite ó suerte, y los de bisbis, oca, dados (3), taba, tablas, ho-

(1) L. 13, tit. 23, lib. 12 de la N. — (2) Renovado é inserto en el de 14 de julio de 1784, n. 48 del tom. 2 de la Coleccion de Monte-Mayor y Beleña. — (3) La l. 1, tit. 2, lib. 7 de la R. de Indias prohíbe el juego de dados, y la 17, tit. 23, lib. 12 de la N., el de loterías de cartones en cafes y casas públicas.

lillo ó semejantes de suerte y azar. II. Los nobles ó empleados en oficio público civil ó militar, incurrirán por la primera vez en la pena de doscientos pesos (1) por el mismo hecho de hallarse jugando juego prohibido, ó averiguarse por testigos que lo han hecho, segun se declara; y si fuere persona de menor condicion destinada á algun oficio ú ejercicio honesto, en la de cincuenta pesos; y los dueños de las casas que tuvieren ó permitieren en ellas tablages públicos ó secretos de dichos juegos prohibidos incurrirán en las penas dobladas segun sus clases, cuyas multas serán duplicadas por la segunda vez; y por la tercera á mas de ellas sufrirán la pena de un año de destierro á distancia de diez leguas en contorno del lugar donde residieren, y de esta corte, y los dueños de las casas de dos (2); y si fuere tanta su incorregibilidad que vuelvan á reincidir, serán remitidos por cinco años á un presidio ultramarino. III. A los delincuentes de calidad distinguida que no tuvieren facultades para satisfacer las multas referidas, se impondrá desde luego por la primera vez la de destierro por seis meses, y á los demas un mes de cárcel, cuyas penas se duplicarán por la segunda vez, y la tercera se entenderá el destierro en un presidio por dos años, y á los dueños de las casas de juego que carezcan de facultades, se impondrán las penas dobladas (3). IV. Si á mas de incurrir en estas prohibiciones se probare que los contraventores fueren vagos ó mal entretenidos, sin oficio y entregados habitualmente al

(1) L. 13, tit. 7, lib. 8 de la R. ó 11, tit. 23, lib. 12 de la N., y cédulas de 22 de junio de 1736 y 18 de diciembre de 1764, que son la l. 14, tit. 23, lib. 12 de la N. — (2) Concuerta con el art. 3 de la Pragmática que se refiere á la ley 14, tit. 7, lib. 8 de la R. ó 12, tit. 23, lib. 12 de la N. (3) Este artículo agrava en parte las penas que señala el 4 de la Pragmática, con quien concuerda, y se refiere á las ll. 2 y 14, tit. 7, lib. 8 de la R. ó 1 y 12, tit. 23, lib. 12 de la N.

juego, ó que en él han cometido dolos ó fraudes, se les castigará desde la primera vez con la pena de cinco años de presidio, y de ocho á los dueños de las casas en que semejantes torpezas se permitieren (1). V. Los juegos no prohibidos de naipes, que llaman de carteo, y los de pelota, truco, villar y semejantes en que no haya envite, suerte y azar (2), son unas diversiones honestas que usadas bajo las reglas de la prudencia con el designio de esparcir y recrear el ánimo para dedicarlo despues con más vigor á las obligaciones propias de cada uno, merecen el nombre de virtud; pero el abuso que hace de ellas la condicion y malicia humana por el exceso en el tiempo, en los intereses que median ú otras circunstancias, vician y hacen pecaminosas las mismas diversiones, por lo que para ocurrir á este daño proveyeron las leyes de remedio. VI. Conforme á su intencion prohibo que en los juegos permitidos de cartas y en los demas licitos indicados pueda pasar el tanto suuelto entre las personas de un real, ni toda la cantidad en un dia natural de diez pesos, entendiéndose en los que gozan caudales cuantiosos, dobladas las partidas; y prohibo asimismo que haya travesías ó apuestas, aunque sean en esos juegos permitidos: y los que contravinieren á lo expresado incurran en las mismas penas que van declaradas respectivamente para los juegos prohibidos por ser todo conforme al espíritu y disposicion de la ley 9, tit. 7 lib. 8 de la Recopilacion de Castilla (3), y 1, tit. 2, lib. 7, de la de Indias, y á lo que piden las circunstancias ocurrentes. VII. Mando segun

(1) Concuerda con el 5 de la Pragmática. — (2) El juego de gallos está permitido por cédula de 28 de octubre de 1746, con tal que no se apuesten ni atraviesen cantidades excesivas. — (3) Concuerda con el art. 6 de la Pragmática que se refiere á la ley 9 citada de la Recopilacion, que es la 8, tit. 23, lib. 12 de la N., en que se señala como permitida en los juegos que lo son la cantidad de 30 ducados; que por la de Indias es de 10 pesos.

las mismas leyes que no se jueguen prendas, alhajas ú otros cualesquiera bienes, muebles ó raices, en poca ni en mucha cantidad, ni al crédito ó al fiado, ni los dueños de las casas presten sobre ellas ó sobre palabra para el juego, ni se use de tantos ó señales que excedan del valor de medio real, pues pasando, ha de ser dinero contado y corriente, que corresponda enteramente á lo que se fuere perdiendo, bajo de las penas mencionadas segun la clase de las personas (1). Y por cuanto estoy informado que hay muchos en esta capital que mantienen casas de juego teniendo esto por oficio ó grangeria, de que se siguen graves perjuicios, y es contra el buen orden y máximas del gobierno político, prohibo que haya semejantes casas, aunque sea de juegos licitos, bajo de las penas de los prohibidos que se impondrán á los coimes dueños de ellas. VIII. Los que perdieren cualquiera cantidad á juegos prohibidos, ó la que excediere del tanto ó suma señalada en los permitidos, y los que jugaren prendas ó alhajas, ó al fiado ó con tantos; no estarán obligados al pago de lo que así perdieren, ni los que lo ganaren tendrán derecho para hacer suya la ganancia por estos medios ilícitos. Y en cumplimiento de las leyes 8 y 9 del citado titulo y libro de la Recopilacion de Castilla y de lo que S. M. tiene resuelto por pragmática sancion de 6 de octubre de 1771 para aquellos reinos, declaró por nullos, de ningun valor ni efecto los pagos, contratos, vales, empeños, deudas, escrituras ú otros cualesquiera resguardos y arbitrios de que se usare para cobrar las pérdidas; y mando que los jueces y justicias de estos reinos no solo no procedan á hacer ejecucion ni diligencia alguna contra los que se dijeren deudores, sino

(1) Hasta donde está el reclamo concuerda este artículo con el 7 de la Pragmática, que se refiere á las ll. 8 y 9, tit. 7, lib. 8 de la R., que son 7 y 8, tit. 23, lib. 12 de la N.

que castiguen á los que pidieren el pago, luego que se verifique la causa de que procede el fingido crédito, con las penas contenidas en este bando, las cuales impongan tambien á los deudores, excepto cuando estos denunciaren la pérdida y pidieren su restitucion, en cuyo caso, y no en otro, quedarán relevados de ellas: y mando que efectivamente se les restituya lo que hubieren pagado, compeliéndolos y apremiándose á los gananciosos, é imponiéndoles las penas establecidas; y si los que hubieren perdido no demandaren dentro de ochos dias, las haya para sí cualquiera persona que las pidiere, denunciare y probare, con arreglo á la ley 2 del citado título y libro de la Recopilacion (1). IX. En conformidad de lo que previenen las leyes 14 y 16, prohibo que los artesanos y los menestrales de cualesquiera oficios, así maestros como oficiales y aprendices, y los jornaleros de todas clases, jueguen, aunque sean juegos licitos, en dias y horas de trabajo: entendiéndose por tales desde las seis de la mañana hasta las doce del dia, y desde las dos de la tarde hasta la oracion de la noche; y en caso de contravencion si jugaran á juegos prohibidos, incurran en sus penas; y si permitidos, en diez dias de cárcel por la primera vez, veinte por la segunda, treinta por la tercera, y un año de destierro si reincidieren (2). X. Prohibo absolutamente toda especie de juego, aunque no sea prohibido, en las tabernas, figones, hosterías, mesones, botillerías y otras casas semejantes; y en las de truco solo permito los de ajedrez, damas y tablas reales: y en caso de contravencion incurren los dueños de las casas en las penas impuestas, á los que tienen juegos prohibidos (3), y las mismas sufrirán los de trucos públicos si permitieren que se juegue en ellos despues de las diez de la

(1) Concuerta con el 8 de la Pragm. — (2) Es el 9 de la Pragm.  
— (3) Es el 10 de la Pragm.

noche este ú otro juego, aunque sea de los permitidos. XI. Mando que las penas pecuniarias que van declaradas en este bando se distribuyan conforme á las leyes de dicho título; por tercias partes entre la cámara, juez y denunciador, dándose la parte de este, cuando no le hubiere, á los alguaciles y oficiales de justicia que fueren aprensos (1). XII. Declaro que habiendo parte que pida ó denunciador que pretenda el interes de la tercera parte, se ha de admitir la instancia y denuncia con prueba de testigos, con tal que en este caso de simple denuncia solo se haya de proceder dentro de dos meses siguientes á la contravencion, con arreglo á lo dispuesto por la ley 10 del citado título 7, haciéndose constar en la informacion que se diere estar dentro de dicho tiempo para que se continúe el procedimiento; y hecha la sumaria de que resulte la contravencion, se oirá breve y sumariamente al denunciado para proceder á la imposicion de la pena; y si constare y se probare haber sido la delacion calumniosa, se castigará al denunciador con las mismas penas en que deberia haber incurrido el denunciado, si fuera cierto el delito; aumentándose el castigo conforme á derecho á proporcion de la gravedad y perjuicios de la calumnia (2). XIII. Cuando no hubiere parte que pida ó faltare denunciador cierto que solicite el interes bajo de la responsabilidad y circunstancias del capítulo antecedente, procederán los jueces por aprension real, usando de tanta actividad como prudencia y precaucion para lograr el castigo, y evitar molestias y vejaciones injustas, bastando para los reconocimientos que se hubieren de hacer en lugares públicos, tabernas y figones, y semejantes, que procedan noticias y fundados recelos de la contravencion; pero para practicarlos en las casas de

(1) Es el 11 de la Pragm; — (2) Concuerta con el art. 12 de la Pragm.

particulares habrá de constar ántes por sumaria informacion que se contraviene á lo prevenido; entendiéndose que no ha de ser necesaria la aprension real y formal denuncia quando se hubiere de proceder contra los taures de costumbre y vagos entregados á este género de vicios, pues contra ellos se ha de proceder y hacer las averiguaciones en el modo y con las calidades que previenen las leyes y reales órdenes (1). XIV. En este artículo se renueva la prohibicion de usar en los juegos permitidos de naipes, de otras barajas que no sean de las fabricadas en el estanco; y el XV declara conforme á la cédula de 13 de febrero de 1768 que en delitos de juego prohibido no se goza de fuero ninguno, ni aun militar.

10. En orden á las disposiciones que acabamos de referir, conviene tener presentes algunas que vigorizan, amplian ó modifican las referidas. Una ley de Indias (2) prohíbe á los eclesiásticos toda clase de juegos, y otra del mismo código (3) hace igual prohibicion á los factores de mercaderías, condenando á los que les ganaren á devolverles lo ganado, pagar el duplo para el fisco, juez y denunciador, y sufrir ademas treinta dias de cárcel. Por la cédula de 23 de abril de 1800 (4) se declaró prohibido el juego de loteria de cartones en los cafés y casas públicas, y en el Distrito y Territorios están declaradas vigentes las leyes prohibitivas de juegos de suerte y azar (5), quedando derogado el decreto (6) que autorizaba las casas de juego con patente del gobierno y otras condiciones que el mismo fijaba. La prohibicion que contiene el artículo XIV del bando

(1) Concuerda con el art. 13 de la Pragmática. — (2) L. 20, tit. 12, lib. 1 de la R. de Indias. — (3) L. 6, tit. 6, lib. 7 de la R. de Indias. — (4) L. 17, tit. 23, lib. 12 de la N. — (5) Decreto de 23 de febrero de 1830.

(6) De 20 de septiembre de 1820 expedido en uso de las facultades extraordinarias.

referido en el párrafo anterior, de no poderse usar otros naipes que de los del estanco, ha quedado sin lugar por la libertad concedida para fabricarlos (1), y solo puede tenerlo respecto de los de fábrica extranjera, cuya introduccion es prohibida (2). En cuanto al desafuero que el artículo XV (3) del mismo bando imponia á los militares por el delito de juegos prohibidos, está declarado posteriormente (4) que no comprendiéndose en las causas de desafuero de que habla el decreto de 9 de febrero de 1793, las de policia (5), en caso de que la justicia ordinaria encuentre algunos militares jugando á juegos prohibidos, debe tomar sus nombres, y pasar noticia á sus gefes respectivos á quienes toca corregirlos é imponerles las multas en que incurrieren, haciéndolas efectivas dentro de ocho dias si fuere posible por tener bienes; y si no, en el tiempo necesario para verificarlo por descuento de la tercera parte de sus sueldos; y hecha la exaccion deben los mismos gefes militares remitir su importe á la justicia ordinaria que haya hecho la aprension, para que lo distribuya con arreglo á lo establecido por la pragmática, que respecto de los eclesiásticos dispone (6) que despues que se hayan hecho efectivas las penas y restituciones en sus temporalidades, se pase testimonio de lo que resultare contra ellos á sus respectivos prelados,

(1) Decreto de las cortes españolas de 26 de septiembre de 1811. Este decreto está derogado por los de 27 de junio y 10 de octubre de 1842, que restablecieron el estanco de los Naipes, y por lo mismo está subsistente la prohibicion del artículo 14.

(2) Decreto del Congreso de 22 de mayo de 1823.

(3) Es el art. 24 de la Pragmática.

(4) Real orden de 17 de agosto de 1807.

(5) Téngase presente, por lo ménos en el Distrito y Territorios, el art. 7 del decreto de 28 de mayo de 1826, que estableció el cuerpo de celadores públicos, en que se declaró: «Que ningún fuero privilegiado se gozará en materia de policia.»

(6) Art. 14 al fin de la Pragmática.

para que los corrijan conforme á los cánones, sobre lo que se les hace el mas estrecho encargo. Por último, conviene notar que Colon dice (1) que por la repetida pragmática se previene que ninguna persona puede ser arrestada por este delito teniendo con que satisfacer la multa; mas Tapia observa (2) citando á Vizcaino (3), que la pragmática no prohíbe que se arres- ten las personas, como dice Colon, aunque tampoco lo previene así, como otras leyes que prohíben otros de- litos mucho mas graves no previenen el arresto de los reos, y sin embargo se procede á él no obstante ese si- lencio. Gutierrez (4) y Escriche (5) opinan de acuerdo con Colon, que no se debe proceder á la prision; pero sí á exigirles fianzas ó declaracion en el mismo acto ante testigos de haber sido aprendidos en el juego.

11. Despues de haber hablado del juego, no será ino- portuno hablar de la holgazanería y vagancia que es fomentada por aquel, y que da ocasion á tantos delitos. Segun la ley (6) son vagos todos los que viven ociosos sin destinarse á la labranza ó á los oficios, careciendo de rentas de que vivir, ó que andan mal entretenidos en juegos, tabernas y paseos sin conocerseles aplica- cion alguna, ó los que habiéndola tenido la abandonan enteramente dedicándose á la vida ociosa, ó á ocupa- ciones equivalentes á ella. El modo de proceder contra los vagos es particular (7), y las penas (8) que les se-

(1) *Juzgad. militar.*, tom. 4, art. *Juegos prohibidos*, n. 3. — (2) *Febrero novísimo*, tom. 7, *Prontuario de delitos*, art. *Diversio- nes*. — (3) *Código criminal*, tom. 1. — (4) *Practic. crimin.*, tom. 3, cap. 10, n. 33. — (5) *Diccion. de legisl.*, artículo *Juego*. — (6) Art. 12 de la Ordenanza de levas de 7 de mayo de 1775, que es la l. 7, tit. 31, lib. 12 de la N. En la real orden de 30 de abril de 1743, que es la nota 6 al título 31 del lib. 12 de la N., se hace una enumeracion mas especificada de todos los que deben ser tenidos por vagos. — (7) Véase el título 16 del lib. 3.

(8) La circular de 6 de febrero de 1781 declara que la aplicacion de los vagos no es pena sino providencia de policia, ni cae bajo el

ñalan las leyes, abolidas como lo están las de tomarlos para su servicio sin sueldo el que los aprendiese (1), y las de azotes y destierro (2), son el servicio de las ar- mas (3) por ocho años (4) sin distincion de clases (5), y sin que valga la excepcion de ser casado (6), si han llegado á la edad de diez y seis años, no pasan de la de cuarenta, y tienen la talla y robustez necesaria, pues á los muchachos que no llegan á esa edad, se les debe destinar á los hospicios ó casas de misericordia para que aprendan oficio (7), lo mismo que á los hom- bres que pasan de cuarenta, que tambien podrán ser destinados á obras (8), y á los que pasando de la edad de diez y siete años carezcan de la talla de ordenanza, se les destinará á la marina (9).

12. En el Distrito y Territorios son vagos los que viven sin oficio, beneficio, hacienda ó renta: los que aunque tengan patrimonio ó emolumentos frecuentan las casas de juego ó parages sospechosos, andan mal acompañados, y no dan indicios de emprender desti- narse: los que teniendo buena salud y edad, viven de pedir limosna: los hijos de familia notables por la poca reverencia á sus padres, de malas costumbres, y sin aplicacion á la carrera en que se les ha puesto (10). Las penas á que se les condena son el servicio de las armas ó marina, la colonizacion, ó el encierro en ca- sas de correccion (11). Por el decreto de 4 de noviembre del año de 1848 se ha prohibido imponer como pena el

concepto de causas criminales, ni les comprenden los indultos. Véase á Gutierrez; *Pract. crimin.*, tom. 2, cap. 3, n. 26.

(1) L. 1, tit. 11, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 31, lib. 12 de la N. — (2) L. 6, tit. 11, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 31, lib. 12 de la N. — (3) Art. 20 de la l. 7, tit. 31, lib. 12 de la N. — (4) L. 9, tit. y lib. cit. — (5) L. 11 del mismo. — (6) L. 8 del mismo. — (7) Art. 3 de la l. 12 del mismo. — (8) Art. 7 de la misma. — (9) Art. 1 de la misma. — (10) Art. 6 de la ley de 3 de marzo de 1828. Véase la ley de 20 de julio de 1848. — (11) Art. 11 de la ley de 3 de marzo de 1828.

servicio de armas por delito infamante; y lo que hoy se acostumbra es consignarlos al Sr. Gobernador, para que este les dé el destino que crea conveniente. En las casas de correccion se pondrán los impedidos para trabajar, y los muchachos dispersos que no hayan llegado á la edad de diez y seis años; y no habiendo esas casas, serán destinados á aprender oficio bajo la direccion y gobierno de maestros que sean de la satisfaccion de la autoridad política (1). Al extranjero que se declare vago se le expelerá del territorio de la nacion por el Supremo Gobierno (2). Sobre el tribunal que debe conocer y modo de proceder en los juicios de vagos, hablaremos en sus respectivos lugares (3).

## TITULO XXIX.

DE LOS BLASFEMOS, JUDIOS, MOROS, HEREGES, AGOREROS  
O ADIVINOS, Y DE LOS ENFAMADOS.

TT. 6, 24, 25, 26 y 28, P. 7, y 2, 3 y 4, lib. 8 de la Recop., ó  
1, 2, 3, 4, 5 y 6, lib. 12 de la Novis.

- |   |   |
|---|---|
| 1. El objeto de este título son los delitos contra la Religion, como sujetos á la inspeccion de la autoridad civil. | 6. Del Desprecio de las censuras eclesiásticas.                 |
| 2. De la Apostasia, y Heresia, y sus penas.   | 7. Del Sacrilegio, sus especies y penas.                        |
| 3. De la Blasfemia, y sus penas.  | 8. De la Simonia.   |
| 4. Del Ultrage de las imágenes y de la falta de respeto á los templos.  | 9. Del Perjurio, sus especies y penas.                          |
| 5. Del Juramento execrable, y que se hace sin necesidad.  | 10. De la Supersticion, y sus especies.                         |
|   | 11. De los Moros, Moriscos y Judíos.                            |
|   | 12. De la infamia y de los infamados remisivamente al tit. XXX. |

(1) Art. 45 de la ley de 3 de marzo de 1828. — (2) Art. 48 de la misma. — (3) Títulos 2º y 16 del lib. 3.

1. Por el art. 3º de la Constitucion federal está declarado que la religion de la nacion mejicana es y será perpetuamente la Católica Apostólica Romana, comprometiéndose á protegerla por leyes sabias y justas, prohibiéndose el ejercicio de cualquiera otra. En consecuencia, son de la inspeccion de la autoridad civil los delitos que la ofenden, asi por el compromiso de la nacion para protegerla, como porque pueden contrariar las leyes que tienen ese fin, y turbar el buen orden ó la tranquilidad pública. El objeto, pues, de este título son esos delitos.

2. El primero entre ellos es la *apostasia* de la religion (1), que es el abandono total de la religion cristiana, á que suele seguirse el tránsito á alguna falsa secta. A este sigue la *heresia*, que es el error voluntario y pertinaz de un cristiano que niega alguno de los dogmas de la iglesia católica. De estos delitos puede acusar cualquiera del pueblo ante los obispos que, abolido el tribunal de la Inquisicion (2), son los jueces á quienes la ley (3) comete el conocimiento en estas causas en los términos que explicaremos en el título XVI del libro III. El acusado debe ser reconvenido blandamente por el juez, y advertido de su error; y si lo abandona y se reconcilia, debe quedar perdonado (4), aunque respecto del apóstata previene la ley (5), que aunque se arrepienta *non debe fincar sin pena*, y se le señalan las de infamia perpetua, inhabilidad para dar testimonio, obtener empleo, hacer testamento, ser nombrado heredero ó incapacidad de intervenir en los contratos de venta ó donacion. Al herege ó após-

(1) Esta apostasia es diversa de la que comete el clérigo ó religioso profeso que abandona su estado ó instituto, y es un delito eclesiástico que se castiga por el mero hecho con excomunion mayor.

(2) Por decreto de 22 de febrero de 1813. — (3) L. 2, tit. 26, P. 7. — (4) L. 2, tit. 26, P. 7. — (5) L. 5, tit. 25, P. 7.

tata que no se arrepiente señalan las leyes las penas de ser quemado vivo (1), la infamia de sus descendientes hasta la segunda generacion (2) y la confiscacion de sus bienes (3).

3. La blasfemia es denuesto ú ofensa que hacen los hombres contra Dios, contra la Virgen María ó sus santos (4). La ley (5) previene que cualquiera que oyere á otro blasfemar, puede detenerle y llevarle á la cárcel, cuyo alcaide debe recibirle y avisar al juez, quien puede proceder de oficio en este delito; y si teniendo denuncia no lo hiciere, debe perder el empleo (6): y por una de Indias (7) se mandan guardar las de Castilla en orden á su prohibicion y penas, que son las siguientes. Al blasfemo que tiene bienes señalan las leyes de Partida (8) pena pecuniaria, y no teniéndolos, afflictiva y afrentosa, como azotes, cortarle la lengua, y aplicarle á los labios un hierro ardiendo que tenga grabada la letra B: y aunque una ley de la Recopilacion (9) confirmó expresamente estas penas, y otra (10) añadió la pérdida de la mitad de los bienes para el fisco y acusador, Acevedo (11) y Cobarruvias (12) observan que en vez de cortar la lengua se usa poner al reo una mordaza, paseándolo por las calles, y que estas penas están mitigadas por disposiciones posteriores (13) que señalan al blasfemo por primera vez un mes de cárcel, que debe ser continuo (14); destierro por seis

(1) L. 2, tit. 26. P. 7. — (2) L. 3, tit. 3, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 3, lib. 12 de la N. — (3) L. 4, tit. 3, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 3, lib. 12 de la N. — (4) Princip. y l. 1, tit. 28, P. 7. — (5) L. 4, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 3, lib. 12 de la N. — (6) L. 1, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 3, lib. 12 de la N. — (7) L. 2, tit. 8, lib. 7 de la R. de Indias. — (8) LL. 1, 2, 3 y 4, tit. 28, P. 7. — (9) L. 1, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 4, tit. 5, lib. 12 de la N. — (10) L. 2, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 3, lib. 12 de la N. — (11) Aceved., sobre la l. 2. — (12) Cobar., en el cap. *Quamvis* 1, § 7, n. 23. — (13) LL. 5 y 6, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 4 y 6, tit. 5, lib. 12 de la N. — (14) L. 38, tit. 4, lib. 3 de la R. ó Nota 1 al tit. 3, lib. 12 de la N.

meses del lugar de su domicilio, y multa de mil maravedis por segunda, y la de horadarle la lengua por tercera, aunque siendo persona de calidad se le señala solo la pecuniaria y de destierro; pero por otra posterior (1) se señalan diez años de galeras, y si la blasfemia fuere contra los santos, la pena será la mitad (2). Al soldado blasfemo reincidente se le condena á dos años de presidio (3). Si las blasfemias son heréticas, debe conocer de ellas el eclesiástico en los términos que hemos dicho de la heregía (4).

4. Es especie de blasfemia el insulto ó ultrage que se hace á Dios, á la Virgen ó á los santos, escupiendo ó maltratando con piedra, cuchillo ó de otro modo la cruz ó las imágenes. A este delito se señala la pena de pérdida de los bienes, y no teniéndolos, de que se le corte la mano (5). La Ordenanza señala al soldado que lo cometiere la de ser fusilado (6). A este delito pertenece la falta de respeto en los templos, por la que señala una ley de la Recopilacion (7), con la que concuerda otra de Indias (8), la pena de 400 maravedis y diez dias de prision.

5. Se reputa tambien blasfemia el juramento execrable, como: *No creo en Dios*, ú otros semejantes, y á los que los hicieren se señalan (9) las mismas penas que á los blasfemos, y al soldado que lo hiciere con reparable frecuencia se le castigará con tres dias de prision, y no enmendándose sufrirá las penas que demar-

(1) L. 7, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 7, tit. 5, lib. 12 de la N., sobre la que observa Sala que respira la necesidad que entonces habia de armar galeras, como dictada por Felipe II, en 3 de mayo de 1366. — (2) L. 3, tit. 28, P. 7. — (3) Ordenanza, trat. 8, tit. 10, art. 1. — (4) Gutier., Pract. crim., tom. 3, cap. 1. n. 8, y Tapia, Febrero novísimo, tom. 7, Prontuario de delitos, art. *Blasfemia*. — (5) L. 6, tit. 28, P. 7. — (6) Trat. 8, tit. 10, art. 4. — (7) L. 1, tit. 2, lib. 1 de la R. ó 10, tit. 1, lib. 4 de la N. — (8) L. 1, tit. 5, lib. 1 de la R. de Indias. — (9) LL. 6 y 7, tit. 4, lib. 8 de la R. ó 6 y 7, tit. 5, lib. 12 de la N.

can las leyes comunes (1). Por el juramento hecho sin necesidad, esto es, que no sea en juicio ó para afirmar algun contrato, impone una ley de Indias (2), de conformidad con la de Castilla que cita (3), la pena de diez dias de cárcel y multa de 20 mil maravedis por primera; treinta dias de cárcel y 40 mil maravedis por segunda; y por tercera, ademas de la dicha, cuatro años de destierro, declarando inhábiles para entrar en colegios y obtener honores y empleos á los que estén notados del vicio de jurar.

6. Como lo que esencialmente constituye á la blasfemia es el desprecio de la Divinidad que envuelve, no será extraño hablar aquí del menosprecio que hace de la religion y de la iglesia el excomulgado que voluntariamente permanece en ese estado, al que la ley (4) condena, si pasare de treinta dias, á la pena de 600 maravedis, de 6 mil si pasare de seis meses, y de 100 por cada dia si aun continuare, en cuyo caso deberá ser echado del lugar; y si volviere á él se le señala la de perder la mitad de sus bienes, debiendo aplicarse el importe de esas penas por tercias partes al juez que las exija, al prelado que impuso la censura, y á las obras de la iglesia catedral. Mas para que haya lugar á ellas, es necesario que se haya publicado la sentencia de excomunion, y que el reo no haya apelado, ó habiéndolo hecho no haya seguido la apelacion, de manera que sea vitando ó no tolerado (5).

7. El sacrilegio es la violacion de cosa sagrada, y se divide en *personal*, que es cuando se violan las personas consagradas á Dios; *real*, cuando se violan las cosas, y *local*, cuando se violan los templos ó lugares. El sacrilegio va regularmente acompañado de otro de-

(1) Ordenanza, trat. 8, tit. 10, art. 2. — (2) L. 25, tit. 1, lib. 1 de la R. de Indias. — (3) L. 10, tit. 1, lib. 1 de la R. ó S., tit. 3, lib. 12 de la N. — (4) L. 1, tit. 5, lib. 8 de la R. ó 5, tit. 3, lib. 42 de la N. — (5) La misma.

lito al que agrava, califica y da el nombre de sacrilegio, como el homicidio de persona sagrada ó en lugar sagrado, el hurto de cosa sagrada ó en lugar sagrado, y el acto carnal con persona sagrada ó en lugar sagrado. El tit. 18 de la Partida 1<sup>a</sup> está dedicado á este asunto, y en él se explican los diversos modos con que puede cometerse el sacrilegio, señalando las penas en que se incurre, y que en general son pecuniarias, de cárcel y destierro, añadiéndose en una de sus leyes (1) que el juez debe castigarlos á su arbitrio, teniendo en consideracion las circunstancias del acto, entre las cuales debe atenderse principalmente, segun observa Gutierrez (2), á si la profanacion de la cosa sagrada fué el fin que se propuso el sacrilego ó fué efecto de su accion; pues en el primer caso se hace mayor desprecio del culto público, y debe ser mayor la pena que en el segundo. El conocimiento de este delito para el efecto de imponer la excomunion pertenece al eclesiástico.

8. Es especie de sacrilegio la *simonia*, que es el comercio que se hace de las cosas espirituales ó anexas á ellas dándolas por dinero ú otra cosa temporal. De este delito trata el tit. 17 de la Partida 1<sup>a</sup>, y su conocimiento está cometido á la jurisdiccion eclesiástica (3) que procede conforme á lo que dispone el derecho canónico. Tenemos sin embargo en el civil una disposicion (4) relativa á los que por medio de dádivas ó promesas consiguieren ó intentaren conseguir algun oficio ó beneficio, secular ó eclesiástico cuya provision ó presentacion corresponda á la autoridad politica. Por solo el hecho se les declara inhábiles é incapaces de retener el oficio; se da por nula la provision ó presentacion; no hacen suyos los frutos ó emolumentos; deben perder sus oficios y honores, como tambien lo que dieron

(1) L. 5, tit. 18, P. 1. — (2) Pract. crimin., tom. 3, cap. 1, n. 40. — (3) L. 38, tit. 6, P. 1. — (4) L. 19, tit. 26, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 22, lib. 3 de la N.

ó prometieron, y deben ser desterrados por diez años. En las mismas penas incurrén todos los que intervinieren, redimiéndose de ellas el que lo denunciare, y pudiéndose probar el delito por tres testigos que depongan de diversos hechos, con tal que sean personas que merezcan ser creídas.

9. Es también especie de sacrilegio el *perjurio*, que es el delito de jurar en falso ó quebrantar maliciosamente el juramento que se ha hecho. Incurré según esto en perjurio, el testigo que jura en falso; el que quebranta el juramento que hizo en algun contrato para mas obligarse á su cumplimiento; y el litigante que falta á la verdad cuando se le examina judicialmente bajo de juramento. Por lo que hace al testigo, ya dijimos en el número 1 del título XXVI de este libro que es falsario, y en el número 9 expusimos las penas que le señalan las leyes. En cuanto al que deja de cumplir lo que ofreció con juramento, no debe imponérsele ninguna pena, si prueba que no pudo cumplir lo prometido, ó si esto era injusto ó ilícito, ó si de su cumplimiento podía seguirse algun inconveniente, de todo lo cual ponen varios ejemplos las leyes (1). Mas fuera de estos casos, el que falta á lo que ofreció con juramento es infame, y su testimonio no debe ser creído (2), y por una de la Recopilación (3) que habla únicamente del juramento hecho sobre contratos, se le imponía al que lo quebrantara la pena de confiscación de bienes; pero por otra posterior en orden en la Recop. aunque no en la Novis. (4), se señala en general al que jure en falso sobre la Cruz y los Evangelios la pena de seiscientos maravedis. En orden al litigante que jura en falso, si el juez ó su conten-

(1) LL. 27, 28 y 29, tit. 11. P. 3. — (2) L. 26, tit. y P. cit. —

(3) L. 1, tit. 17, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 6, lib. 12 de la N., dada por el rey D. Juan II, en Valladolid en 1442. — (4) L. 2, tit. 17, lib. 8 de la R. ó 1, tit. 6, lib. 12 de la N., dada por los reyes D. Alonso XI y D. Enrique III, que precedieron á D. Juan II.

diente desirieron el pleito á su juramento, según la ley (1) no se le puede imponer pena alguna.

10. La superstición es el último delito contra la religión, de que se encargan las leyes civiles, y es *el culto que se da á quien no se debe, ó á Dios del modo que no se debe*, y son especies de ella la magia, hechicería ó maleficio, el sortilegio, la adivinación y los agüeros, El título XXIII de la Partida 7 se ocupa de este delito, enumerando en la ley 1 los modos con que suele cometerse, á que añade en la 2 los que se hacen *para enamoramiento de los omes ó de las mugeres*, y poniendo en la 3 que es la última, las penas en que incurrén que es la de muerte el que comete el delito, á ménos que haga el hechizo ú encanto con la buena intención de conseguir algun bien, que entónces no se señala pena, y la de destierro al que encubriere al delincuente; las cuales se hallan confirmadas y renovadas en las leyes de la Recopilación (2). Mas Gutierrez (3) citando á Vizcaino, observa que por costumbre de los tribunales se ha conmutado la pena de muerte en la de azotes á los hombres, y en la de sacar encorizadas y emplumadas á las mugeres.

11. Los títulos XXIV y XXV de la Partida 7 y el II del lib. 8 de la Recopilación, que está dividido en el I y II del libro 12 de la Novísima, se ocupan de los judíos, moros y moriscos, y creyendo sin objeto entre nosotros las disposiciones que contienen, omitimos extractarlas, haciendo esta indicación para salvar el rubro que Sala puso á este título.

12. En la antigua edición de esta obra concluía este título con la explicación de la infamia y de los infamados; pero como en el siguiente se trata de las penas, entre las que se enumera la infamia, reservamos hablar de ella para aquel lugar como mas oportuno.

(1) L. 26, tit. 11, P. 3. — (2) LL. 5, 6, 7 y 8, tit. 3, lib. 8 de la R. ó 1, 2 y 3, tit. 4, lib. 12 de la N. — (3) Pract. crimín., tom. 3, cap. 1, n. 26.

## TITULO XXX.

## DE LAS ACUSACIONES Y DE LAS PENAS.

Titulos 1 y 31, P. 7; 24 y 26 del lib. 8 de la R. ó 40 y 41, lib. 12 de la N., y 8, lib. 7 de la de Indias.

1. Qué es acusacion, y cómo se divide.
2. Requisitos de la acusacion.
3. Quiénes pueden acusar, y quiénes no.
4. Quiénes no pueden ser acusados.
5. Si pueden serlo los muertos.
6. No puede hacerse la acusacion por procurador, ni intentar en ella las acciones civil y criminal.
7. El acusador debe seguir la acusacion. Qué se hace cuando no la sigue.
8. Debe probar su acusacion, bajo la pena del talion, y afianzar de calumnia: los que acusan por su oficio no estan obligados á afianzar.
9. Del tiempo que dura el derecho de acusar, y de los modos con que se termina la acusacion interpuesta.
10. Qué debe hacerse cuando uno es acusado por muchos ó ante diversos jueces por uno ó por diversos delitos.
11. Qué es pena, y especies de ella que se mencionan en las leyes: cuáles son *corporis afflictivas*.
12. La de muerte solo puede aplicarse por garrote ó fusilamiento, y debe ser en público.
13. La de mutilacion no está en uso.
14. Tampoco la de señalar ó marcar al delincuente.
15. Observaciones sobre la de destierro.
16. Observaciones sobre las otras especies de penas corporales.
17. De la infamia, y primero de la de hecho.
18. De la infamia por sentencia, y sus efectos.
19. De la confiscacion de bienes: en su prohibicion no se comprende la de las penas pecuniarias.
20. Observaciones sobre las penas pecuniarias.
21. Sobre la pena de pérdida del empleo.
22. Causas porque las leyes penales se hallan sin vigor.
23. Para la imposicion de la pena debe constar ciertamente del delito.

1. La acusacion es la accion con que uno pide al

juez que castigue á otro por el yerro ó maldad que hizo; y suele distinguirse en *querrela*, que es la primera peticion ó escrito en que se refiere el delito, y se pide la práctica de las diligencias conducentes á su averiguacion y la del delincuente, y en *acusacion formal*, que es el segundo escrito que el acusador presenta en vista de aquellas.

2. La acusacion debe hacerse por escrito, y expresando los nombres del acusador y acusado, el delito, y el dia y lugar en que se cometió, y haciendo en ella el juramento de calumnia (1), y sin estos requisitos no debe admitirse por el juez (2). Gomez, á quien siguen otros autores, asienta (3) que cuando el delito no lo es precisamente por el dia y lugar en que se cometió, no tiene obligacion el acusador de expresar esas circunstancias en la acusacion, ni de probarlas en el juicio, ni aun á instancia del acusado; mas Gutierrez (4), con quien convienen Tapia (5) y Escriche (6), observa que las leyes (7) que previenen esa especificacion estan muy claras y no hacen distincion alguna. Vilanova opina (8) que puede admitirse y sentenciarse la causa aun omitida la expresion de esas circunstancias, siempre que aparezca cierta la perpetracion del delito, y aun cuando resulte no haberse justificado el dia y lugar que se señaló en la acusacion.

3. Puede acusar el ofendido por el delito, y en los públicos (á excepcion del adulterio, de que solo puede acusar el marido, á ménos que haya servido de tercero á su muger) cualquiera del pueblo, ménos aquellas personas á quienes está prohibido, que son: 1.º Las

(1) Véase el n. 7, tit. 5, lib. 3. — (2) L. 14, tit. 1, P. 7. — (3) Gomez 3, Var., cap. 11, n. 4. — (4) Pract. criminal., tom. 1, cap. 2, n. 11. — (5) Tapia, Febrero novisimo, tom. 7, tit. 2, cap. 1, nota al n. 3. — (6) Diccion. de legisl., art. *Querrela*. — (7) LL. 44, tit. 1, P. 7, y 4, tit. 2, lib. 4 de la R. ó 4 tit. 3, lib. 11 de la N. — (8) Materia criminal., Observ. 6, cap. 1, n. 64 á 67.

mugeres: 2º Los menores de catorce años: 3º Los que administran justicia: 4º Los perjuros é infames: 5º Aquel á quien se probare que recibió dinero para acusar, ó desamparar la acusacion hecha: 6º El que tuviere hechas y no acabadas en juicio dos acusaciones: 7º El pobre de solemnidad: 8º El cómplice en el delito (1): el hermano contra el hermano, el hijo contra el padre u otro ascendiente, el sirviente ó familiar contra su amo, excepto en los delitos de traicion, ó cuando alguna de estas personas trata de vindicar el daño que recibió ó el que se hizo á sus parientes en cuarto grado, suegros, yernos ó padrastrós (2): 9º El que tuviese pendiente contra sí alguna acusacion por delito mayor ó igual, y el sentenciado á muerte ó destierro perpetuo, á no ser que intente hacerlo por delito contra su persona ó parientes en cuarto grado: mas si fuere temporal el destierro, no tiene impedimento para ser acusador (3).

4. No pueden ser acusadas las personas que la ley reputa incapaces de delinquir (4), y son: 1º El menor de diez años y medio por ningun delito, y el de catorce por los de incontinencia (5): 2º El loco, fatuo y demas que carecen de razon y juicio, por los delitos que cometen durante la demencia (6): 3º El que haya sido juzgado y absuelto de un delito no puede ser acusado de nuevo por él, si no es que se pruebe que se procedió dolosamente en la primera acusacion, ó si habiéndose hecho esta por algun extraño, se entablase la segunda por pariente del agraviado, probando que ignoró la primera (7): 4º No podian serlo los jueces durante su oficio, sino por delitos cometidos en su desempeño (8); mas esto no tiene lugar en el gobierno

(1) L. 2, tit. 1, P. 7. — (2) La misma. — (3) L. 4, tit. 1, P. 7. — (4) Véase el n. 4 del tit. 24 de este libro. — (5) L. 9, tit. 1, P. 7. — (6) La misma. — (7) L. 12, tit. 1, P. 7. — (8) L. 11 del mismo tit. y P.

general de nuestra Federacion, en cuyas leyes no se encuentra otra excepcion que la que hace el artículo 107 de la Constitucion á favor del Presidente de la República, quien no puede ser acusado durante el tiempo de su encargo, sino por traicion contra la independencia ó forma de gobierno, por cohecho ó soborno cometido durante el mismo tiempo, ó por actos dirigidos manifiestamente á impedir las elecciones de presidente, senadores y diputados, ó á que estos se presenten á servir sus destinos, ó á impedir á las cámaras el uso de sus facultades constitucionales (1). Por el artículo 16, del Acta de reformas, el Presidente es responsable de los delitos comunes que cometa durante el ejercicio de su encargo; y aun de los de oficio exceptuados por la constitucion, siempre que el acto en el cual consistan, no esté autorizado por la firma del secretario responsable. Por los demas delitos que cometiere mientras fuere Presidente, solo puede ser acusado dentro de un año contado desde el dia en que dejare de serlo (2). Los demas funcionarios, sean de la clase que fueren, pueden ser acusados durante su oficio por cualesquiera delitos, y así está expresamente prevenido respecto de diputados y senadores (3) y ministros de la Corte suprema de Justicia (4). Por el artículo 12 del Acta de reformas corresponde exclusivamente á la Cámara de diputados erigirse en gran jurado para declarar, á simple mayoría de votos, si ha ó no lugar á formacion de causa contra los altos funcionarios, á quienes la Constitucion ó las leyes conceden este fuero.

5. Tampoco pueden ser acusados los muertos: la ley (5) exceptúa los delitos de heregia, traicion, malversacion de caudales publicos, inteligencia con los

(1) Constituc. feder., art. 38, P. 1 y 2. — (2) Art. 108 de la misma. — (3) Art. 43 de la misma. — (4) Art. 38, P. 3. — (5) L. 7, tit. 1, P. 7.

enemigos en perjuicio del estado, robo sacrilego, muerte dada por la muger á su marido, ó injusticia cometida por algun juez en fuerza de soborno; en cuyos casos se sigue la causa contra los delinquentes, aun despues de muertos, ya para resarcir con sus bienes el daño que hicieron, ya para declarar infame su memoria.

6. En causa de que pueda seguirse pena de muerte, mutilacion ó destierro, no puede hacerse la acusacion, ni aun en causa propia, por procurador, á excepcion del menor por quien puede hacerla su curador (1), y en ausencia de este puede aquel poner, con autoridad del juez, procurador que la haga (2); y aunque de todo delito dimana una accion civil y otra criminal, no se pueden intentar ambas como principales en una misma demanda cuando se pide criminalmente (3), á excepcion del delito de hurto, en el que es particular poderse pedir á un tiempo como esenciales la pena y la restitution de lo robado (4); pero por incidencia ó implorando el oficio del juez, puede pedirse por la accion civil: si solo se pide por una, sea la civil ó la criminal, no puede dejarse despues para intentar la otra (5).

7. El acusador tiene obligacion de seguir la acusacion; y si presentándose el acusado dentro del plazo que se le señaló para responder, no compareciere el acusador, puede el juez imponerle una multa, emplazándole para que acuda á seguir la acusacion; y si pasado este término no comparece ni alega causa legitima, debe ser absuelto el acusado, y condenado el acusador á pagar las costas y perjuicios ocasionados á aquel, y una multa de cinco libras de oro, y debe ademas ser declarado infame (6). Pero con permiso del

(1) LL. 6, tit. 1, P. 7, y 12, tit. 3, P. 3. — (2) Greg. Lop., glos. 6 de la l. 6, tit. 1, P. 7. — (3) Curia Filipica, P. 3, § 14, n. 6. — (4) Greg. Lop., glos. 2 de la l. 18, tit. 14, P. 7. — (5) Tap., Febr. novis., lib. 3, tit. 1, cap. 1, n. 40. — (6) L. 17, tit. 1, P. 7.

juez puede desampararse la acusacion dentro de treinta dias, ménos cuando se conoce que se hizo falsa y maliciosamente, ó cuando el acusado ha sido preso ó sufrido algun perjuicio ó menoscabo de su estimacion, en cuyo caso es necesaria su anuencia, ó cuando se acusa de traicion, falsedad, robo sacrilego ó al erario, ó abandono de castillo, fortaleza ó puesto militar (1).

8. Debe tambien el acusador probar su acusacion, no solo en lo principal del delito, sino tambien en los extremos que aquella abraza, siendo sustanciales ó que agraven el crimen, y al que no lo hace señala la ley (2) la pena del talion, que abolida por costumbre general, segun afirman los autores (3), ha sido subrogada con otras arbitrarias segun las circunstancias de las personas y casos; y para que no sean ilusorias se exige al acusador (4) la fianza de calumnia (5). Tapia afirma (6) que el que acusa por delito cometido contra alguno de los suyos, no está obligado á prestar la fianza, porque tampoco incurre en pena si no prueba la acusacion, y cita en apoyo de esto la ley (7) que dice: *Ca magister non la provase, non le deven dar ninguna pena en el cuerpo*. Con mas generalidad expresan las leyes esta excepcion respecto del que acusa de moneda falsa (8) y del heredero que lo hace á otros de haber dado muerte al que le nombró (9), la cual extiende Tapia (10) al acusador de heregia y traicion, al tutor ó curador que acusa por su menor, y al fiscal ó cual-

(1) L. 19, tit. y P. cit. — (2) L. 26, tit. y P. cit. — (3) Greg. Lop., glos. 3, l. 13, tit. 9, P. 4, Gom. 3, Var., tit. 11, n. 31, Curia Filip., P. 3, § 8, n. 13, Gutier., Pract. crim., tom. 1, cap. 2, n. 17 y otros. — (4) L. 64, tit. 4, lib. 2 de la R. ó LL. 7 y 8, tit. 33, lib. 12 de la N. — (5) Véase sobre esta fianza el n. 11, tit. 13, lib. 3. — (6) Tapia, Febr. novis., tom. 7, tit. 2, cap. 1, n. 9. — (7) L. 26, tit. 1, P. 7. — (8) L. 20, tit. y P. cit. — (9) L. 21, tit. y P. cit. — (10) Febr. novis., tom. 7, tit. 2, cap. 1, n. 9 en la nota.

quiera otro que por su empleo tiene el cargo de acusar y notar los crímenes y excesos.

9. El derecho de acusar dura mientras no se prescribe la responsabilidad del delincuente, para lo cual se requiere diverso tiempo según la diversidad de los delitos, que hemos explicado en el núm. 9 del título XXIV de este libro; y la acusación interpuesta se termina: 1º Por muerte del acusador, pues no están obligados á seguirla sus herederos ó parientes, aunque el juez deberá seguir la causa de oficio, no siendo el delito de aquellos en que solo puede procederse á instancia de parte (1); 2º Por la muerte del acusado, en cuyo caso no se le ha de imponer pena alguna, sino en los casos de que hemos hablado en el núm. 5: y si su fallecimiento acaeciere después de haber apelado de la sentencia en que se le condenase á pena corporal y pecuniaria, podrá seguirse la apelación por sus herederos por lo tocante á los bienes, y del mismo modo pueden seguirla los del acusador; mas si en la sentencia no se habló de bienes, queda concluida la acusación, y no podrán tomarse á sus dueños: 3º Por convenio ó transacción entre el acusado y acusador, de que hemos hablado en otra parte (3).

10. Cuando muchos acusan á uno al mismo tiempo de un delito, si son extraños escogerá el juez al que le parezca de mejor intención (4); y siendo parientes es de opinión Gutierrez (5), conformándose con el orden que la ley (6) señala para poder acusar, que la de la muger prefiera á los hijos y demas parientes de su marido en delito cometido contra este, así como él prefiere á los de ella en su caso: y entre los parientes

(1) L. 23, tit. 1, P. 7. — (2) LL. 7, tit. 8 y 28, P. 3, y 23, tit. 1, P. 7. — (3) NN. 43, 46 y 47, tit. 9, lib. 2. — (4) L. 13, tit. 1, P. 7. — (5) *Pract. crim.*, tom. 1, cap. 2, n. 6. — (6) L. 14, tit. 8, P. 7.

preferirá el de grado mas próximo; y siendo todos de uno mismo, ó se reputará una sola la acusación, ó escogerá el juez como en los extraños. Y cuando uno fuere acusado ante diversos jueces, si fuere por el mismo delito, preferirá el que prevenga, siendo competente, y si por diversos delitos, seguirá cada uno su causa, conduciéndose de modo, dice Vilanova (1), que verificado el castigo del delito ménos grave, quede el reo á disposición del otro juez para hacer en él la debida justicia.

11. La pena según la ley (2), es *enmienda de fecho, ó escarmiento que es dado según ley á algunos por los yerros que hicieron*. Son pues dos los objetos de las penas, á saber: reparar en lo posible el mal causado por el delito, y retraer á los demas de cometerlos por el escarmiento; y las especies que de ellas mencionan las leyes, son las siguientes: 1º La de muerte; 2º La de mutilación; 3º Destierro perpetuo con confiscación de bienes; 4º Trabajo perpetuo en las minas; 5º Prisión perpetua; 6º Destierro sin confiscación; 7º Azotes y deshonor pública (3); 8º Servicio de arsenales ó galeras (4); 9º Presidio (5); 10º Servicio de hospitales; 11º Servicio de las armas (6); 12º Reclusión (7);

(1) *Mater. crim.*, Observ. 10, cap. 7, punt. 4, n. 36. — (2) L. 1, tit. 31, P. 7.

(3) Todas estas especies se enumeran en la L. 4, tit. 31, P. 7. Véase también sobre destierro el art. 15 de la ley de 4 de septiembre de 1823, el 43 de la de 14 de octubre de 1828, y el 4 de la de 23 del mismo mes y año, y otros decretos. — (4) De esta pena hablan las siguientes LL. 8, tit. 11, 4, 6, 10, 11, 12 y 13, tit. 24, lib. 8 de la R. ó 2, 1, 3, 4, 5, 6 y 7, y 10, tit. 40, lib. 12 de la N. — (5) L. 8, tit. 40, lib. 12 de la N., y Ordenes de 26 de mayo de 1797 y 26 de abril de 1800, y L. 13, tit. 6, lib. 6 de la R. ó 19, tit. 19, lib. 12 de la N., y otras. — (6) Real orden de 29 de mayo de 1791, y decreto de 3 de marzo de 1828. — (7) Autos 61, tit. 6, lib. 2, y 2, tit. 11, lib. 8 de la R. ó L. 8, tit. 26, lib. 12 de la N., y su nota, y otras.

13º Obras públicas (1); 14º Infamia (2); 15º Privacion de oficio ó suspension de él (3); 16º Pérdida de empleo ó suspension de él (4); 17º Suspension de los derechos de ciudadano (5); y 18º Multa (6). De estas trece primeras se llaman corporales ó *corporis afflictivas*, porque mortifican el cuerpo, ó le quitan la libertad, y esta distincion surte el efecto de que á los reos de delitos que no tengan designada por la ley alguna de ellas no se les pone en prision, ó se les saca de ella tan luego como de la causa aparece esa circunstancia (7).

12. Referidas las penas que se encuentran señaladas en diversas leyes, conviene ahora notar las variaciones, modificaciones y aboliciones que respecto de ellas se han hecho por otras disposiciones; y comenzando por la de muerte, es de advertir, que aunque varias leyes hablan de la de quemar vivos á los reos, ó asaetearlos ó ahorcarlos, los dos primeros modos estaban abolidos por el uso, y hoy lo está la de horca, en cuyo lugar se sustituye la de garrote (8), no quedando ya mas que dos modos de quitar la vida á los hombres, cuando las leyes lo prevengan, que son el referido de garrote y el de pasarlos por las armas, de que suele usarse ademas de los casos en que así se previene, cuando no hay quien ejecute el otro. La pena de muerte debe aplicarse en público, anunciándose el delito, y los cadáveres de

(1) Real orden de 18 de marzo de 1799, y de 13 de marzo de 1800, y otras. — (2) Es de las mencionadas en la l. 4, tit. 31, P. 7, y en otras muchas. — (3) LL. 11, tit. 1, lib. 4 de la R. ó 6, tit. 1, lib. 10 de la N., y 8, tit. 16, lib. 2 de la R. ó 22, tit. 21, lib. 3 de la N., y otras. — (4) L. 3, tit. 8, lib. 9 de la R. Decretos de 3 de mayo de 1764 y 17 de noviembre de 1720. Art. 247 de la Ordenanza de Intendentes, y l. de 24 de mayo de 1831, y otras. — (5) LL. de 4 de septiembre de 1823 y 23 de octubre de 1823, y otras. — (6) Son innumerables las leyes que hablan de multa. — (7) L. 8, tit. 7, lib. 2 de la R. ó 6, tit. 12, lib. 3 de la N. — (8) Decreto de las cortes de 24 de enero de 1821.

los ajusticiados se entregarán á sus parientes, ó cofradías que los pidieren para enterrarlos (1); y cuando se sentenciare á esta pena á muger que estuviere embarazada, no se ejecutará hasta que haya parido, bajo pena de homicidio al que hiciere lo contrario (2).

13. Con respecto á la mutilacion no encontramos ninguna disposicion que la haya abolido en general, pues solo notamos la que conmuta la de quitar los dientes al testigo falso (3), y la que notan Acevedo y Cobarruvias (4) que en su tiempo habia hecho ya el uso de poner á los blasfemos una mordaza en vez de cortarles ú horadarles la lengua; pero sobre todas en general observa Escriche (5) que la suavidad de nuestras costumbres desterrado ha de la práctica tan pernicioso y bárbaro castigo.

14. Como especie de mutilacion se reputa, segun Gutierrez (6), la pena de marcar ó señalar el cuerpo del delincuente, y con relacion á ella previene una ley de Partida (7) que no se puede poner señal en la cara, aunque en el mismo código se habia impuesto esa pena al blasfemo (8), y en el de la Recopilacion al bigamo (9); mas militando contra toda marca las mismas razones que contra la mutilacion rigurosa, la humanidad y el interes de la sociedad tienen abolido su uso.

15. El destierro podia ser ó perpetuo, al que iba unida siempre la confiscacion de bienes, ó temporal, al que no siempre se unia aquella: de la tierra, esto es, de los confines del reino para fuera del, que se llamaba *extrañamiento del reino*, y podria llamarse *expatriacion*, ó de un lugar á otro dentro del mismo: si este lugar es punto fortificado ó tiene guarnicion de soldados, y al desterrado se le condena á los trabajos de

(1) LL. 11, tit. 31, P. 7. — (2) La misma. — (3) Véase el n. 9 del tit. 26 de este libro. — (4) Véase el n. 3 del tit. 29 de este libro. — (5) Dicción. de legisl. art. *Mutilacion*. — (6) Pract. crimin. tom. 3, Discurso sobre las penas, n. 45. — (7) L. 6, tit. 31, P. 7. — (8) L. 4, tit. 28, P. 7. — (9) L. 3, tit. 1, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 28, lib. 12 de la N.

allí, el destierro es presidio : si se le destierra á determinado lugar, esta pena se podrá llamar *confinamiento*. Sobre estas penas hay varias cosas que notar : 1º Que la pena de presidio no puede extenderse á mas de diez años : pero si fuere por todo este tiempo, se le puede añadir la calidad de *detencion*, que equivale á que concluido el término no pueden salir los condenados sin licencia del tribunal superior que dió ó confirmó la sentencia, y que proveerá la soltura con audiencia del fiscal y con vista de los informes de la conducta que hayan tenido en su destino (1); 2º Que en ningun caso es anexa al destierro la confiscacion de bienes, de que hablaremos en el núm. 19; 3º Que así como conforme á una ley de Partida (2) el destierro para fuera de los confines del reino no se podia imponer sino por el rey ó el que fuese todas sus veces, por lo que en opinion de Gregorio Lopez (3) no se podia imponer por las chancillerias, sino por el supremo consejo, así tampoco podrá imponerse hoy para fuera de la República por los poderes judiciales de los Estados, pues aunque independientes en su órbita, esta no se extiende fuera de los límites del Estado, por lo que podrán desterrar de él, ó de un punto á otro del mismo; mas para fuera de la República solo podrá hacerlo el poder judicial de la Federacion, que se extiende á toda ella, respecto de las personas en los casos, y por los delitos de que le toca juzgar.

16. Ya no tiene efecto la circunstancia de perpetuas que la ley (4) pone á la pena de trabajo en las minas y á la de prision, porque hay en ellas la misma ó mayor razon que en la de presidio. Lo propio debe enten-

(1) L. 13, tit. 24, lib. 8 de la R. 67, tit. 40, lib. 12 de la N. L. 8 del mismo lib. 12, tit. 40. L. 16 al fin, tit. 12, lib. 5 de la N. Ordenes de 24 de agosto de 1772 y 20 de abril de 1800. — (2) L. 3, tit. 31, P. 7. — (3) Greg. Lop., glos. 1 de la l. 5 últ. cit. — (4) Lib. 4, tit. 31, P. 7.

derse en las de arsenales, hospitales, servicio de las armas (1), obras públicas y reclusion : y en orden á la prision añadimos, que esta no debia sufrirse en la cárcel, segun se dice en las leyes de Partida (2) aunque en otras posteriores (3) se señala ese lugar para la prision; mas respecto de los delitos por abuso de libertad de imprenta, véase el apéndice de esta clase de delitos. La de azotes está abolida (4), y la de galeras, aunque fué restablecida por cédula de 16 de febrero de 1785, no habiéndolas en la República, no podrá tener efecto. En la de servicio de hospitales no se comprenden los hospicios y casas de caridad, á las que no pueden ser destinados los reos, si no hay en ellas departamento de correccion (5), no entendiéndose por de caridad las casas de recogidas, que son verdaderamente correccionales, y en ellas se cumple la reclusion que se impone á las mugeres perdidas (6). Al servicio de las armas no se deben destinar los reos de robos (7) ni los condenados por ladrones durante el tiempo de su condena (8). Hoy no puede imponerse como pena el servicio de armas, por el decreto de 4 de noviembre de 1848, por delito que cause infamia.

17. La infamia, ó disfamamiento, como la llama la ley de Partida (9), es *profanamiento que es hecho contra la fama del hombre*, la cual, segun la misma ley, es *buen estado del hombre que vive derechamente segun ley y buenas costumbres*. Se distingue en infamia de hecho y de derecho : la primera es la que proviene

(1) Esta pena no puede hoy imponerse en virtud del decreto de 4 de noviembre de 1848, por delito infamante.

(2) LL. 11, tit. 29, y 4, tit. 31, P. 7. — (3) Entre otras la Pragmática de Fuegos. — (4) Decreto de 8 de septiembre de 1813. — (5) L. 19, tit. 40, lib. 12 de la N. — (6) Aut. 2, tit. 11, lib. 8 de la R. ó l. 8, tit. 19, lib. 12 de la N. — (7) Real orden de 29 de mayo de 1791. — (8) Decreto de 20 de mayo de 1826. — (9) L. 1, tit. 6, P. 7.

de acciones deshonorosas y denigrativas en el concepto de las personas honradas, aunque no haya ley que las castigue (1), y como esta depende de la opinion de los hombres, no puede darse una regla fija sobre ella, pues vemos que alguna de las que enumera la ley (2) como tales, ha dejado, y con razon, de serlo. La de derecho es la que está señalada por las leyes á algunas acciones, y en ella se incurre ó por solo el hecho de practicar la accion, ó por la sentencia del juez. Por lo primero son infames el lenon ó alcahuete: el juglar ó bufon que anda públicamente por el pueblo cantando ó haciendo juegos por precio: el que por precio tambien lidia con animales bravos: el militar echado del ejército por delito: el soldado que en lugar de cuidar de sus deberes arrienda heredades ajenas por modo de mercaderia: el usurero: el que quebranta transacciones juradas: el que comete el pecado nefando (3): el abogado que hace el pacto de *quota litis* (4): el juez que á sabiendas da sentencia injusta (5), y aunque lo era la viuda que casaba dentro del año de la viudedad (6), dejó de serlo por otra disposicion posterior (7).

18. Por sentencia deben serlo los que son condenados por traicion, falsedad, adulterio, hurto, robo, engaño ó tuerto, esto es, injuria (8), ú otro delito público segun la opinion de Gregorio Lopez (9), los que pactaren ó dieren algo sin mandamiento de juez para que la acusacion no pase adelante, por la razon, segun la ley (10), de que por ese pacto se considera que confiesan el delito, y los que fueren condenados por haber cometido dolo en los contratos de compañía, mandato ó

(1) L. 1, tit. 6, P. 7. — (2) L. 2, tit. 6, P. 7, que pone en primer lugar á los hijos ilegítimos. — (3) L. 4, tit. 6, P. 7. — (4) L. 14, tit. 6, P. 3. — (5) L. 24, tit. 22, P. 3. — (6) L. 3, tit. 6, P. 7. — (7) L. 3, tit. 1, lib. 5 de la R. ó 4, tit. 2, lib. 10 de la N. — (8) L. 3, tit. 6, P. 7. — (9) Greg. Lop., glos. 3 de la l. 3 últ. cit. — (10) L. 3 cit.

depósito, ó en la administracion de la tutela (1). Los condenados á infamia no pueden ser testigos, sino en causas de traicion (2): no pueden acusar (3), y son inhábiles para obtener empleos; pero se les puede obligar á servir los que le sean gravosos y útiles al comun (4), y tambien pueden ser procuradores y tutores testamentarios (5); pero la infamia será solo de aquel á quien se condene, y no trascenderá ni perjudicará á sus descendientes (6).

19. Las leyes imponen de varios modos la pena pecuniaria, pues hablan de la pérdida de todos los bienes, de la de la mitad, de la tercera ó cuarta parte, de cantidad ó cosa determinada, y de su importe se hacen aplicaciones igualmente varias, pues unas los destinan al fisco, otras al juez, fisco y denunciador, que es lo mas comun, y otras á los aprensosores y fomento de la industria, como son las que hablan del comiso. Sobre este género de pena es de notar la disposicion del art. 147 de la Constitucion federal que prohibe para siempre la pena de confiscacion de bienes; mas ni en él, ni en ninguna otra ley se encuentra fijado con la precision que es de desear el concepto que aquella envuelve. Segun el Diccionario de legislacion, confiscacion es *la adjudicacion que se hace al fisco de los bienes de algun reo*, y segun el de la lengua es *el acto y efecto de confiscar*, cuyo verbo significa, segun el mismo: *privar de sus bienes á algun reo, y aplicarlos al fisco*; por manera que envuelve dos cosas: la total privacion de los bienes y su aplicacion al fisco; aunque la razon de la prohibicion no es esta, sino aquella, segun se explican los autores de la Constitucion española en el discurso preliminar, en que dicen: « Por este mismo

(1) L. 3, tit. 6, P. 7. — (2) L. 8, tit. 16, P. 3, y Greg. Lop., glos. 2. — (3) L. 7, tit. 1, P. 7. — (4) L. 7, tit. 6, P. 7. — (5) La misma. — (6) Const. feder., art. 146.

» principio de no hacer trascendental al inocente la  
 » pena de los delitos de otros, se prohibe para siempre  
 » la pena de confiscacion de bienes. » Parece que por  
 aquella disposicion constitucional no están abolidas las  
 penas de pérdida de la mitad de los bienes, de la ter-  
 cera ó cuarta parte de ellos, ni de cantidad ó cosa de-  
 terminada, aun cuando esta sea todo el haber del delin-  
 cuente, pues la encontramos señalada en las leyes de  
 las cortes españolas posteriores á la Constitucion de  
 1812, y de los congresos mejicanos despues de la Con-  
 stitucion federal. Tal es la de 500 pesos que se impone  
 en el artículo 30 de la de 22 de octubre de 1820 al im-  
 presor que falta á los requisitos que ella previene para  
 la impresion de los escritos, y la de la pérdida del buque  
 y su cargamento, que señala el artículo 6 de la de 31 de  
 marzo de 1831 á los contrabandistas.

20. En orden á las penas pecuniarias, debemos notar  
 que está prohibido á los jueces eclesiásticos imponer-  
 las (1), y á los seculares aplicarlas, si no es en el tanto  
 y casos que las leyes designan (2): que por una ley de  
 Indias (3) no se pueden imponer á los que se llamaban  
 indios: que las señaladas en las leyes de Castilla debian  
 entenderse dobles en América (4), aunque habiéndose  
 alterado tanto el valor de la moneda, se han conver-  
 tido aquellas en extraordinarias y arbitrarias: que su  
 exaccion, tanto en causas civiles como criminales, debe  
 hacerse ejecutivamente, sin que antes de que se veri-  
 fique el pago pueda admitirse sobre él ningun recurso:  
 que cuando se interponga despues de hecho el pago,  
 deberá terminarse dentro de sesenta dias; y por último  
 que en nuestra opinion la exaccion de multas en que

(1) Escribete, Dicción. de legisl., art. *Multas*, cuya doctrina es  
 conforme á la l. 13, tit. 1, lib. 4 de la R. ó 12, tit. 1, lib. 2 de  
 la N. — (2) LL. 2, tit. 26, lib. 8, y 11, tit. 6, lib. 2 de la R. ó 3 y  
 12, tit. 41, lib. 12 de la N. — (3) L. 6, tit. 8, lib. 7 de la R. de In-  
 dias. — (4) L. 3, tit. y lib. cit.

se incurra por delitos de policia debe hacerse por las  
 autoridades civiles, cualquiera que sea el fuero del de-  
 lincente, en virtud de la declaracion del artículo 7 de  
 la ley de 28 de mayo de 1826 que dice: *ningun fuero  
 privilegiado se gozará en materia de policia*, la que  
 aunque inserta en una ley cuyo objeto principal, que  
 es la creacion de una fuerza pública, solo debia tener  
 efecto en la capital del Distrito, debe entenderse para  
 toda la República, como que aclara fueros que estable-  
 ce la Constitucion federal, ó designa casos en que no  
 se gozan, sobre cuyos objetos solo puede legislar el  
 Congreso general, obrando como tal, y sus disposicio-  
 nes se extienden á toda la República. Sobre la admi-  
 nistracion é inversion de los fondos de penas pecunia-  
 rias, se han dictado diversas instrucciones, que en la  
 Novisima, son las leyes 16, 17, 18, 19 y 21 del tit. 41  
 del libro 12, que nos limitamos á indicar porque con-  
 tienen muchas disposiciones inadaptables. Por el de-  
 creto de 13 de mayo de 1848, las penas pecuniarias y  
 multas que impongan los tribunales en el distrito fede-  
 ral, se enterarán en la tesorería del fondo judicial.

21. Sobre la pena de pérdida de empleo que en al-  
 gunos casos se impone á los empleados, debe notarse,  
 que el que lo fuere con despacho ó título en propie-  
 dad, no puede ser removido sino por sentencia judi-  
 cial, precediendo la formacion de causa; mas el que lo  
 sea en interinidad ó por encargo, puede ser separado  
 por providencia económica, y se le podrán oír sus des-  
 cargos extrajudicialmente (1). A los de la Federacion  
 puede suspenderlos el Presidente de la República has-  
 ta por tres meses, privándolos aun de la mitad de su  
 sueldo siempre que quebrantaren sus órdenes y decre-  
 tos; y si creyere que se les debe formar causa, pasará  
 los antecedentes al tribunal respectivo (2).

(1) L. 8, tit. 9, lib. 6 de la N. — (2) Part. 20 del art. 110 de la  
 Constit. feder.

22. Las modificaciones y aboliciones que hemos indicado respecto de algunas penas: la diversidad del tiempo en que ellas fueron asignadas respecto del nuestro en que tanto se han cambiado las costumbres, y la obligación que la ley (1) impone á los jueces de atender cuidadosamente á las circunstancias del delincuente y del delito, de que pone la misma muchos ejemplos, para segun ellos aumentar, disminuir ó remitir completamente la pena: todo reunido ha hecho que nuestras leyes penales, en las que segun hemos visto se halla señalada la pena para cada delito, hayan perdido muchas su vigor hasta quedar, como observa Alvarez (2), enteramente anticuadas y sin uso, y los tribunales necesitados á imponer penas arbitrarias en defecto de legales.

23. Para la imposición de la pena debe constar el delito por pruebas legítimas, y no por señales ó presunciones, *porque la pena, dice la ley (3), despues que es dada en el cuerpo del ome, non se puede tirar nin enmendar, maguer entienda el juez que erró en ello;* y principalmente cuando la pena que haya de imponerse sea la de muerte, para la cual exige otra ley (4) *que las pruebas sean leales e verdaderas e sin ninguna sospecha, e que los dichos e las palabras que dijeren firmando sean ciertas e claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna, debiendo estar siempre los jueces mas inclinados y dispuestos á absolver al reo que á condenarle; ca mas santa cosa es, e mas derecha quitar al ome de la pena que mereciere por yerro que oviese fecho, que darla al que la non mereciere, nin oviese fecho alguna cosa por que (5).*

(1) L. 8, tit. 31, P. 7. — (2) Instituciones del Derecho real, lib. 4, tit. 1, § 1. — (3) L. 7, tit. 31, P. 7. — (4) L. 26, tit. 1, P. 7. — (5) L. 9, tit. 31, P. 7.

## TITULO XXXI.

## DE LOS TORMENTOS, CARCELES, PERDONES Ó INDULTOS, Y DE LOS ASILOS.

Titulos 29, 30 y 32, P. 7; 9, lib. 2; 24, lib. 4 y 25, lib. 8 de la R. ó 38, 39 y 42, lib. 12 de la N., y 6 y 7, lib. 7 de la de Indias.

1. Está abolido el tormento y los apremios; por lo que se omite hablar de ellos.
2. Qué es cárcel; no puede tenerla mas que la autoridad pública, bajo pena de muerte.
3. Su objeto es la custodia y no la molestia de los presos.
4. No puede recibirse en ella á ninguno sin mandamiento escrito de juez, pero sí en calidad de detenido: distincion de presos y detenidos.
5. Requisitos para proceder á la prision de un ciudadano: los jueces civiles pueden proceder á la de los militares delincuentes donde no haya juez de su fuero: los eclesiásticos no pueden por sí prender á los seculares: el Presidente de la República puede decretar la detencion: y á los delincuentes: *in fraganti* los pueden detener las patrullas y ministros de justicia.
6. Todos los tribunales civiles, militares y eclesiásticos deben hacer visitas generales y particulares de sus cárceles: cuántas deben ser las generales, quiénes deben concurrir y á qué se deben contrair.
7. Las particulares deben ser semanarias: quiénes deben concurrir, y á qué se han de contrair: de las providencias de visita no hay recurso.
8. De las obligaciones de los alcaides ó carceleros.
9. De la fuga de los presos: pena de los reos que huyen.
10. Penas de los alcaides á quiénes se huyan los presos.
11. Qué es indulto, y quién puede concederlo.
12. El indulto puede ser general ó particular: por delitos políticos, que se llama *amnistia*, ó por los civiles que no se entienden comprendidos en aquella: á qué

22. Las modificaciones y aboliciones que hemos indicado respecto de algunas penas: la diversidad del tiempo en que ellas fueron asignadas respecto del nuestro en que tanto se han cambiado las costumbres, y la obligación que la ley (1) impone á los jueces de atender cuidadosamente á las circunstancias del delincuente y del delito, de que pone la misma muchos ejemplos, para segun ellos aumentar, disminuir ó remitir completamente la pena: todo reunido ha hecho que nuestras leyes penales, en las que segun hemos visto se halla señalada la pena para cada delito, hayan perdido muchas su vigor hasta quedar, como observa Alvarez (2), enteramente anticuadas y sin uso, y los tribunales necesitados á imponer penas arbitrarias en defecto de legales.

23. Para la imposición de la pena debe constar el delito por pruebas legítimas, y no por señales ó presunciones, *porque la pena, dice la ley (3), despues que es dada en el cuerpo del ome, non se puede tirar nin enmendar, maguer entienda el juez que erró en ello;* y principalmente cuando la pena que haya de imponerse sea la de muerte, para la cual exige otra ley (4) *que las pruebas sean leales e verdaderas e sin ninguna sospecha, e que los dichos e las palabras que dijeren firmando sean ciertas e claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna, debiendo estar siempre los jueces mas inclinados y dispuestos á absolver al reo que á condenarle; ca mas santa cosa es, e mas derecha quitar al ome de la pena que mereciere por yerro que oviese fecho, que darla al que la non mereciere, nin oviese fecho alguna cosa por que (5).*

(1) L. 8, tit. 31, P. 7. — (2) Instituciones del Derecho real, lib. 4, tit. 1, § 1. — (3) L. 7, tit. 31, P. 7. — (4) L. 26, tit. 1, P. 7. — (5) L. 9, tit. 31, P. 7.

## TITULO XXXI.

## DE LOS TORMENTOS, CARCELES, PERDONES Ó INDULTOS, Y DE LOS ASILOS.

Titulos 29, 30 y 32, P. 7; 9, lib. 2; 24, lib. 4 y 25, lib. 8 de la R. ó 38, 39 y 42, lib. 12 de la N., y 6 y 7, lib. 7 de la de Indias.

1. Está abolido el tormento y los apremios; por lo que se omite hablar de ellos.
2. Qué es cárcel; no puede tenerla mas que la autoridad pública, bajo pena de muerte.
3. Su objeto es la custodia y no la molestia de los presos.
4. No puede recibirse en ella á ninguno sin mandamiento escrito de juez, pero sí en calidad de detenido: distincion de presos y detenidos.
5. Requisitos para proceder á la prision de un ciudadano: los jueces civiles pueden proceder á la de los militares delincuentes donde no haya juez de su fuero: los eclesiásticos no pueden por sí prender á los seculares: el Presidente de la República puede decretar la detencion: y á los delincuentes: *in fraganti* los pueden detener las patrullas y ministros de justicia.
6. Todos los tribunales civiles, militares y eclesiásticos deben hacer visitas generales y particulares de sus cárceles: cuántas deben ser las generales, quiénes deben concurrir y á qué se deben contrair.
7. Las particulares deben ser semanarias: quiénes deben concurrir, y á qué se han de contrair: de las providencias de visita no hay recurso.
8. De las obligaciones de los alcaides ó carceleros.
9. De la fuga de los presos: pena de los reos que huyen.
10. Penas de los alcaides á quiénes se huyan los presos.
11. Qué es indulto, y quién puede concederlo.
12. El indulto puede ser general ó particular: por delitos políticos, que se llama *amnistia*, ó por los civiles que no se entienden comprendidos en aquella: á qué

delitos y personas se extienden los generales, y qué efectos producen.

13. Diligencias para impedir un indulto particular.

1. El título 30 de la Partida 7 y algunas otras disposiciones posteriores se ocupan del tormento, casos y modo con que debía darse; pero todas ellas están hoy felizmente sin uso alguno, estando prohibida por el artículo 149 de la Constitución Federal á todas las autoridades la aplicación de toda clase de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso; y por el decreto de las cortes españolas de 22 de abril de 1811 en que se prohibió para siempre el tormento, se prohíbe igualmente la práctica introducida de afligir y molestar á los reos con los que se llaman *apremios*, lo mismo que las *esposas*, *perrillos*, *calabozos extraordinarios* y otros, cualquiera que fuere su denominación y uso, bajo la pena de pérdida de empleo al juez que los mandare, y concediendo acción popular contra ese abuso.

2. Cárcel es lugar público en que los reos están guardados para que no huyan; y de esta definición se infiere que solo pueden ponerse por la autoridad pública (1) para que dispongan de ella los tribunales de justicia: y el particular que por propia autoridad hiciera cárcel, cepo ó cadena, comete delito de lesa nación, y debe ser castigado con pena de muerte, en la que incurren también los oficiales de justicia del lugar donde esto sucediere que sabiéndolo no lo impidieren, ó no lo castigaren, ó no lo hicieren saber al gobierno (2).

(1) LL. 43, tit. 29, P. 7. y 3, tit. 23, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 33, lib. 3 de la N. — (2) L. 43, tit. 29, P. 7.

3. El objeto de las cárceles es la custodia de los presos, por lo que no se les debe molestar ni mortificar en ellas, y al efecto se encarga eficazmente en las leyes (1) su mejor asistencia y alivio, y están mandados quitar los estrechos de las prisiones (2), y que estas queden con la comodidad y limpieza necesarias á la conservación de la salud.

4. Ninguno puede ser recibido en la cárcel en calidad de preso, sino por mandamiento de juez por escrito (3), á no ser que vaya en calidad de detenido. La distinción entre preso y detenido consiste en que la detención no puede pasar de sesenta horas (4): en que ella, cuando el local esté dispuesto, no debe ser dentro de la cárcel (5): en que si en el término que dura no se adelanta nada contra el detenido, debe ser puesto en libertad sin costas ni menoscabo de su honor, y durante ella solo se le recibe declaración para inquirir, sin hacerle cargo ni pregunta directa como delincuente (6); y por último, en que la prisión solo puede decretarse por los jueces, y con los requisitos que diremos, y la detención tiene lugar aun sin la intervención de los jueces.

5. Hemos dicho que solo los jueces pueden decretar la prisión de un ciudadano, y solo pueden hacerlo, ó previa información sumaria del hecho que no se necesita que produzca prueba plena ó semiplena del delito y delincuente, pero si que de ella resulte haber acaecido un hecho que merezca según ley ser castigado con pena corporal, y algun motivo ó indicio suficiente según las leyes para creer que tal persona ha cometido

(1) Las del tit. 24, lib. 4 de la R. ó tit. 38, lib. 42 de la N. — (2) Decreto de 24 de abril de 1823. — (3) Artículo 3 del decreto de 11 de septiembre de 1820. — (4) Art. 131 de la Constit. federal. — (5) Art. 4 del decreto de 11 de septiembre de 1820. — (6) Tapia, Febrero novísimo, tom. 7, tit. 3, cap. 3, n. 20.

algun hecho (1), ó sorprendiendo al delincuente *in fraganti*. Los alcaldes pueden tambien decretar la prision de los delinquentes que resulten de las diligencias de las sumarias que deben formar siempre que se cometa algun delito en el pueblo, ó cuando los aprendan *in fraganti*; pero dando en uno y otro caso cuenta al juez del partido con las diligencias, y poniendo á su disposicion los reos (2); y los de los lugares en que no haya comandante general ni particular de armas, deberán hacerlo con los militares delinquentes, formándoles la sumaria, y dando cuenta con ella en estado de sentencia al comandante general respectivo (3). Por lo que hace á los jueces eclesiásticos, no pueden proceder por sí á arrestar y prender á personas legas, bajo la pena de ser extrañados del pais, sino que deben implorar para ello el auxilio de los jueces seculares (4). El Presidente de la República puede arrestar, cuando lo exija el bien y seguridad de la federacion; pero poniendo á las personas arrestadas dentro de cuarenta y ocho horas á disposicion del tribunal ó juez competente (5). En caso de fragante delito pueden arrestar las rondas, patrullas, alguaciles y ministros de justicia, que siendo de dia presentarán los delinquentes á sus respectivos jueces, y si es de noche los detendrán en la cárcel para que de allí se les participe por la mañana (6), entendiéndose esto tambien respecto de los eclesiásticos que fueren sorprendidos *in fraganti* (7).

6. Todos los tribunales así civiles (8) como milita-

(1) Art. 1 y 2 del decreto de 11 de septiembre de 1820. — (2) Art. 8, cap. 3 de la l. de 9 de octubre de 1812. — (3) Art. 3 del Decreto de 13 de septiembre de 1823. — (4) LL. 14 y 15, tit. 1, lib. 4 de la R. ó 4 y 12, tit. 1, lib. 2 de la N. — (5) P. 2 del art. 112 de la Constitución federal. — (6) L. 7, tit. 23, lib. 4 de la R. ó 4, tit. 33, lib. 3 de la N. — (7) Ant. Gov., 3 var., cap. 9, n. 2. — (8) L. 1, tit. 7, lib. 7 de la R. de Indias, y art. 36, cap. 1 de la de 9 de octubre de 1812.

res (1) y eclesiásticos (2), tienen obligacion de hacer en las cárceles que les están sujetas cuatro visitas generales al año, en los sábados precedentes á los domingos de Ramos y Pentecostes (3), y en las visperas del día 16 de septiembre (4) y de Navidad (5), y una particular en cada semana (6). Las generales deben hacerse por todo el tribunal, sea civil, militar ó eclesiástico, con asistencia de todos sus dependientes (7), y asociado de dos individuos de la diputacion provincial, donde la haya, ó de dos regidores, que se interpolarán con los magistrados despues del que presida, y asistirá sin voto, y al efecto se avisarán previamente por los tribunales la hora en que debe verificarse la visita (8), en la que se presentarán precisamente todos los presos. Los tribunales, ademas del exámen que se acostumbra hacer, reconocerán por sí mismos las habitaciones, se informarán puntualmente del trato que se da á los encarcerados, del alimento y asistencia que reciben, y de si se les incomoda con mas prisiones que las mandadas por el juez, ó si se les tiene sin comunicacion no estando así prevenido (9), y verán las causas para po-

(1) Decreto especial de 9 de octubre de 1812. — (2) Otro decreto especial de 7 de octubre de 1812. — (3) L. de Indias citada, y el art. 36, cap. 1 de la de 9 de octubre de 1812, y los primeros de los dos decretos especiales últ. cit.

(4) Por decreto de 20 de septiembre de 1822, se mandó que las visitas generales se hicieran en los dias 24 de febrero y 27 de septiembre, que eran de festividad nacional; pero subrogados en su lugar por el art. 2 del de 27 de noviembre de 1824 los dias 16 de septiembre y 4 de octubre, se hace visita en el primero y no en el segundo, sin duda por el corto espacio que media.

(5) Por las disposiciones citadas en el n. 1 de esta página. — (6) L. 1, tit. 7, lib. 7 de la R. de Indias, y artículos 38, cap. 1 de la de 9 de octubre de 1812, y terceros de los decretos especiales de la misma fecha. — (7) Art. 36 y primeros de los tres decretos de 9 de octubre de 1812.

(8) Art. 37 y segundo de los mismos. Ley de 23 de mayo de 1837. — (9) Art. 39, y cuartos de los mismos. L. cit.

indios (1) ni detendrán por ellos á los pobres (2), ni les exigirán prendas (3) ó fiadores (4). Y los alcaides ó carceleros que maliciosamente trataren mal á los presos, quiere la ley (5) que mueran por ello, sujetando á los que se lo aconsejaren á pena arbitraria, y declarando al juez que fuere negligente en castigar este abuso por hombre infame, privado de oficio y acreedor á otra pena arbitraria.

9. En orden á la fuga de los presos, por lo que hace á los reos, dispone la ley (6) que si todos los presos de una cárcel se convinieren en quebrantarla, y se escaparen todos ó la mayor parte sin saberlo los que los guardaban, y despues fueren cogidos todos ó alguno de ellos, se les imponga la pena correspondiente al delito por que estaban presos, porque con su fuga se considera haberlo confesado; pero esto no impide, como dice Acevedo (7), que puedan probar su inocencia, en cuyo caso solo se les deberá imponer la pena de vergüenza por el quebrantamiento de cárcel, en el que no incurre, segun el mismo, el reo que huye para pedir que se le haga justicia presentándose á los tribunales superiores, que solían dar provisiones para que los de primera instancia no procediesen por esto contra los reos, así como tampoco merece pena ninguna el que huye por encontrar la puerta abierta; y enumera otros casos en que la fuga no se tiene por confesion. Si no huyen todos los presos, sino solo algunos, y se les coge despues, deben ser reducidos á prision mas fuerte, y castigados con pena extraordinaria segun la ley (8), que no distingue en este segundo caso si la fuga se hizo precediendo conspiracion ó sin ella, ni

(1) L. 21, tit. 6, lib. 7 de la R. de Indias. — (2) L. 16, tit. 6, lib. cit. de la misma. — (3) L. 17 del mismo. — (4) L. 18 del mismo. — (5) L. 11, tit. 29, P. 7. — (6) L. 13, ib. — (7) Aceved. sobre la l. 7, tit. 26, lib. 8 de la R. — (8) L. 13, tit. 29, P. 7.

Gregorio Lopez (1) se atreve á fijarlo, y se limita á hacer notar la moderacion de pena que envuelve si se entiende en el caso de que precediese conspiracion. La ley de la Recopilacion (2) habla simplemente del preso que huyere de la cadena, y dispone se le tenga por *hechor de lo que le fuere acusado*, (sobre lo que debe tenerse presente la doctrina de Acevedo que hemos asentado arriba,) y se le condene ademas á pagar seiscientos maravedis, obligando al alcaide á pagar una suma igual y á responder en lugar del preso. Al que de mano armada ó por fuerza sacare de la cárcel algun preso, debe condenársele á la pena que merecia el que sacó (3).

10. Por lo que hace al alcaide ó carcelero, debe distinguirse: 1º Si deja huir al preso por culpa lata, debe sufrir la pena que aquel merecia (4); 2º Si lo deja huir por culpa leve, aunque la ley de Partida (5) le señala pena de heridas, que no llegue á mutilacion, la de la Recopilacion (6) le impone la de un año de prision, si el preso merecia pena corporal, y cuando no, la de pagar lo que el preso debia y tres meses de prision; 3º Si el preso huye por caso fortuito sin culpa alguna del alcaide, no incurre este en pena; pero debe probar que no tuvo culpa (7), pues tiene en contra la presuncion, como prueban Acevedo (8) y Antonio Gomez (9); 4º Si el alcaide deja escapar al preso por piedad, debe perder el oficio, y ser castigado corporalmente si el preso era hombre vil ó su pariente cercano, y al arbi-

(1) Greg. Lop., glos. 7 de la ley 13 últ. cit. — (2) L. 7, tit. 26, lib. 8 de la R. ó 17, tit. 38, lib. 12 de la N. — (3) L. 14, tit. 29, P. 7. — (4) L. 12, tit. 29, P. 7. Vers. *La primera*, y l. 12, tit. 23, lib. 4 de la R. ó 18, tit. 38, lib. 12 de la N. — (5) L. 12, tit. y P. cit., Vers. *La segunda*. — (6) L. 12, tit. 23, lib. 4 de la R. ó 18, tit. 38, lib. 12 de la N. — (7) L. 12, tit. 29, P. 7. Vers. *La tercera*. — (8) Aceved. en la l. 12, tit. 26, lib. 8 de la R. — (9) Ant. Gom., 3 Var., cap. 9, n. 11.

ner en libertad á los que lo merezcan, y remediar las dilaciones ó defectos que noten (1): y si hallaren presos correspondientes á otra jurisdiccion, se limitarán á examinar como se les trata, á remediar los abusos y defectos de los alcaides, y á officiar á los jueces respectivos sobre lo demas que adviertan (2); y del resultado de estas visitas remitirán inmediatamente certificacion al gobierno para que tomé las providencias que sean de sus facultades, y la haga imprimir (3), lo que puede mandar desde luego la Corte de Justicia respecto de las que ella practicare (4).

7. Las semanales deben hacerse en las cárceles que dependan de la Corte de Justicia por tres ministros de ella, uno de cada sala por riguroso turno en los jueves de cada semana (5), y con asistencia de su fiscal y demas empleados que expresa el reglamento (6): en las que dependan del tribunal de guerra ó de los jueces militares, por dos ministros de aquel, ó por estos con asistencia de sus asesores (7), y en las de los tribunales eclesiásticos, por el Provisor ó Prelado regular que tengan súbditos presos, con sus asesores si fueren legos (8), y así estos como los militares deben verificarlas los sábados (9). Estas visitas deben contraerse, por lo tocante á la Corte suprema de Justicia á los reos que hayan entrado en la semana (10), y para los mismos objetos que las generales, á cuyo efecto acordarán y dictarán en unas y otras las providencias conducentes, arreglándose á las leyes (11), y las que acordaren y dic-

(1) Art. cuartos de los dos especiales. L. cit. — (2) Art. 39 del cap. 1 de la l. de 9 de octubre de 1812. L. cit. — (3) Art. 36 de la misma. — (4) Art. 2, cap. 1 del reglamento aprobado en decreto de 13 de mayo de 1826. (5) Art. 3 del mismo. — (6) Art. 5 del mismo. — (7) Art. 3 del decreto especial de 9 de octubre de 1812. — (8) Art. 3 del otro decreto especial de esa fecha. — (9) Los dos artículos terceros citados. — (10) Art. 3 del reglamento de la Corte de justicia. — (11) Tratan de esta materia las del tit. 9 del

taren se cumplirán y ejecutarán sin que de ellas haya lugar á suplicacion (1), ni al recurso de ocurrir de plano á la próxima visita (2).

8. Los alcaides y carceleros deben dar fianzas en la cantidad que pareciere al tribunal de que dependan (3), y prestar ademas juramento ante el mismo tribunal ó el ayuntamiento, de que guardarán bien y fielmente á los presos, y observarán las leyes y ordenanzas respectivas (4): deben residir en la misma cárcel bajo la pena de sesenta pesos por cada vez que falten (5), conservándola limpia y con agua, sin que por ello lleven cosa alguna á los presos (6), á quienes tratarán bien sin servirse de ellos (7), ni apremiarlos ni soltarlos sin mandamiento (8). No pueden recibir de ellos ningunos dones bajo la pena de los jueces que reciben dádivas, ni contratar, comer ó jugar con ellos, bajo la pena de sesenta pesos, y de perder lo que contrataren ó jugaran (9), ni permitirles que juegen entre sí (10), ni á los casados que se queden sus mugeres á dormir, ni que estas ú otras pasen de rejas adentro (11). Deben llevar un libro de entrada, y visitar todas las noches la cárcel, presos y prisiones (12), cuyas llaves no fiarán á otro (13), y cobrarán los derechos de carcelage conforme á arancel (14), que deberán tener puesto en un lugar público (15); pero no los exigirán de los que se llamaban

lib. 2 de la R. 639 del lib. 12 de la N., las del tit. 7 de la R. de Indias, y los autos y providencias compiladas por Beleña desde el n. 193 al 200 del primer foliage; y del 122 al 130 del tercero.

(1) L. 9, tit. 9, lib. 2 de la R. 610, tit. 39, lib. 12 de la N. — (2) Declaracion de las cortes de 2 de septiembre de 1820. — (3) L. 4, tit. 6, lib. 7 de la R. de Indias. — (4) L. 5 del mismo. — (5) L. 7 del mismo. — (6) L. 8 del mismo. — (7) L. 9 del mismo. — (8) L. 10 del mismo. — (9) LL. 10 y 12 del mismo. — (10) L. 13 del mismo. — (11) Aut. acordado de la Audiencia de Méjico de 10 de febrero de 1774. V. *Rec. de Aut. acord.* de Beleña, tom. 1, pag. 53 del tercer foliage. — (12) L. 11 del tit. y lib. de la R. de Ind. ult. cit. — (13) L. 6 del mismo. — (14) L. 14 del mismo. — (15) L. 4, tit. 14, lib. 4 de la R. 63, tit. 38, lib. 12 de la N.

trio del juez si no era vil ni pariente (1); 3º Si un preso se mata á sí mismo, perderá el oficio el alcaide, y se le castigará corporalmente por el descuido (2), á no ser que pruebe su inocencia; mas si el carcelero diere la muerte al preso, ó le suministrare á sabiendas algun brebaje ú otra cosa con que se mate él mismo, será condenado á pena de muerte (3). Si encargando el carcelero á otro la guarda de los presos, se huyere con ellos, el encargado, si se le hallare, será castigado con pena de muerte, á ménos que sea mozo, vil ó de poco seso, pues entónces deberá castigarse al que le hizo el encargo, segun entendiére el juez que la merece (4).

11. El indulto es la gracia que el soberano hace al delincuente remitiéndole la pena que ha merecido (5). Concederlo es una regalia propia de la soberanía (6); y en nuestro pais en que el poder de la soberanía está dividido en los tres ramos, solo pueden concederse indultos por el legislativo, como expresamente lo previene respecto de los delitos de que juzgan los tribunales de la Federacion, el artículo 50, facultad 25 de la Constitucion federal, y las particulares de los Estados, respecto de los delitos de que juzgan sus tribunales.

12. El indulto puede ser general ó particular: aquel es el que se concede á toda clase de reos (7), y puede

(1) L. 12, tit. 29, P. 7, Vers. *La cuarta*. — (2) La misma, Vers. *La quinta*. — (3) La misma, Vers. *E si por aventura*. — (4) L. 9, tit. 29, P. 7. — (5) Escriche, Dicción. de legis., art. *Indulto*. — (6) Gutiérrez, Práct. crimin., tom. 1, cap. 11, n. 1 y siguientes, contra Filangieri que en el cap. 37 del lib. 3 de su *Ciencia de la legislación* impugná esta regalia, cuyo ejercicio, dice, es una injusticia contra la sociedad.

(7) Téngase presente que por real cédula de 24 de diciembre de 1787, publicada en bando de 8 de agosto de 1788, se previene entre otras cosas lo que sigue: « Y últimamente he venido en que cuando me digne expedir indultos generales, los gocen y sean comprendidos en ellos los delinquentes eclesiásticos contra quie-

ser de dos modos: 1º Por delitos políticos, y entónces se llama *amnistía* (1), que es el perdón ú olvido general que se concede despues de las revueltas y mutaciones populares; pero en él no se comprenden los delitos civiles ó que hayan atacado el derecho de los particulares; porque, como observa un célebre escritor (2), « Cualquiera que sea la revolucion y trastorno del Estado, sus individuos son siempre conciudadanos entre sí, reunidos para respetarse y defender sus personas y propiedades. Las acciones que ataquen á estas siempre son delitos, porque en todo caso permanecen las relaciones en que las leyes las prohiben. » 2º Por delitos civiles, y entónces conserva el nombre de *indulto*, y suele concederse por algun suceso fausto que interese á la nacion, y asi hemos visto el que concedió en 23 de octubre de 1821 la Junta provisional con motivo de la declaracion solemne de la Independencia, y el de 15 de marzo de 1822, concedido por el primer Congreso en celebridad de su instalacion. Pueden ser por determinados delitos, como por ejemplo: á los desertores, ó sin determinar delitos, y entónces se extienden á todos, ménos los enormes y atroces, y los que las leyes excluyen de esta gracia, como la traicion, alevosía y muerte segura, á que añaden otros varios algunos autores (3); pero esto debe entenderse cuando en la concesion de la gracia no se expresan los delitos que se incluyen ó excluyen de ella, pues expresándose debe estarse á sus términos. Mas no se extiende nunca en perjuicio del derecho de la persona ofendida, cuyo perdón debe preceder á la aplicacion nes estuvieren conociendo sus jueces, siendo las penas que se les habrian de imponer tales, que pueden ser removidas por dichos indultos. »

(1) *Exámen de los delitos de infidelidad*, cap. 35. — (2) El autor de la obra últ. cit. Allí. — (3) Elizondo, Práct. univ., tom. 6, P. 2, cap. 14, nn. 12 y siguientes.

de la gracia, aun cuando se esté procediendo de oficio en la causa (1), y no prestándolo, solo valdrá el indulto para las penas que correspondan al fisco y denunciador (2). En orden á las personas á quienes se extiende, debe atenderse tambien á los términos de la concesion, que á veces comprende no solo á los presos, sino tambien á los sentenciados, á los que están en camino para cumplir sus condenas, y á los destinados á presidios, y arsenales, y nunca, segun una ley (3), á los condenados á galeras. Por lo que hace á los reos ausentes y rebeldes, les comprenderá, si se hablare de ellos, y se presentaren en el término que en la concesion se les señale, pudiendo hacer su presentacion, ó en el tribunal en que pendiere su causa; ó en otro cualquiera, y será de cargo de este avisar al legitimo la presentacion para que disponga del reo (4). Al que ha gozado de un indulto no le alcanza otro; á ménos que en su concesion se salve esta excepcion (5). El indulto liberta al reo que no ha sido sentenciado, de la infamia, de la pena corporal y de la pecuniaria; mas al que estaba ya sentenciado solo le redime de la pena corporal ó pecuniaria que fuere á favor del fisco ó denunciador; pero no le quita la nota, ni le restituye las condenaciones pecuniarias que haya sufrido (6), á ménos que la con-

(1) Vilanova, Mater. crim., tom. 1, Observ. 7, cap. 2, n. 9, citando á Larrea, decis. 26, que es conforme á la l. 3, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 3, tit. 42, lib. 12 de la N. — (2) Tapia, Febrero Novisimo, tom. 8, Apéndice 3, n. 10. — (3) L. 12, tit. 24, lib. 8 de la R. ó 6, tit. 42, lib. 12 de la N. — (4) Elizondo, Práct. univ., form., tom. 3, P. 2, cap. 14, n. 19. Vilanova, Mater. crimin., tom. 1, Observ. 7, cap. 2, n. 9. Tapia, Febrero novisimo, tom. 8, Apéndice 3, n. 12. — (5) L. 2, tit. 23, lib. 8 de la R. ó 2, tit. 42, lib. 12 de la N.

(6) Sobre esto cita Sala los versos 64 y 62 de Ovidio en la epist. 1, lib. 1 de Ponto:

*Pena potest demi, culpa perennis erit,  
Estque pati penas, quam meruisse, minus.*

cesion sea restituyendo á los indultados á su primitivo estado (1).

13. El indulto particular es el que se concede á una persona por alguna razon especial. Para impetrarlo del Congreso general en los casos que son de su resorte, debe ocurrirse por conducto del gobierno que debe instruir el expediente, y apoyando la pretension la dirigirá informada al Congreso, en cuya secretaria no puede recibirse ninguna instancia de indulto sin estos requisitos (2).

14. En los dos últimos párrafos de este titulo hablaba el autor del asilo, contrayéndose á explicar los delitos que se excluyen de él, y el modo de extraer á los reos de las iglesias que no gozan del beneficio de asilo; pero omite las diligencias y trámites que tienen lugar en el caso de que el retraimiento sea en iglesia que goce del beneficio, lo que es verdaderamente un ramo de juicio criminal; por lo que para no dividir inútilmente las materias, lo reservamos todo como lugar mas á propósito, para el titulo 16 del libro III. De la inviolabilidad de las casas de los ministros enviados de otras naciones, hablaremos en el tit. 2 del mismo libro III.

(1) L. 2, tit. 32, P. 7. — (2) Decreto de 3 de abril de 1824.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## INDICE

### DEL TOMO PRIMERO.

ADVERTENCIA. . . . .	5
HISTORIA DEL DERECHO PATR'O. . . . .	7

#### LIBRO PRIMERO. — DE LAS PERSONAS.

TITULO I. De la justicia y del derecho. . . . .	21
TIT. II. Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde. . . . .	31
TIT. III. Del poder que tienen los padres sobre sus hijos. . . . .	43
TIT. IV. De los desposorios y matrimonio. . . . .	49
TIT. V. De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones entre marido y muger. . . . .	70
TIT. VI. De la legitimacion y del porfijamiento ó adopción. . . . .	81
TIT. VII. De la tutela y curaduria. . . . .	87
TIT. VIII. De la restitucion de los menores. . . . .	108

#### LIBRO II. — DE LAS COSAS.

TIT. I. De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio. . . . .	115
TIT. II. De la prescripcion y de la posesion. . . . .	138
TIT. III. De las servidumbres reales y personales. . . . .	149
TIT. IV. De los testamentos. . . . .	158
TIT. V. De la institucion de heredero, sustituciones y desheredaciones. . . . .	174
TIT. VI. De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, y ley falcidia. . . . .	207

Tit. VII. De los mayorazgos. . . . .	236
Tit. VIII. De las sucesiones intestadas. . . . .	253
Tit. IX. De las obligaciones y contratos en general, y transacciones. . . . .	274
Tit. X. De las ventas y compras. . . . .	289
Tit. XI. De los retractos ó tanteos de las ventas. . . . .	346
Tit. XII. Cuando y cómo se paga la alcabala y el loismo por rescindirse ó deshacerse la venta. . . . .	363
Tit. XIII. De los logueros ó de los arrendamientos. . . . .	367
Tit. XIV. De los censos. . . . .	387
Tit. XV. De la compañía ó sociedad, y del mandato. . . . .	423
Tit. XVI. Del contrato verbal ó de palabras, y en primer lugar de las promesas. . . . .	455
Tit. XVII. De las fiaduras ó fianzas. . . . .	462
Tit. XVIII. De los peños ó prendas. . . . .	475
Tit. XIX. Del contrato literal y de los reales. . . . .	496
Tit. XX. De las donaciones. . . . .	508
Tit. XXI. De los cuasicontratos. . . . .	516
Tit. XXII. De los delitos y cuasidelitos en cuanto producen pena pecuniaria. . . . .	526
Tit. XXIII. Modo de extinguirse las obligaciones. . . . .	537
Tit. XXIV. De los delitos en general, de las traiciones, de los homicidios, de los ríptos, lides y desafíos. . . . .	547
Tit. XXV. De los hurtos, robos, fuerzas y asonadas. . . . .	579
Tit. XXVI. De las falsedades. . . . .	622
Tit. XXVII. Del adulterio y demas delitos de incontinencia. . . . .	632
Tit. XXVIII. De las usuras y contratos que se reputan usurarios. De los juegos, jugadores y vagos. . . . .	650
Tit. XXIX. De los blasfemos, judíos, moros, hereges, agoreros ó adivinos, y de los infamadores. . . . .	666
Tit. XXX. De las acusaciones y de las penas. . . . .	674
Tit. XXXI. De los tormentos, cárceles, perdones ó indultos, y de los asilos. . . . .	691

U A N L

ÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



