

Instituciones

del

DERECHO ESPAÑOL

POR

JUAN SALA.

NÚEVA EDICION.

GUAYAQUIL:

IMPRESA DE LA CIUDAD, POR J. F. PUGA.

AÑO DE 1831.

ADVERTENCIA.

En la presente edición de las Instituciones del Derecho Español por Sala, se ha procurado consultar al orden de las ideas y claridad de la expresión, reformando de algún modo su estilo, que algunos inteligentes han acusado de incorrección y negligencia. También se citan las leyes posteriores; se añaden algunas doctrinas, y varias disposiciones del derecho de Indias; y se anota el derecho Español en todo aquello que se opone á los principios proclamados por los nuevos gobiernos americanos.

Las adiciones al derecho Español se han introducido en el texto, para no interrumpirlo demasiado con notas. Habiéndose hecho por muchas circunstancias indispensable la reimpresión de esta obra, se aspiró á que nuestra juventud estudiosa la tuviese con las leyes posteriores, y con aquellas doctrinas de que carecía, y que no contrarian en nada las del mismo autor.

En ningún tiempo es mas necesario el estudio del derecho patrio que ahora, en que estamos llamados á ejercer las altas funciones del jurado y de la legislatura: sin embargo, si el editor hubiese consultado mejor su inclinación, habría preferido contraerse á alguna otra obra mas capaz de poner al pueblo en un movimiento vital, reduciendolo al trabajo y á la industria, que son la primera fuente de su libertad y prosperidad.

Promover el estudio de las leyes con el objeto de excitar pleitos, y sembrar la enemistad y la división, ha sido siempre uno de los resortes del despotismo. ¡Quiera el Cielo se perfeccione ahora entre nosotros este mismo estudio, para que cause efectos contrarios, y se reconozca jeneralmente la razon y justicia de las instituciones que ha adoptado el Pueblo Americano como fundamento de su independencia, y como reglas de la administracion civil.

Guayaquil, 14 de Agosto de 1891.

Luis Fernando Vivero.

BREVE HISTORIA DEL DERECHO DE ESPAÑA.

1. Es muy oscuro el origen de la historia de nuestra legislación, por las varias y extraordinarias vicisitudes que padeció la monarquía Española en sus principios, desde que la invadieron y ocuparon los Cartagineses. Expulsados estos por los Romanos, tomaron las cosas alguna consistencia, pero no duró mucho su dominio, porque luego fueron también arrollados por los Godos y demás pueblos del Norte, que inundaron España, y se apoderaron de ella. Es verosímil que los Romanos hubiesen permitido á los Españoles, que continuasen en sus usos y costumbres, disponiéndolos poco á poco á la observancia de las leyes Romanas; pero como estas no tenían mas de Españolas que su recibimiento, tomáramos de los Godos el origen de nuestra legislación.

Los Godos permitieron á los Españoles la observancia de las leyes Romanas al tenor del Código Teodosiano y del Breviario, compuesto del mismo y de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y de las sentencias de los jurisconsultos Paulo y Cayo, que ordenó el Godo Aniano en 506 bajo el Rey Alarico, como lo manifiesta Mesa, en su *Arte de la historia legal*. Sin embargo Alarico, que murió en 483 habia establecido ya algunas leyes, segun refieren San Isidoro en la *Historia de los Godos*, Frankenau, en su *Theoria, sect. 1. de legib. Gotor.* n. 5. y otros muchos. Los demás Reyes sus sucesores añadieron otras, en especial Leovigildo; mas Recesvindo llegó hasta prohibir el uso de las leyes Romanas, imponiendo la pena de 30 libras al que las citase, y al juez que diese sentencia segun ellas, Frankenau, *6. sect. 1. de legib. Gotor.* Y aunque es de creer, que en tiempo de estos Reyes y sus inmediatos, se buscase algun código, no tenemos noticia de otro más antiguo que el famoso *Liber Iudiciorum*, que se publicó á fines del siglo 7.º ó principios del 8.º y que se celebra como fuente de las leyes Españolas, alcanzando hasta el Reynado de Egica y de su compañero Witiza, en el año de 698.

Este Código, que tambien se llamó *Forum Judicium*, consta de doce libros divididos en títulos: muchas de sus leyes, se establecieron en los Concilios Toledanos, á que concurrían el Rey, los Magnates y los Obispos, y son las que se llaman leyes de los Visogodos. En el siglo trece, y bajo el Reynado de San Fernando, fueron vertidas al Español; y se llaman Fueros de los jueces: este nombre se ha corrompido en el de *Fuero Juzgo*, que quiere decir, leyes para jueces. Villadiego en 1600, y el Canonigo Juan Antonio Llorente en 1792 lo han impreso en Madrid. Pedro Pitheco fué el pri-

mero que lo imprimió en latin, en Paris, año de 1579, con el título de *Codex legum Visigotorum, libri XII*.

4. Por los años de 714 sufrió un gran trastorno la observancia de este código, à causa de la invasion de los Sarracenos, que sugetaron toda España, excepto las montañas de las provincias meridionales, donde reunidos los Españoles, que pudieron salvarse, emprendieron con su Rey Pelayo, la reconquista que completaron sus sucesores, apoderándose Don Fernando y Dona Isabel, en 1492 de la Ciudad de Granada, que fue el ultimo refugio de los Moros.

5. Los sucesores de Pelayo mandaron observar el *Fuero Juzgo*, aunque al mismo tiempo concedieron varios fueros particulares à diferentes ciudades y villas como Sepulveda, Escalona y otras, y à fines del siglo 10 ó principios del 11 se publicó el *Fuero viejo de Castilla* con intencion de que fuese general. Desde entónces se introdujo la confusion en los tribunales, gobernándose unos asuntos por los fueros, y otros por las costumbres, reseritos y sentencias (fazanas ó ayedros) diferentes en varias partes. Don Fernando II, mando en el Concilio de Coyanca, en 1050, que se observase este *Fuero viejo* en Castilla, y el Gotico ó Juzgo ó Lones en Leon. Alonso IX, dicho tambien X, y llamado el Sabio, procuró remediar esta confusion, publicandó en 1255 otro código, que se llama, *Fuero de las leyes, Fuero del libro de los concejos de Castilla* y con mas frecuencia *Fuero Real*, mientras disponia se formase el de las *Partidas*. Se halla impreso en 1592 con glosa de Dias de Montalvo. Su historia y la del *Fuero viejo de Castilla*, pueden verse en el discurso preliminar de Asso y de Manuel, en su edición del *Fuero viejo*, en Madrid, año de 1771. A fines del siglo 13 ó principios del 14 se publicaron las 252 leyes llamados del Libro.

6. Las *Partidas*, el Código mas celebre de los de España, son à semejanza de las Pandectas Romanas, el Digesto de la Legislacion Española, y se componen de siete partes, contienen todas las leyes civiles, que debian observarse en aquellos tiempos, y ademas varias decisiones canonicas, y lo principal de los misterios de nuestra religion. Las proyectó el Santo Rey Fernando III para dar uniformidad à los negocios, y las principió su hijo, Alonso el Sabio, la víspera del día de San Juan Bautista del año 1255 y se publicaron en 1328. Se conoce fueron de mucha ciencia y probidad los que trabajaron en ordenar este libro, pero no ha quedado de ellos una noticia segura. Gregorio Lopez es un afamado glosador de este código.

7. Tambien es celebre el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, que contiene 82 títulos, cuyas leyes se hallan casi

todas, en la Recopilacion. Asso y de Manuel lo imprimieron en Madrid, en 1774.

8. En tiempo de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel se publicó otro código con el título de *Ordenamiento Real*, y es una compilacion alfabetica de varias leyes ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, leyes de Estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros, y dispuesta por Alonso Montalvo, quien asegura en su prologo haber emprendido esta obra por comision de aquellos Reyes, que nunca le dieron su fuerza confirmatoria, como lo prueba Marcos Solón de la Paz en la *l. de Toro* n. 275. Diego Perez de Salamanca publicó en 1574 sus comentarios á esta compilacion, bajo los auspicios de Carlos 5. como lo refiere el erudito Padre Burriel en su carta á Don Juan Amaya, que se halla en el tomo 16 del *Semanario erudito*.

9. El último código Español se llama *Recopilacion*, por que se han recopilado ó recogido en él varias leyes, que no estaban insertas en los códigos anteriores, ó que estaban corregidas en todo ó en parte. Consta de nueve libros, divididos en títulos. Fué nombrado para ordenarlo Pedro Lopez de Alcocer, por su muerte el Doctor Escudero, y por la de este Pedro Lopez de Arrieta, que aunque trabajó mucho, como sus antecesores, murió tambien sin concluirlo, hasta que lo perfeccionó Bartolomé de Atienza, y lo presentó al mismo Felipe II, que lo había proyectado, y que lo aprobó en su *Pragmatica* de 14 de marzo de 1567. Este código se ha reimpresso muchas veces. Se llamaba *Nueva Recopilacion*, y *Novisima* desde la edicion de 1805, en que se ha reformado la de 1775, y se ha alterado el orden de las leyes.

10. Se consideraba parte de esta Recopilacion una coleccion de Autos Acordados por el Concejo, y aprobados por el Rey, que seguia el orden de libros, y que se halla refundida en la *Novisima*. Entre los varios comentadores de la Recopilacion el mas conocido es Acevedo, letrado de poca erudicion, y que solo se empeñó en seguir ciegamente á Bártulo.

11. En la misma Recopilacion se hallan tambien esparcidas las famosas 83 leyes, que se llaman de *Toro*, por haberse publicado en las Cortes de la Ciudad de Toro en 1505 celebradas para jurar por Reyna á Doña Juana, y nombrar por Gobernador á Don Fernando su padre. Antonio Gomez ha comentado estas leyes.

12. La *l. 8. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* establece el orden que debe seguirse en la observancia de las leyes. 1.º Las leyes mas recientes, á las que ceden las mas anti-

VII.

guas, que le son contrarias. 2.º Las de la misma Recopilacion. 3.º Las del *Fuero Real* y *Fueros Municipales*, debiendo guardarse solo en cuanto estén en uso; cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros Municipales*, pero no en las del *Fuero Real*, como prueba Juan Hilarion Pastor, en su *Disertacion historico legal sobre sucesiones de Monasterios*, y lo convence la cedula de 15 de julio de 1788 que copia Febrero. 4.º Las de la *Recopilacion* y *Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se observaba al tiempo de la publicacion de *d. l. 3.* pero no de las legitimas costumbres, que se han introducido despues, como lo explica Mesa, en su *cit. Arte, lib. 2. cap. 1. nn. 31. y 32.*

13. Sobre la historia del derecho Español puede verse la introduccion de Asso y de Manuel á sus *Instituciones* *Frenkenau*, *Marina* y otros.

14. En cuanto á la América, esta se gobernaba: 1.º Por *Cedulas Reales*, y *Provisiones del Concejo de Indias*, aprobadas por el Rey. 2.º Por las *Instrucciones de Intendentes de Méjico* y *Buenos-Ayres*. 3.º Por la *Recopilacion de leyes de Indias*, ordenada por Carlos 2.º en su *Pragmatica* de 18 de mayo de 1680, que se compone de nueve libros, divididos en titulos. 4.º Por las *leyes de España*, en el mismo orden que se observa en ella.

15. Tratan del derecho de Indias *Solorzano*, *Frasso*, *Escalona*, *Avendaño*, y *Murillo Velarde*.

16. Desde 1809 principia la *Independencia Americana*. Quito la proclamó el 9 de agosto de aquel año, distinguiendose en este hecho heroico los ciudadanos *Morales*, *Quiroga*, *Salinas*, *Riofrio* y otros, sacrificados violentamente por los Españoles el día 2 de agosto del siguiente año. Los *Gobiernos Americanos* siguen observando las *leyes Españolas* hasta la abdicacion de Carlos 4.º y solamente en lo que no se oponen á la *independencia*, mientras llegue la deseada oportunidad de darse *codigos analogos* á ella.

ILUSTRACION

DEL

DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO I.—TITULO I.

DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO.

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

TIT. 1.—LIB. 1. INST.

1. *Que cosa sea justicia.*—2 *Varias significaciones de la palabra derecho y preceptos.*—3. 4. 5. y 6. *Division del derecho en natural, de gentes y civil.*—7. 8. y 9. *De la ley general y de los privilegios.*—10. 11. y 12. *De la costumbre.*—13. *Derecho de Indias.*

1. Justicia, segun la ley 1. titulo 1. Partida 3 es: *Raygada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos e da e comparte a cada uno su derecho igualmente.* Esta definicion es conforme á la del emperador Justiniano. *Prin. Inst. de just. et jura.* Por ella se vé que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno, y el fin, que á cualquiera se le dé el suyo. Esta definicion lo es de la justicia, en cuanto es habito ó virtud de la voluntad; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consista en dar á cada uno lo que es suyo; sin atender á que el acto nazca ó no de habito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me dá lo que es mio, un juez inclinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividida los autores la justicia en distributiva y conmutativa. Esta es la que dá á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato, ò otra causa legitima obligatoria. Distributiva es la que distribuye y da premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó delitos de cada uno. Esta exerce Dios con nosotros cuando morimos.



2. La palabra *derecho* se puede tomar de varias maneras: ó por lo mismo que ley ó precepto, como cuando decimos, así lo manda el derecho natural, de gentes, civil ó canónico: ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, y en este sentido se toma en la definición que hemos dado. En la primera significacion se uniforma con la voz *justicia*, y segun ella dice la ley 3. tit. 1. P. 3. *Los mandamientos de la justicia e del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en si. El segundo que non faga mal, nãr daño à otro. El tercero, que de su derecho à cada uno. 5. 3. Inst. lib. 1. tit. 1.*

3. En la primera significacion se divide el derecho en: natural, de gentes y civil, l. 2. tit. 1. P. 1.—§. 3. *cod. in fine.* En esta division tomada latamente, baxo el nombre *civil*, se entiende tambien el canónico, que han establecido los hombres; pero aquí solo hablamos del civil en especie. La misma ley 2. dice ser el derecho natural: *El que han en, si los omes: naturalmente e aun las otras animalias, que han sentido:* y en seguida pone por exemplo el ayuntarse el macho con la hembra, y la crianza de los hijos por los padres, siguiendo en todo à Justiniano. *Princ. Inst. lib. 1. tit. 2.* Pero advertimos; como los interpretes del derecho Romano, no deber entenderse esto con propiedad; por que los brutos por incapaces de razon, lo son tambien de derecho. Y esto mismo reconoce Gregorio Lopez en la *glosa 1. de dicha ley 2.* cuando trae otra definicion del derecho natural, segun la racionalidad, diciendo ser: *una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno, y evitar lo malo.*

4. Dice tambien *dicha ley 2.* ser el derecho de gentes: *Un derecho comunal de todas las gentes, el qual conviene a los omes, e non a las otras animalias.* No hallamos expresa en nuestro derecho la subdivision del derecho de gentes en primario y secundario, que indicó claramente Justiniano §. 1. et 2. Inst. l. 1. tit. 2. y hacen los intérpretes del derecho Romano, diciendo ser primario el que dimana de sola la razon que Dios estampó en nuestras mentes, sin necesidad alguna de raciocinio ni reflexion, como es dar culto à Dios, reverenciar à los padres &c., y à este quiso referirse Lopez en su citada definicion del derecho natural; por que hablando con propiedad, este y no otro es el derecho natural. No reconocemos pues diferencia entre el derecho natural y el de gentes primario.

5. El derecho de gentes secundario, dicen los Doctores ser aquel, que dimana tambien de la razon natural, pero auxiliada de reflexiones y argumentos que han hecho conocer al hombre su utilidad y necesidad; y a él deben su origen

casi todos los contratos y la division de los dominios &c. Y á este derecho por dimanante de la razon natural, que ha precisado á los hombres á introducirlo, se le da tambien algunas veces el nombre de natural l. 31. tit. 18. P. 8. y en su glosa l. Lopez. 11. Inst. lib. 2. tit. 1. Y se entiende siempre que se dice simplemente derecho de jentes.

6. El derecho civil finalmente es el que han establecido los hombres por su mera voluntad, que siempre deben dirigirla á lo justo y conforme á la voluntad de Dios; y con este respecto dicen la ley 4. tit. 1. P. 1. y la ley 1. tit. 1. lib. 2. de la Recop. que los mandamientos de la ley deben ser leales e cumplidos, segun Dios y segun justicia. En España solo el Rey (1) puede hacer leyes, l. 12. tit. 1. P. 1.—l. 2. tit. 1. P. 2.—l. 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop. y solo él ó la antigua costumbre pueden declarar ó interpretar las que apareciesen dudosas. l. 14. d. tit. 1. P. 1. l. 4. tit. 33. P. 7.

7. El derecho civil se divide en escrito ó no escrito, l. 4. tit. 1. P. 1.—l. 4. tit. 2. P. 1.—l. 3. Inst. lib. 1. tit. 2. Entendemos por escrito el espresamente establecido, que con un solo nombre llamamos ley, y por no escrito la costumbre legitima. La ley, segun Ciceron, en el lib. 1. de legib. cap. 6. se dice asi á *legendo*, en cuanto esta voz latina significa escoger; por que ella escoge; mandando lo honesto, y prohibiendo lo contrario; pero Varion y otros juzgan se deriva de la voz *legendo*, por cuanto esta voz significa tambien leer, y la ley se leia al pueblo para que la supiese. Y añade el mismo Ciceron, que frecuentemente se llama ley la que por escrito manda lo que quiere. Al tenor de la doctrina de Ciceron se acomodó enteramente la ley 4. d. tit. 1. P. 1. en que la ley se define asi: *Leyenda en que yace ensenamiento e castigo, e escripto que liga y apremia la vida del ome que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el ome debe facer e usar.* Lopez en la glosa 1. de esta ley se inclina á que segun esta definicion; pertenece á la substancia de la ley el estar escrita, refiriendo la opinion contraria de los AA. en cuanto al derecho Romano. Dicen las leyes respecto á solos los negocios futuros ó venideros l. 15. tit. 14. P. 3.—L. 7. C. de legib. sino es que se refieran espresamente á los ya pasados, (2) como sucede en la 6. y 15. tit. 15. lib. 5. de la Recop. y otras.—D. l. 7. Se constituyen sobre cosas que suceden á menudo L. 3. cum aliquot seqq. de legib. y las que acontecen raras veces se gobiernan por las establecidas en casos semejantes, regla 36. P. 7. Saber las leyes no consiste solo en aprenderlas de memoria, sino en entender su verdadero sentido, l. 13. tit. 1. P. 1.—l. 17. cod. El efecto de la ley, dice la 1. tit. 1. l. 2. de la

Recop. es mandar, vedar, permitir y castigar. D. I. 7.

8. La ley por lo regular obra generalmente en todos los subditos del legislador, obligandolos á su observancia, l. 16. d. tit. 1. P. 1. Digo por lo regular, por que hay algunas leyes especiales, que solo dicen respecto á personas ó cuerpos particulares: las cuales se llaman privilegios, (3) y tienen la misma fuerza para obligar, que las leyes generales, l. 28. tit. 18. P. 3. Se dividen los privilegios en reales y personales. Estos se acaban con la persona á quien se concedieron, sin pasar á sus herederos, sino es que se dijera otra cosa en su concesion, regla 27. Part. 7. L. 65.—l. 196. de div. reg. jur. Y los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á ciertas Iglesias, Ciudades ó otros lugares: Lopez en la glosa 1. de d. regla 27. y en la S. l. 9. tit. 7. P. 5.

9. Aunque los privilegios tienen fuerza de obligacion, como hemos dicho, hay algunos que las mismas leyes mandan que no se cumplan, como son los que se concedieron contra la publica utilidad, ó contra el derecho de gentes en perjuicio de tercero, l. 30. y siguientes, tit. 18. P. 3. *Auto-acordado* 70. tit. 4. lib. 2. de la *Recop.* La razon es, por que semejantes privilegios ó cartas se entienden, y dicen obrepticios ó subrepticios, esto es, concedidos al abrigo de espesa mentira ó por haberse ocultado la verdad; y entonces la voluntad del Rey es que no valgan, l. 36. tit. 18. P. 3.—L. 7. C. de div. rescript. l. pen. el. l. ult. O. si cont. jus. v. ult. y á este fin quiere se le represente siempre que ocurra caso de esta naturaleza, d. *Auto-acordado* 70. Pero si que vale la concesion de moratorias (4), por las que se les alarga á los deudores el plazo de las deudas que deben satisfacer, con tal que den fiador de que las pagarán en el termino señalado en la moratoria, l. 33. tit. 18. P. 3.—L. 2. l. 4. C. de prescrib. Imper. offer. cuyos fiadores deben ser á satisfaccion de los acreedores, *Auto-acord.* 70. tit. 4. lib. 2.

10. Costumbre es: *Derecho ó fuero que non es escripto: el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudandose de el en los casos y en las razones sobre que lo usaron*, como se dice en la ley 4. tit. 2. P. 1. Para que se entienda legitimamente introducida, requiero la ley 5. del mismo tit. el uso del pueblo ó mayor parte de él, por 10 ó 20 años, sabiendola el señor de la tierra, e no lo contradiciendo e teniendalo por bien. Y añade que debe ser tenida e guardada por costumbre, si en este mismo tiempo fueren dados conserojamente dos juicios por ella. Pero Lopez en la glosa 4. de esta ley, dice absolutamente, que bastan 10 años, dando la solida razon, que por estar el pueblo siempre presente, no se debe cuidar de los 20 años que se dan en la prescripcion

contra los ausentes: de suerte que segun este insigne autor parece que se pusieron incautamente los 20 años, siguiendo por inadvertencia la constante doctrina de las prescripciones.

11. El mismo, en las glosas 7. y 8. examina atentamente lo que dice la ley en cuanto á requerir dos juicios ó sentencias; y resuelve ser solamente necesarias, cuando se requiere probar la costumbre por actos judiciales: de manera, que la ley manifiesta un modo de probar sin escluir otros. Y el computar el numero de los actos necesarios, lo remite al arbitrio de jueces, espresando circunstancias para regularlo. Parecen muy solidas estas tres glosas.

12. La costumbre legitima tiene fuerza de ley, y de consiguiente, tiene sus efectos, no solo cuando no hay ley en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa que debe observarse segun la interpretó la costumbre, l. 6. tit. 2. P. 1.—l. 10. l. 38. de legib. Y de ahi viene decirse, que hay costumbre fuera de la ley, contra ley, y segun la ley. Pero debo advertirse, que se hade introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorio, esto es, contra la suprema jurisdiccion del rey, ni contra pro-comunal de toda la tierra ó lugar do se hace: pues de otra suerte no seria buena costumbre, mas dafiamiento de los que la usaron e de toda justiciá, l. 5. tit. 2. P. 1. ó, segun solemos decir, corruptela.

13. Las costumbres de los Indios despues que se han hecho cristianos, deben tenerse como leyes del derecho no escrito, con tal que no sean contrarias á la religion y á nuestras leyes escritas. l. 4. tit. 1. lib. 2. Recop. Ind. (5)

En el derecho escrito deben contarse las leyes de la Recopilacion de Indias, las que se han de guardar, cumplir y executar en la forma que se establece en la que se halla al principio de dicha Recopilacion. Deben tambien observarse del mismo modo, y con el mismo valor, las ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad, las que se hayan hecho para el bien de los Indios, por las audiencias reales ó por los vireyes, con tal que no sean contrarias en manera alguna á la Recopilacion de Castilla, en cuya institucion debia suponerse la consulta al Consejo de Indias, á fin de que las aprobase. l. 1. tit. 1. lib. 2. Recop. Ind.

En todo lo que no estuviere decidido por la Recopilacion de Castilla, ó por cédulas, providencias ó ordenanzas dadas á Indias, deben observarse las leyes de Castilla conforme á las de Toro, asi en cuanto á la substancia, resolucion y decision de los casos, negocios y pleitos, como á la forma y orden de sustanciar l. 2. ibi. Las leyes que fue-

van en favor de los Indios deben observarse en todo, sin embargo de apelacion ó suplicacion. *l. 30 y 6. ibi.*

Ninguna real Cédula, Despacho ó Pragmatica debia observarse en Indias sin que hubiese pasado por el Consejo de las mismas Indias, para que mandase su observancia en ellas. *l. 39. y 40. ibi.* y toda real Cédula asi autorizada, debia ejecutarse sin embargo de suplicacion; á no ser que se representase un daño irreparable ó escandaloso. *l. 23. ibi.* Los bandos ú ordenanzas hechas por los vireyes, debian ejecutarse sin embargo de apelacion, pues en este caso, debia determinarse en revista por las audiencias ea orden á lo que se debia hacer, *l. 35. ibi.* Véase todo el título.

Sentados estos preliminares, y adoptada la division de los objetos del derecho en personas, cosas y acciones, que hizo Justiniano, en sus Instituciones, empezamos por el primero, en el título siguiente.

-DS 6030

NOTAS.

esp. nis

(1) Pero esto se entiende despues que los reyes usurparon el poder legislativo, el que segun las leyes fundamentales de los diferentes reynos de España, residia en los diputados de los pueblos, que componian las Cortes.

(2) La ley no debe tener efecto retroactivo, por que el hombre no puede ser acreedor a una pena que no existia, cuando verifico el hecho; y por que el legislador que pudiera declarar culpable la accion que no lo era antes, y aplicarle una pena, estaria facultado para perder a su arbitrio al mas inocente.

(3) Los privilegios son contrarios a las bases de todo gobierno, que aspira verdaderamente al bien general.

(4) Los nuevos gobiernos americanos han derogado las moratorias, como contrarias al derecho de propiedad.

(5) Los gobiernos americanos, como fundados en la igualdad de derechos, han reconocido en los indios los mismos derechos que en los descendientes de los españoles. En el sistema de las leyes de Indias no se descubre sino una refinada malicia con que se procuraba conservar a los indios contentos con el mas abyecto pupilaje.

TÍTULO II

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES,

Y DEL DERECHO QUE LES CORRESPONDE, SEGUN EL.

Títulos 21. 22. y 23. P. 4.

Tít. 3. lib. 1. Inst.

3. Que cosa sea estado de los hombres y su division.—2. 3. y 4. Varias divisiones de los hombres, segun el estado natural.—5. 6. 7. 8. 9. 10. y 11. Division de los hombres segun el estado civil en libres y siervos; y que sea servidumbre, y que libertad.—12. 13. y 14. Division de los hombres libres en nobles y plebeyos; y de los privilegios de los nobles.—15. 16. 17. y 18. Division de los hombres en eclesiasticos y seculares—19. Division de los hombres en vecinos y no vecinos.—20. Division de los hombres en naturales y extranjeros—21. Derecho de Indias.

1. Estado de los hombres no es otra cosa que: Condicion o manera en que los omes viven o estan, l. 1. tit. 23. P. 4. Esta condicion viene, ó de la misma naturaleza ó de la voluntad de los hombres, y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil.

2. Segun el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer, ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos, cuando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, l. 9. tit. 23. P. 4.—L. 7. de stat. hom. con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos se reputan no nacidos, l. 8. tit. 23. P. 7.—L. 129 de verb. sig. Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo en quanto à los efectos del derecho, requiere la l. 2. tit. 8. lib. 5. R. que nazca todo vivo, y haya vivido 24 horas, y sido bautizado, y ademas nacido en tiempo en que pueda naturalmente vivir: cuyo tiempo explica la l. 4. tit. 23. P. 4. Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó pies, son contados por hombres, l. 5. tit. 23. P. 4.—L. 14. de stat. hom. Pero no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviesen cabeza ú otros miembros de bestia, ll. 5. y 8.—D. l. 14.

3. En segundo lugar hay tambien diferencia, segun el estado natural de los hombres, entre varones y hembras: las cuales tambien se entienden baxo la palabra hombre, excepto en aquellos asuntos ó negocios en que las leyes las ex-

leyes, l. 6. tit. 33. P. 7.—L. 195. de verb. signif. Aunque por lo comun, y en caso de duda, tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo, por cuanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y de ordinario los varones exceden en prudencia y constancia á las hembras, siendo estas de naturaleza mas flaca; hay un axioma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en quanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De ahí viene que solo los hombres son capaces de los oficios publicos. *Argumento de la l. 4. tit. 4. P. 9.—L. 2. de div. reg. jur.* y que á las hembras no les daña el no saber las leyes, l. 51. tit. 14. P. 5.—L. 9. de jur. et fact. ign. y otras diferencias, que se observan por derecho, entre varones y hembras, y que se notarán en sus lugares respectivos.

4. Tambien se diferencian los hombres, segun el estado natural, por razon de la edad, en que unos son mayores de 25 años, y otros menores, y entre ellos hay la notabilissima diferencia de competir a estos, cuando recibieren perjuicio, la restitucion *in integrum*, de la que hablaremos en su lugar, y no á aquellos. De los menores, cuando los varones han cumplido 14 años, y 12 las hembras, se llaman púberes, é impuberes; cuando no los han cumplido. En las leyes romanas son muy frecuentes estos nombres: no se encuentran en las nuestras; pero si se establecen los mismos efectos de esta diversidad, que sentaron los Romanos, como son, que las hembras en la edad de 12 años, y los varones en la de 14, y no antes, se pueden casar, l. 6. tit. 1. P. 4; salen de la tutela, l. 21. tit. 16. P. 6.—*Primo Inst. quib. mod. tut. fin.* y pueden hacer testamento, l. 13. tit. 1. P. 6.—L. 5. *qui test. fac. pos.* Los que no han cumplido 7 años, se llaman infantes, l. 1. tit. 7. P. 2, y l. 4. tit. 16. P. 4.—L. 14. *de spons.* Las leyes romanas, llaman *proximos a la infancia* á los que están mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros, *proximos a la pubertad.* En lo que sucede tambien, que aunque no se hallen estas expresiones en nuestras leyes, sino con relacion á las romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, cual es entre otros, que los proximos á la pubertad, que segun nuestras leyes son los que han cumplido diez años y medio se reputan capaces de dolo, y deben sufrir por ello algunos castigos, y no los proximos á la infancia, l. 9. tit. 1. y l. 17. tit. 14. P. 7. y otras—l. 18. *Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.*

5. Segun el estado civil se dividen los hombres en libres, siervos ó esclavos, y aforrados: asi lo dice el principio del tit. 23. P. 4. añadiendo ser aforrados, los que en

latin se llaman *libertos*. En los mismos terminos se esplicó Justiniano en el *prinpc. de sus Inst. lib. 1. tit. 5.* Mas para mayor claridad podemos decir que los hombres unos son libres, y otros siervos ó esclavos; y que de los libres unos han sido siervos, y otros no. Las leyes romanas llaman á los primeros *libertinos* ó *libertos*, y á los segundos *ingenuos*. *Princ. Inst. de Ingen. et de libert.* pero las nuestras no tienen nombre especial para estos; llaman *aforradas* ó *forros* á los primeros, y entienden *manumitir* por *aforrar*, l. 11. *tit. 22. P. 4. y otras.*

6. Servidumbre es: *Postura é establecimiento que hicieron antiguamente las gentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se hacen siervos; é se meten á señorio de otro contra razon de natura,* l. 1. *tit. 21. P. 4.—§. 2. Inst. de jure pers.* Segun esta misma ley hay tres clases de siervos. 1. Los que se toman en la guerra, siendo enemigos de la fé. 2. Los que nacen de las siervas. 3. Los que se dejan vender, siendo mayores de 20 años, §. 4. *de jure pers.* En España son siervos los tomados en la guerra con los Mahometanos, y aunque en estos ultimos años han sido tan raros, que deben acabarse, si continua la paz, notaremos ligeramente lo que nuestras leyes disponen á cerca de ellos. (1)

7. Aunque los que nacen de ambos padres libres, siguen la condición del padre, en cuanto á los honores y fueros del siglo; con todo, en cuanto á la libertad ó la servidumbre, los hijos siguen la condición de la madre: así, los que nacen de madre sierva, son siervos aunque el padre sea libre; y al contrario, son libres, los que nacen de una libre, aunque el padre sea siervo, bastando para esto que la madre sea libre al tiempo de parir, ó que lo hubiese sido algun instante mientras su preñez, l. 2. *tit. 21. P. 4.—Princ. Inst. de ingen.*

8. Los amos ó señores pueden hacer de sus siervos lo que quieran. Pero no matarlos ni lastimarlos: por que sin mandamiento del juez no los deben herir de manera que sea contra la razon natural. Los siervos que fuesen maltratados así, pueden quejarse al juez, quien debe examinarlos, venderlos, y dar el precio al señor, sin que jamas puedan volver á su dominio, l. 6. d. *tit. 21.—§. 2. Inst. de his qui sui v. al. jur. sunt.* Segun la l. 7. *de dicho tit.* cuanto adquiere ó gana el siervo es para su señor. §. 3. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.*

9. Judío, ni moro, ni hereje, ni otro ninguno que no sea de nuestra ley, puede haber cristiano ninguno por siervo. Y si cualquiera de estos tuviese un siervo que no fuese de nuestra ley, y se tornare cristiano, se hace libre por ello,

luego que se bautiza, y recibe nuestra fe, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso que él también se tornase cristiano, l. 8. tit. 21. P. 4.

10. El tit. 22. P. 4. trata de la libertad; y arl. 1. dice que es: *Podero que há toda ome naturalmente de facer lo que quiere solo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero; non gelo embargue.* §. 1. *Inst. de juve. pers.* Los libres ó ingenuos unos están baxo la patria potestad, otros en tutela ó curaduría, y otros son de todo independientes de otro alguno. Pero tratemos antes de los aforrados, y de otras divisiones de los hombres libres. Aforrar es: *dar libertad á los siervos.* Lo puede hacer su señor en la iglesia, ó delante del juez, ó en otra parte, ó en testamento, ó sin testamento, ó por cartas, l. 1. d. tit. 22.—§. 1. *Inst. de libertin.*

11. Hay también varios casos en que los siervos se hacen forros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó por alguna acción gloriosa que hicieron, tit. C. *pro quib. caus. serv. pro proem. lib. acq.* ó en castigo de la maldad de sus amos. Se refieren estos casos en las ll. 2. 3. 4. 5. y 6. del mismo tit. 22. y no los expresamos por considerar poco menos que imposible, que sucedan en España. En la 7. se establece que el siervo que con buena fe se trata como libre, por 10 años, en el lugar donde mora el señor, ó 20 en otro, ó sin buena fe por 30, sea libre. Y en las cuatro siguientes y ultimas del título se trata de los derechos, que el señor que aforró, llamado *patronus* por los Romanos, tiene en la persona y bienes del aforrado.

12. La segunda division de los hombres libres es en nobles y plebeyos. (9) En ella tomamos latamente la palabra *Nobles*, para qué comprehendá á los nobles en especie, y á los Caballeros é Hidalgo, cuyas diferencias están casi enteramente confundidas en el dia, y pueden veras en García, Otalora y otros. Asi, pues, diremos que la nobleza, en general, es: *calidad de distinción, que por razon de su estado eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres.* Unos la tienen de inmemorial, sin que se sepa quando y como la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, l. 2. tit. 21. P. 2. Otros, por que han justificado posesion de 20 años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa *ley de Cordova*, que es la 8. tit. 11. lib. 2. R. Y otros por declaracion ó privilegio del Rey.

13. Los privilegios y esenciones que gozan los nobles son varios. Los principales se reducen á tres. 1.º Franqueza de los *pechos* ó tributos plebeyos, l. 7. d. tit. 11. y con respecto á los bienes que compran de pecheros, l. 14. tit. 14. lib. 6. R. Pero si deben pagar y contribuir para el

reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, l. 19. d. tit. 14. Y de la misma esencion gozan tambien las viudas de los nobles, mientras no se casen con pechero, y las viudas nobles de pecheros, las cuales recobran su nativa nobleza, que perdieron por haberse casado con plebeyo, l. 9. d. tit. 11. L. 8. de *senator*. estando dispuesto por cedula de 19 de Mayo de 1790 que puedan mantenerse en el exercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mugeres, que muerto su primer marido, que las gobernaba como maestro, se casaren con otro que no lo fuere, y derogados todos los estatutos contrarios. Gozan tambien de nobleza los graduados de Doctor, Maestro ó Licenciado en las Universidades de Salamanca, Valladolid, Bolonia y Alcalá de Henares, ll. 8. y 9. tit. 7. lib. 1. R.—2.º No pueden ser encarcelados por deudas, ecepto si fueren arrendadores ó cogedores de pechos reales, ll. 4. y 14. tit. 3. lib. 6. R. Ni pueden ser prendadas por deudas las casas de su morada, ni los caballos, ni las mulas, ni las armas de su cuerpo, sin que puedan renunciar estas preminencias, bajo la pena de diez mil maravedises contra el escribano, que en sus obligaciones pusiere estas renunciass nulas, ll. 13. y 14. tit. 2. lib. 6. R. Este privilegio no tiene lugar si la deuda viniese de delito ó quasi delito, por que entonces pueden ser encarcelados, l. 6. d. tit. 2. bien que deberán estar en carcel apartada de la que tienen los pecheros, l. 11. d. tit.—3.º No se les puede condenar á que se desdigan de haber injuriado á otro; pero han de sufrir en su lugar otras penas l. 2. tit. 10. lib. 8. R. como verémos en el lib. 2. tit. 20. n. 16. Tambien era uno de los principales privilegios de los nobles no ser puestos á tormento; pero este como cruel, incapaz de ser un medio de descubrir la verdad, y digno solo de los tiempos infelices en que tuvo su origen, se halla ya absolutamente abolido, por la cédula de 25 de Julio de 1814.

14. Plebeyos ó pecheros son todos los que no son nobles, y suelen decirse del estado llano. No gozan de los privilegios referidos; pero por lo mucho que trabajan, por lo fuertes, robustos y útiles que los hace el trabajo, que es la fuente de todas las virtudes, son el nervio del Estado.

15. La tercera division de los hombres libres es en Eclesiásticos ó Clerigos, y Legos, l. 2. tit. 23. P. 4. Y de los primeros unos son regulares ó religiosos, y otros seculares. Regulares dice la l. 1. tit. 7. P. 1. son: *aquellos que dexan todas las cosas del siglo, é toman alguna regla de religion para servir á Dios, promitiendola de guardar*. Seculares, por lo contrario son: *los que no han profesado religion alguna de las aprobadas,* y por lo comun se llaman simplemente

te *clerigos*. También los legos se llaman *seculares* ó *seculares*.

16. Los canonistas tratan de los diferentes grados de eclesiásticos, que constituyen su gerarquía, y de sus prerogativas ó privilegios espirituales ó canónicos; á nosotros solo nos toca referir los que dicen respecto al gobierno civil en el modo siguiente: 1.º Son francos ellos, y las Iglesias, Monasterios y Prelados de pagar el derecho de alcavala, por las ventas de sus bienes ó trueques, por lo que á ellos toca, l. 8. *tit.* 18. *lib.* 9. R. mas no en lo que vendieron por vía de mercadería, trato y negociación, l. 7. *d.* *tit.* 18. Pero no alcanza esta esención de alcavala ú otros pechos á los clerigos de menores ordenes, sino es que tuvieren beneficio eclesiástico, l. 2. *tit.* 4. *lib.* 1. R. los cuales, segun esta misma *ley*, han de ser habidos por legos, á excepcion del privilegio del Fuero, que gozan aquellos que tienen las circunstancias, que exige el Concilio de Trento, adoptadas en la l. 1. de *d.* *tit.* 4.

17. 2.º Son esentos de las cargas personales, l. 51. *tit.* 6. P. 1. que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construcción ó reparo de muros, de Ciudades ó Villas, ó la de llevar para ello cal ó arena; y exime también á sus criados, que moran en sus casas. Pero en atencion á que en esta *ley* se dice estar esentos de hacerlo por sí mismos, juzga Lopez, en su *glosa* 5. que deberán contribuir en dinero, puesto que la 54. del mismo *tit.* expresa estar tenidos á la construcción y reparo de puentes y caminos: bien que á esto no los puede apremiar el juez lego, sino el eclesiástico. Y la l. 11. *tit.* 3. *lib.* 1. R. dice, en terminos generales, que deben contribuir y ayudar, faltando bienes del Consejo, en los pechos, que son para bien comun, poniendo por exemplo el de muro, calzada, carrera, fuente ó puente, y la siguiente 12. pone otro exemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el clerigo no quiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas que le son utiles, dice Azevedo, en dichas ll. 11. y 12. citando á otros, que puede el Juez lego exigirlo ó cobrarlo de los frutos de los mismos bienes, apoyandolo con decision de dos Cancillerías. En caso de necesidad cesan las esenciones, como lo prueba el mismo Azevedo en el *coment.* de dichas ll. que es muy digno de leerse.—L. 1. C. *ut nemin. lic. in. empf.*

18. No hallamos *ley* alguna que hable expresamente de los bienes patrimoniales. Mas por cuanto d. l. 11. y la 3. del mismo *tit.* 8. exceptus á los Clerigos, Iglesias y Monasterios de todo tributo, fuera de los expresados en ella, se les considera esentos de todos los demás ordinarios. Y respecto á que esta esención era muy gravosa para los legos, se celebró *Concordato* entre el

Rey y el Papa en 1737, en que se determinó, que los bienes de las Iglesias y demas manos muertas eclesiásticas estuviesen sujetos desde entonces á las mismas cargas que cuando los poseian los legos, á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los eclesiásticos particulares conservaron su esencion: la que les dá la l. 14. tit. 14. lib. 6. R. aun en los que compraren de los pecheros.

19. La cuarta division de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. Vecino, tomada lamente esta voz, significa el que habita en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del pueblo; y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Azevedo; en la l. 1. tit. 3. lib. 7. R. pero si se toma propia y estrictamente, aquel se dice vecino, que tiene establecido en algun lugar su domicilio ó habitacion con animo de permanecer en él. Este animo se presume y reputa probado por el transcurso de 10 años, l. 2. tit. 24. P. 4. y l. 5. tit. 2. lib. 7. R. Arg. de la l. 32. tit. 2. P. 3. vers. *La setena*, en cuya glosa 12. dice Lopez, que tambien se prueba este animo, que constituye domicilio, sin el transcurso de los 10 años, por hechos que lo manifiestan, poniendo por exemplo, si uno vende sus posesiones en el Lugar A, y compra otras en el B, donde transfere su habitacion. Y con mas claridad, si fuere recibido vecino por el comun de algun Lugar, dando fiadores de que permanecerá en él 10 años, sujetandose á las cargas y tributos vecinales, Azevedo en d. l. i. A solo los vecinos deben darse los oficios de Consejo de las Ciudades, Villas ó Lugares, y los Regimientos, Escribanias, Mayordomias y Fieldades, con tal que sean naturales de los Reynos de España. ll. 5. tit. 2. y l. tit. 3. lib. 7. R. Transeuntes son los que viven ó se hallan en un Lugar, sin ser vecinos de él. Se diferencian de estos, en que ni están sujetos á las cargas vecinales, ni pueden obtener los oficios de Consejo, Regimientos y demás honoríficos del Lugar.

20. La quinta division de hombres libres es en naturales de España y extrangeros. Natural, segun la l. 19. tit. 5. lib. 1. R. es: *aquel que fuere nacido en estos Reynos, y hijo de padres que ambos a dos, ó a lo menos el padre sea asi mismo nacido en estos Reynos, ó haya contraido domicilio en ellos, y demas haya vivido por tiempo de 10 años.* Y añade la misma ley, serlo tambien aquel, cuyo padre nació en estos Reynos, y lo tuvo fuera de ellos, estando ausente por servicio del Rey, ó su mandato, ó de paso, y sin contraer domicilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos ilegítimos naturales; pero que en los espurios han

D

de concurrir en su madre las circunstancias referidas. Extranjero por lo contrario es aquel, á quien falta alguna de dichas circunstancias. Solo los naturales pueden tener en España beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, ll. 18. y 19. tit. 3. lib. 1. R. y Oficios y Alcaldías y Regimientos en las Ciudades, Villas ó Lugares, ó oficios ó cargos, que toquen á la gobernacion de ellos, l. 2. y 27. tit. 3. lib. 7. R. Y adviertase ultimamente, que la palabra *naturalidad* no significa siempre en las leyes de Partida lo mismo que en la citada l. 19. tit. 3. lib. 1. R. sino tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la l. 2. tit. 24 P. 4.

21. Los Romanos conocian cierta especie de servidumbre que comprendia á los siervos llamados colonos ó adscripticios, y así eran tratados en la América Septentrional los Indios llamados *Guaranés* ó *Mauaricos*, y en la Meridional *Jaconomas*. Estos contraian la servidumbre por haber nacido en las mismas haciendas de laborio, á diferencia de los *Tlaquehuales*, que teniendo su residencia en los pueblos, se presentaban en cierto tiempo al servicio de las haciendas, por lo que se llamaban siervos adventicios ó conducticios. Segun el derecho comun podia el señor vender á los adscripticios cuando vendia el fundo en que habian nacido, ó enagenarlos de cualquier manera. Mas la servidumbre de los indios se halla absolutamente abolida por la l. 11. tit. 2. lib. 6. R. Ind. que los declara tan libres como los españoles, en cualquier estado que se consideren, y prohíbe baxo gravísimas penas hacer mencion alguna de su servicio en las convenciones y escrituras sobre las haciendas; (3) fundandose en esta misma ley la cédula de 26 de mayo de 1609. Tampoco podian los adscripticios ausentarse del fundo de su destino, sin licencia de su señor: lo que tambien les está concedido por cédula de 10 de octubre de 1618. Del mismo modo les era prohibido recibir orden sacro, como consta de los cap. 10. y 21. *disf.* 54; mas por cédula de 11 de octubre de 1766 que recopila otras, les es permitido entrar en religion, educarse en colegios, ordenarse, y obtener dignidades y officios publicos. Vease á Beleña lib. 1. tit. 3. §. 2. y á Solorzano en su Política Indiana lib. 1. cap. 12. y lib. 2. cap. 1.

En orden á la servidumbre de los negros se estableció: que todo poseedor de esclavos debia instruirlos en los principios de la religion, para que pudiesen ser bautizados—dentro del año de su residencia en América. Que debia alimentarlos y vestirlos, así á ellos como á sus mugeres é hijos, ya fuesen estos de la misma condicion, ó ya libres, hasta que pudiesen ganar por sí con qué mantenerse: lo que se presentia que podian hacer á los 12 años las mugeres, y á los

14 los varones, y tanto el alimento como el vestido, debía darse en la cantidad y cualidad que ordenasen las justicias del distrito de las haciendas, con acuerdo del Ayuntamiento y audiencia del Procurador Síndico, en calidad de Protector de esclavos.

Debía cuidarse de que trabajasen en la agricultura y demas labores del campo, y no en oficios de vida sedentaria, cuyas tarées debian graduar así mismo las justicias &c. Cuando el esclavo llegaba á la senectud ó caia en alguna enfermedad, debía cuidarsele, sin darle la libertad por su incapacidad, á no ser que se le proveyese de peculio suficiente, para que pudiese mantenerse á satisfaccion de las justicias &c.

Debía fomentarse los matrimonios entre ellos, y no impedirse que se contrajesen con esclavos de otros dueños, y en este caso, la muger debía seguir al marido, comprandola el dueño de este á justa tasacion de peritos, nombrados por las partes.

Se debía castigar sus faltas correccionalmente, segun la calidad del exceso, con prision, grillete, cadena, maza ó tepe, con tal que no fuese poniendolos en este de cabeza, ó con azotes que pasasen de 25, y con instrumento suave, que no causase contusion ó efusion de sangre; y para las mayores debía participarse á las justicias.

Los amos que contravenian á estas reglas, debian ser castigados con las penas de la cédula de 31 de mayo de 1789, que establece tambien dichas reglas.

Todo esclavo puede redimirse por sí mismo, sin pagar alcavala. Tampoco se paga por el que se liberta, por gracia de su dueño, segun la cédula de 27 de octubre de 1790.

Parece que el liberto debía considerarse como ingenuo ó como absolutamente libre, para obtener cualquier empleo civil, por que si la servidumbre es contra la naturaleza, cesando ella, deben cesar sus efectos. Los Romanos solo miraron con desprecio la servidumbre voluntaria de aquellos que recibian precio por la libertad, que es inestimable.

NOTAS.

(1) *Los gobiernos americanos no han podido menos que decretar la libertad de los partos; entrar en tratados contra el comercio de esclavos, y prohibir su introduccion. Estas providencias tan justas deben abolir en breve la esclavitud, y marcar del modo mas relevante la humanidad y sabiduria de sus principios. Se ha dicho, que la esclavitud es necesaria para la mineria, la agricultura &c. pero Car-*

los Comte en su Tratado sobre la Legislacion, (premiado por el Instituto) ha refutado victoriosamente este error. La esclavitud no puede hacer que el hombre trabaje voluntariamente: la esclavitud conserva al hombre en la ignorancia y el abatimiento; los trabajos, pues, de un hombre forzado, ignorante y abatido no pueden ser ventajosos. Por otra parte, los hombres que se habitúan à ser servidos por otros, contraen una gran tendencia al despotismo, y por consiguiente no es posible establecer entre ellos un buen gobierno. Tales son, entre otros, los principios que desenvuelve Comte, y que sostiene con los hechos que observa en los pueblos donde se practica la esclavitud. Su obra es sumamente à propósito para el tiempo, y muy digna de ser leída, en especial por los Americanos.

(2) La nobleza es contraria al derecho de igualdad. Ella establece la division entre los hombres, pretendiendo hacer superiores à unos é inferiores à otros, à pesar de que de ordinario, estos tienen mérito y aquellos no: lo que no puede menos que ser una fuente de desgracia para los pueblos. Ella es una ficcion, por que realmente ningun hombre nace con mas mérito que otro, y de aquí es que solo puede ser necesaria para un gobierno vicioso, que no contando con instituciones positivas, como fundadas en la razon, se acoge à lo que es artificial y arbitrario. Esta misma ficcion es todavia mas debil en los pueblos coloniales, por que se observa que los nobles rara vez dejan la Metropoli, para retirarse à lugares subalternos, donde se oscurece el brillo de sus prerogativas: y si alguno lo verifica, es muy difícil que sus descendientes no degeneren luego, por cualquiera de sus abuelos. Véase sobre esto La Relacion Secreta de Juan y Ulloa. Pero estamos en la época de la decadencia de las clases dominantes. Dunoyer, en su importante obra De la Industria y la Moral, consideradas en sus relaciones con la Libertad, demuestra, que el movimiento de la civilizacion consiste hoy en el progreso de los clases laboriosas.

(3) Cuando no los terribles obrages, bastarian las Escrituras de las ventas de las haciendas, para probar que estas disposiciones legales no se observaban. Como el Indio ganaba un jornal cortisimo, del que se le deducia su tributo, se hallaba siempre endeudado, y entraba su deuda en el contado de la hacienda que se vendia; de suerte que era un verdadero esclavo, à quien era muy difícil variar de amo.

TITULO III.

DEL PODER DE LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. P. 4.

Tit. 9. lib. 1. Inst.

1. 2. *Que es patria potestad, y modos de constituirse.—*
 3. 4. *De los peculios de los hijos.—*5. y siguientes: *Modos de salir de la patria potestad.*

1. De los hombres libres unos están en la patria potestad, otros en la tutela, otros en la curaduría, y otros en una completa independencia. Patria potestad es: *poder que han los padres sobre sus hijos, l. 1. tit. 17. P. 4.—La 8. tit. 1. lib. 5. R.* establece sea habido por emancipado; en todas cosas, para siempre; el hijo ó hija casado y velado; por consiguiente, sus hijos se hallan baxo su potestad, y no baxo la de su padre, conforme á la citada ley de Partida, derogada en esta parte. Lo literal de esta ley recopilada nos hace creer, contra Antonio Torres y Martin Galindo, ser necesarias las velaciones, para que las nupcias tengan fuerza de emancipación?

2. Este poder del padre es solo sobre los hijos legítimos, l. 2. tit. 17. P. 4. y segun la 4. del mismo tit. se constituye de cuatro modos. 1.º Por el matrimonio que manda la Santa Iglesia. 2.º Si hubiese contienda entre algunos sobre si eran padre ó hijo, y fuese dado juicio acabado que lo eran. 3.º Si el hijo emancipado por el padre, hiciese algun yerro contra el padre, que hubiese de volver á su poder. 4.º Por adopción ó porfijamiento. Hablando en rigor el 2.º es un modo de probar este poder, mas bien que de constituirlo. No menciona esta ley la legitimacion, sin duda, por que quiso incluirla en el 1.º—Y nótese en cuanto al 3.º que el yerro del hijo contra el padre *ha de ser deshonrandolo de palabras ó de hecho, l. 19. tit. 48. P. 4.*

3. Tratando de los efectos de la emancipacion, debemos decir: que las antiguas leyes romanas mandaban, que todo el peculio del hijo retenido en el poder de su padre, fuese de este. Pero despues distinguieron varias especies de peculio que se han adoptado por nuestras leyes. El peculio es: *pequeño patrimonio que tiene y maneja el hijo ó el esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó el señor.* Se divide en profecticio, adventicio; castrense y cuasi-castrense, l. 5. tit. 17. P. 4.

E

4. *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 es en todo de los mismos padres. *Adventicio* es: 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 se hallase tesoro ó alguna otra cosa. Este es de la propiedad del hijo, y su usufructo del padre, que debe guardarlo y defenderlo toda su vida, tanto en juicio, como fuera de él, d. l. 5.—§. 1. *Inst. lib. 2. tit. 9.* Y si emancipa al hijo, va á este la mitad del usufructo, y el padre se queda con la otra, si no la remite, l. 15. *tit. 18. P. 4.—§. 2. Inst. lib. 2. tit. 9.*—Castrense es: el que gana el hijo por razon de la guerra ó de la milicia armada.—Cuasi-castrense: el que gana por razon de la milicia togada, esto es, por servir á la República de Juez, Abogado, Catedratico y otros oficios semejantes. Estos dos peculios son enteramente del hijo, que puede hacer de ellos lo que quiera, sin que los padres ni otro pariente, tengan derecho alguno en ellos, l. 6. y 7. *tit. 17. P. 4.—Princ. Inst. lib. 2. tit. 12.* Y adviértase, que toda donacion que hace el Rey, es peculio cuasi-castrense del donatario, d. l. 7.—L. 7. C. de bon. qua. libes.

5. La patria potestad se acaba por alguno de los cuatro modos siguientes. *Princ. del tit. 18. P. 4.—1.º* Muerte natural. *2.º* Destierro para siempre, llamado en latin, *mors civitatis*, muerte civil. *3.º* Dignidad á que subiese el hijo. *4.º* Emancipacion, cuando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él. *Princ. Inst. lib. 1. tit. 12.—La l. 6. de d. tit. 18.* añade otro, que es el pecado de incesto, por el que pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos. En cuanto al modo *1.º* la l. 1. de este *tit.* habla, como las romanas, de la muerte del abuelo, por que los hijos no se emancipaban por las nupcias, segun queda dicho al n. 1.

6. En cuanto al *2.º* modo, la l. 2. del mismo *tit.* distingue dos especies de destierro: la primera y mas grave, es la que se compara con la servidumbre penal de los Romanos; y la segunda, la que estos llamaban *deportatio*, las que tambien extinguian, entre ellos, la patria potestad, § 5. 1. *et 5. eod.* For una y otra se toman los bienes al desterrado. Pero si alguno es desterrado á que vaya á vivir, en algun lugar, para siempre, ó para tiempo cierto, sin quitarle sus bienes, este castigo, llamado por los Romanos *relegatio*, no extingue la patria potestad, l. 5. d. *tit.—§. 2. d. lib. 1. tit. 12.* Los encartados, esto es, los pregonados, de no poder entrar en la Ciudad ó Villa en que eran moradores, ó en la tierra de donde son, se comparan por la l. 4. de d. *tit. 18.* con los deportados, si se les toma los bienes, y con los relegados, sino se les toma.

7. Por lo que respecta al modo 3.º se señalen en la l. 7. y siete siguientes de *d. tit.* doce dignidades, que libran al hijo de la patria potestad, con relacion al señalamiento que hizo Justiniano, en la *Novela* 81. De ellas solo conocemos ahora la de Obispo y Tesorero general del Rey; por que las demas estan enteramente transformadas en otras nuevas que tenemos; por lo que atendiendo al espíritu de dichas ocho leyes, diremos que en el dia libran de la patria potestad aquellas dignidades, que constituyen al hombre Gefe Real, privativo de algun distrito ó cuerpo distinguido.

8. La emancipacion ó 4.º modo, se define: *acto por el qual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente*, l. 15. *d. tit.* 18. Se hace la emancipacion presentandose el padre con el hijo ante el Juez ordinario, §. 6. *Inst. lib.* 1. *tit.* 12. y así ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo consentirlo, *d. l.* 15. Y si el padre quisiere emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del Rey; pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que cuando venga, lo otorgue ante el Juez, l. 16. *d. tit.* Pero adviertase que por el *auto acord.* 20. *tit.* 9. *lib.* 3. *R.* se manda, para evitar fraudes y perjuicios, que los Jueces ordinarios no declaren emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas; y que de otra suerte se darán por nulas.

9. Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo, §. 10. *cod.* ni el hijo á ser emancipado, sino que los dos han de convenir, l. 17. *d. tit.* 18. Pero en la 18. del mismo *tit.* hay cuatro casos, en los que puede el padre ser obligado á emancipar.—1.º Cuando castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber, *L. ult. si a parent. quis man.*—2.º Cuando prostituye á sus hijos, *L. 4. C. Episcopal. aud.*—3.º Cuando admite lo que le dejan en testamento baxo la condicion de emancipar á su hijo, *L. 92. de cond. et demost.*—4.º Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al Juez para que lo mandara emancipar, *L. 92. de adop.*

TÍTULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS Y DEL MATRIMONIO.

Titulos 1. y 2. P. 4. y tit. 1. lib. 5. R.

Tit. 10. lib. 1. Inst. tit. 1. et 2. lib. 24.

1. Razon del metodo.—2. Que sean esponsales.—3. 4. 5. 6. y 7. Se refieren varias Reales Ordenes sobre esponsales.—8. hasta el 17. Del matrimonio y quanto pertenece á su valor.—17 Del divorcio.—18. hasta el 27. De los bienes gananciales.—27. Cosas que no pueden hacer las mugeres sin licencia de sus maridos ó del Juez.—28. Administracion de los bienes, en los casados que entran en los 18 años.—29. 30. Privilegios de los recién casados. 31. Derecho de Indias.

1. Seguimos tratando del matrimonio, por que es la causa natural y principal de la patria potestad; y como le preceden los desposorios, sobre los cuales hay un titulo en la Partida 4. y varias reales ordenes, empezaremos por ellos, aunque de un modo rápido, por que mas bien son objeto del derecho canónico.

2. Desposorios ó esponsales, son prometimientos, que hacen los hombres por palabras, cuando quieren casarse, l. 1. tit. 1. P. 4. Tambien puede expresarse este consentimiento por señales claras, que excluyan toda duda, como es preciso suceda con los mudos, l. 5. tit. 2. P. 4. Como por los esponsales se obliga el varon á la muger, y esta al varon, es preciso que el prometimiento sea mutuo, con reciproca aceptacion, L. 1. de sponsal. Y el que no quiera cumplirlos, puede ser obligado, á pedimento del otro, por el Tribunal Eclesiástico, l. 7. d. tit. 1. á no ser que tenga alguna justa causa para no querer: de las cuales se refieren nueve en la l. 8. del mismo tit. 1. bien que la septima no tiene lugar ahora en que los esponsales de presente no constituyen matrimonio, como en tiempo, en que se formaron las Partidas. Para contraer esponsales hasta la edad de 7 años, l. 6. d. tit. 1.

3. Para cortar los perjuicios que de llevarse á efecto cualesquiera esponsales, se seguían al honor de las familias y reverencia debida á los padres, con alteracion de la tranquilidad pública, se han publicado varias pragmáticas y cédulas. Por la pragmática de 28 de marzo de 1776 estan obligados los menores de 25 años á obtener el consentimiento paterno para contraer esponsales. Contra su disenso irracio-

nal debe admitirse libremente recurso sumario ante la jurisdicción real ordinaria, que se ha de terminar en el preciso término de 8 días, y por recurso en el Consejo, Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio, en el perentorio término de 30 días: y de esta declaración no ha de haber revista, alzada, ni otro recurso, sea que confirme ó revoque la providencia del inferior. Solo puede darse certificación del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó excepciones que propusieren las partes, con perpetua privación de oficio á los Jueces y Escribanos, que mandasen dar ó dieren copia simple ó certificada de los procesos formados sobre el disenso irracional de los padres.

4. Por la Circular de 31 de octubre de 1783 ningún alumno de los Colegios, que estén baxo la Real inmediata protección, puede ligarse para contraer matrimonio sin el Real permiso, cuya resolución se extendió á los Colegios de mugeres que están baxo la misma Real protección. Por la cédula de 28 de octubre de 1784 se manda que los alumnos de las Universidades, Seminarios conciliares y demas Colegios no puedan contraer esponsales sin que á mas del asenso paterno, tengan licencia los de los Seminarios, de los M. R. Arzobispos y R. Obispos: los de las Universidades de los Ministros del Consejo, encargados de su dirección &c. Por la de 17 de junio de 1784, que solamente es exortatoria, se ruega á los Prelados Diocesanos que establezcan en sus Diócesis el método del Archiprestazgo de Ager, en Cataluña, reducido á no admitir á los Sacramentos á los hijos de familia que tratan de contraer matrimonio sin el consentimiento paterno: y á expresar esta circunstancia en las moniciones, que por ningún caso se dispensan en los matrimonios de esta naturaleza; y sentarla en los libros parroquiales, siendo cargo de la visita de dichos libros la omisión de ella.

5. Por la cédula de 23 de octubre de 1785 se manda que: los depositos por opresion, para explorar la libertad, se expidan por el Juez que respectivamente debe conocer segun el recurso; pues si este fuera sobre ser ó no racional el disenso, conocerá el Juez Real, y decretará, cuando sea necesario, el deposito; y si fuere sobre esponsales, despues de evacuado el disenso ante la Justicia secular, conocerá el Eclesiástico, impartiendo para la execucion el auxilio del brazo seglar.

6. Por otra cédula de 18 de setiembre de 1788, se manda por punto general: que solo los hijos de familia son los que deban pedir el consentimiento á sus padres, abuelos, tutores ó personas de quienes dependan, para contraer matrimonio. Y asi mismo que no se deben admitir en los Tribu-

nales Eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno, contra lo mandado por las citadas pragmáticas y cédulas, no debiéndose admitir tampoco por vía de impedimento, careciendo de la principal circunstancia, sin la cual no pueden habilitarse para parcer en juicio, por ninguno de los dos conceptos.

7. Ultimamente, en 10 de abril de 1808 se ha expedido un real decreto que deroga en parte la pragmática de 1776 y posteriores cédulas, y manda: que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, à cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no están obligados à dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas 23, podrán casarse à su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de sus padres. En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año antes, esto es, à los 24 el varon, y à los 22 la hembra. A falta de padre y madre, recae la autoridad en el abuelo paterno, y à falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varon à los 23, y la hembra à los 21. A falta de los referidos, recae la autoridad en los tutores, y en su defecto en los jueces del domicilio, y entonces quedan libres los varones à los 22, y las hembras à los 20 cumplidos. Para los matrimonios de las personas, que deban pedir licencia al Rey, ó la Cámara, ó Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Gefes, es necesario que lo hagan despues de haber obtenido los menores la de sus padres &c. expresando la causa que estos han tenido para prestarla; así como los mayores deberán expresar las circunstancias de la persona con quien intentan enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon à los menores de las causas que hayan tenido para su disenso, los que deban solicitar el Real permiso, pueden ocurrir al Rey, ó la Cámara, Gobernador del Consejo y Gefes respectivos, para que por medio de los informes que se tomen, se conceda ó niegue el permiso. En las demas clases del Estado ha de haber el mismo recurso à los Presidentes de Chancillerias y Audiencias, para que procedan en los mismos terminos. Los Vicarios Eclesiásticos, que autorizaren matrimonios sin dichos requisitos, serán expatriados, y ocupadas sus temporalidades, y los contrayentes serán así mismo expatriados, y confiscados sus bienes. En ningun Tribunal Eclesiástico ni Secular se admitirán demandas de esponsales, si no son celebrados por personas habilitadas

en los terminos expuestos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como en asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles.—Los Infantes y demas personas reales no pueden contraer, en ningun caso, sin licencia del Rey.

8. Matrimonio es: *ayuntamiento de marido e de muger fecho con tal intencion de vivir siempre en uno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e non se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro varon, viviendo ambos á dos*, l. 1. tit. 2. P. 4. En todas partes se considera el matrimonio como contrato: los Catolicos lo consideramos tambien como Sacramento, y observamos con reverencia los efectos que por esta razon le corresponden; por lo que diremos algo de ellos, aunque este asunto pertenece directamente al derecho canónico; bien que debemos considerar algunos de estos efectos como civiles, en quanto los aprueban expresamente nuestras leyes, que jamas se apartan de la Religion Católica.

9. Como el matrimonio es contrato, es necesario el mutuo consentimiento de sus contrayentes, conforme á su definicion. De ahí es que no pueden contraerlo, los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos ó locos, sino es que teniendo intervalos de razon, quisiesen contraerlo en uno de ellos. Y aunque este consentimiento se manifiesta por palabras, puede tambien manifestarse por señales, y de este modo pueden casarse los mudos, ll. 5. y 6. tit. 2. P. 4. Y por quanto el error es contrario del consentimiento, faltará este, y por ello el matrimonio, si uno de los contrayentes errase en la persona del otro; pero no, si errase en la calidad ó fortuna del otro; y no en la persona, l. 10. d. tit. El consentimiento debe ser libre, de suerte que si alguno lo diese por miedo ó fuerza, que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio, l. 15. d. tit. que pone varios exemplos, l. 14. C. de rit. nupt. pues aunque los demas contratos valgan, puede pedirse que se rescindan, l. 56. tit. 5. P. 5. y en su *gloss* 1. Lopez. En proteccion de este libre consentimiento manda la l. 10. tit. 1. lib. 5. R. que si por importunidad diese el Rey carta ó mandamiento, para que una muger haya de casar con alguno contra su voluntad, y sin su consentimiento, no valga; y la siguiente *vi.* que ningun Grande, ni personas que tengan vasallos, apremien á ninguna dueña, ni doncella á que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni asimismo apremien á los padres y madres de tales mugeres, para que se hagan los tales casamientos.

10. Ha de tener el varon 14 años y la muger 12 para que puedan celebrar validamente este contrato, á no ser que

estuviesen tan cercanos à esta edad, que tuvieran capacidad para juntarse carnalmente; por que la sabiduria y poder para hacerlo, suple la mengua de edad, l. 6. tit. 1. P. 4. Tampoco ha de ocurrir alguno de aquellos impedimentos, que los Teologos llaman dirimentes: los cuales se refieren en la l. 13. y siguientes, tit. 2. P. 4. A estos pertenecan el error y la fuerza, de que hemos hablado. Trataremos con alguna extension del que nace de la cognacion ó parentesco, por ser muy frecuente, bastandonos indicar los demas en los siguientes versos, por que ocurren rara vez, y casi toda su constitucion y origen son canónicos.

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte cotre nequibus,
Si Parochi, et duplicis desit presentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti reddita tuta.*

11. El parentesco ó consanguinidad, es: *atenencia ó ali-gamiento de personas departidas, que descienden de una raiz*, segun la l. 1. tit. 8. P. 4. En rigor sólo son éos sus especies, mas por varias razones se extiende tambien á la que llamamos meramente civil y á la espiritual, y así son cuatro los parentescos: 1.º Meramente natural, que nace de ilícito ayuntamiento, al que pertenecen todos los que han nacido fuera de legitimo matrimonio, 2.º Meramente civil, el que se contrae por la adopcion, 3.º Mezclado, el que viene de legitimo matrimonio, por que concurren en él la naturaleza y la aprobacion de la ley. 4.º Espiritual, el que se contrae por el Bautismo ó Confirmacion.

12. En el parentesco hay lineas y grados, cuya noticia es necesaria para regular los casamientos y las sucesiones. Línea es: *ayuntamiento ordenado de personas, que se lisan unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz*. Una es recta entre personas que una viene de otra, y se subdivide en linea de ascendientes, que sube, en la cual estan el padre, abuelo, bisabuelo, y desde arriba; ó de descendientes en que se baja, como hijo, nieto, bisnieto, y de ahí abaxo. La otra es de traveso ó transversal, que tambien se llama lateral ó colateral. Esta empieza en los hermanos, y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de traveso, por que de los que estan en ella, no desciende uno de otro, aunque todos nacen de una misma raiz ó tronco, l. 2. d. tit. 6.

13. Grado es un escalon ó paso de distancia de un pariente à otro. En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan de una misma manera el derecho civil y canónico, siendo tantos los grados cuantas las

generaciones ó tantos cuantas las personas, quitada una. Así, Pedro dista de su abuelo dos grados, por que hay dos generaciones, la una de su abuelo, que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas, son estas tres, de las que se quita una. Pero en cuanto á la línea transversal hay una notable diferencia entre los dos derechos; por que segun el computo civil se sube al tronco desde el uno, y despues se baxa hasta el otro; y por ello no hay primer grado en esta línea, que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y baxada de otra manera. Los hermanos, pues, desde los cuales empieza esta línea, distan entre si dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de baxada del mismo padre al otro hermano. Segun el computo canónico, solo se sube, y de ahí es, que un hermano solo dista del otro un grado. Y adviertase que esta línea lateral puede ser igual ó desigual; en aquella están los que distan igualmente de su tronco comun, como dos hermanos ó dos primos hermanos; y en esta, el uno dista mas que el otro, como tío y sobrino, y entonces se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta, pues, cuantos grados distan Pedro y Maria, hija de su hermano Juan; responderemos que dos, por que de Maria á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre, que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo tronco comun de los dos, se sube otro. Segun el derecho civil distan tres grados; por que despues de haber subido al tronco, se ha de baxar hasta Pedro. El computo civil se sigue en las sucesiones, y el canónico en los casamientos, ll. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

14. La cuñadez es una imagen del parentesco, llamada afinidad, de la palabra latina *affinitas*, y es: *allegansa de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger*, d. 5. d. tit. 6. Nace del ayuntamiento carnal sea ó no licito, por el que los parientes del varon se hacen cuñados de la muger, y los de esta, cuñados del marido, en aquel grado en que son parientes, d. l. 5. y tambien produce impedimento para el matrimonio. Y asimismo lo producen la cognacion civil, que nace de la adopción, segun explica la l. 7. tit. 7. P. 4. (la que llaman espiritual, que nace del Bautismo y de la Confirmacion: el matrimonio rato: y los espousales validos. Aunque d. l. 5. llama cuñados de la muger á todos los parientes ó cognados del marido, y al contrario; con todo, por el uso comun, solo llamamos cuñados de la muger á los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la muger.

15. Reconociendo el matrimonio como sacramento, segui-

mos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor; y deducimos, segun ellas, que pará que sea valido es impedimento el parentesco natural ó consanguinidad, sin limitacion de grados, en la línea recta; de modo que si Adán viviese viudo, no se podria casar con ninguna muger, por ser todas descendientes suyas. En la transversal se extiende el impedimento hasta el cuarto grado inclusive; lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de ayuntamiento licito; pero si de ilícito solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales validos; producen el impedimento de publica honestidad, que en aquel llega al cuarto grado, y en estos solo al primero. Ultinamente por la cognación espiritual el bautizante, el confirmante y el padrino estan impedidos para con el bautizado, el confirmado y sus padres. Vea-se el Tridentino, *Ses. 24. de reform. matr. cap. 3. y siguientes.*

16. Producen, pues, impedimento dirimente: 1.º El parentesco natural, civil y espiritual, de que hemos hablado. 2.º La condicion contra la naturaleza ó fin del matrimonio, cuyos exemplos trae la l. 5. tit. 4. P. 4. Las otras condiciones torpes, que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, l. 6. d. tit.—3.º El voto solemne de castidad de los Religiosos profesos y de los Clerigos, ordenados de Epístola, ll. 11. y 16. tit. 2. P. 4—4.º El delito de homicidio del conyuge, ó adulterio, en los terminos que explican los Teólogos, y expresa la l. 19. d. tit.—4.º La disparidad de culto, esto es, si el uno fuese catolico y el otro infiel, l. 15. tit. 2. P. 4.—6.º el rapto.—7.º La impotencia de procrear, ll. 14. y 16. d. tit.—8.º La clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del Conc. de Trento, en la *Ses. 24. de reform. matr. cap. 1.* donde declaró nulos los que llamamos clandestinos, que se contraen sin la asistencia del propio párroco ú otro sacerdote con su licencia, ó del ordinario, y dos ó tres testigos. El contraer estos matrimonios clandestinos ó intervenir en ellos, tiene pena de destierro de los reinos de España, de confiscacion de bienes, y es causa de desheredacion, l. 1. tit. 1. lib. 5. R.

17. El divorcio, llamado *deportamento* por las leyes de *Partida*: es *separacion entre el marido y la muger*. Puede ser en cuanto al vinculo, *quoad mensam*; ó solo en cuanto á la cohabitacion, *quoad thorum*. El matrimonio consumado se divide por la muerte de uno de los dos conyuges, pero si solo es rato, se disuelve tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos, ll. 2. y 5. tit. 10. P. 4. El divorcio, en cuanto á la cohabitacion, tiene lugar por la

sevicia ó trato cruel, y otras causas.

18. El conocimiento de los efectos civiles del matrimonio es peculiar y privativo de los Jueces seculares: uno de ellos es el poder del padre sobre sus hijos, del que hemos hablado: otro es la adquisicion de los conyuges, por mitad, de lo que ganare cada uno, durante el matrimonio: la que no conocieron los Romanos. Este asunto ocupa las once leyes del *tit. 9. lib. 5. R.* cuyas doctrinas vamos á notar. Debe tenerse presente, ante todo, que los bienes que han marido y muger son de ambos de por medio; salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, l. 1. Se presume pues comunes, sino se probare lo contrario. Y para evitar perjuicios, aconseja entre otros, Gomez, en la l. 35. de Toro n. 70. que al tiempo de contraer matrimonio se otorgue escritura publica, por la que consten los bienes de cada conyugente.

19. Como la comunion de bienes nace del matrimonio, y dura mientras este, debe decirse, que el matrimonio incluye una sociedad legal entre los conyuges, algo diferente de las demas sociedades regulares, como veremos. Parece que la l. 2. d. *tit.* exige para esta sociedad la cohabitacion, por aquellas palabras *estando de consuno*, ó como dice la l. 205. del *Estilo*, hablando del marido, *estando en uno con su muger*. Si esto fuese así, cesaria esta sociedad y comunion de bienes por la larga separacion de los conyuges, como si el marido partiese á Europa, y se detuviese allí algun tiempo. Pero lo contrario sientan Acevedo, Matienzo y Garcia, fundados en que la l. 5. del mismo *tit. 9.* dice, *durante el matrimonio*, cuyas palabras declarando las citadas, hacen ver que estas no deben tomarse en un sentido riguroso, y si solo en cuanto debe permanecer entre los conyuges la union que abrazaron por el matrimonio. En caso de que los conyuges viviesen separados por divorcio, juzgan los mismos autores, que el que dió causa al divorcio, libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la renunciacion calida ó maliciosa de la sociedad establecida por contrato. Hay también dos casos, en que durante el matrimonio, cesa esta sociedad, cuales son, si la muger hubiese renunciado á ella, l. 9. d. *tit. 9.* y si los bienes de uno de los conyuges hubiesen sido confiscados, l. 10. d. *tit.* y entonces dura la sociedad hasta la sentencia de confiscacion, quedando al conyuge inocente la mitad de los bienes ganados hasta aquel tiempo. La viuda que viviere luxuriosamente, pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido, l. 5. d. *tit.*

20. Piensan, por lo comun, los interpretes que en el caso de que muerto un conyuge, continuen sus herederos vi-

viendo en comunión de bienes con el superstite, se entiende tacitamente continuada esta sociedad. Pero siempre nos ha parecido mejor la opinión contraria de Matienzo, por ser muy sólidas sus razones: 1a. Que disuelto el matrimonio cesa la razón que la introduxo. 2a. Que siendo esta sociedad especial, que se desvia algo de las demás sociedades regulares, es de estricta interpretación, y no debe ampliarse. 3a. Que no viniendo esta sociedad de la convención de las partes, como las otras, sino de sola la ley, es arriesgado extenderla, presumiéndola renovada à pretexto de tacito consentimiento. Créemos pues, que en el caso de la cuestión, no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino otra nueva, de naturaleza de aquellas que pueden contraerse tacitamente, como vemos al hablar del contrato de sociedad.

21. No son objeto de la sociedad matrimonial los bienes que tenían los conyuges antes de contraer matrimonio, pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran antes. Ni las herencias ó donaciones que se hicieron al marido ó la muger, pues solo las gana para sí aquel á quien se dexaren ó diere. Tampoco los bienes castrenses y oficios reales, sino es que fueren ganados à costa comunal de ambos, ll. 3. 4. y 5. d. tit. 9. Lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, que adquiere solo el donatario, si se le hicieron en contemplación de servicios propios suyos: y que entran en la compañía, si fueron hechas por servicios de los dos, como lo prueba Gutier. *Pract. quest.* 119. Garcia de *Conjug. ac quest.* n. 125. quiere que indistintamente pertenezcan à la sociedad; y al contrario, que nunca Matienzo, en d. l. 3. glos. 6. cuya opinión se podrá seguir en caso de duda, por ser bastante conforme à la ley, y expedita.

22. Pertenecen, pues, solamente à esta sociedad aquellos bienes que cualquiera de los conyuges ha comprado, ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, l. 2. tit. 9. y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno, aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dexen una hacienda, será de él solo; pero los frutos que produxere, serán de ambos, ll. 4. y 5. d. tit. Gutierrez, Acevedo y otros, inferen de estas leyes que los estipendios y salarios, que gana el marido Juez, Abogado ó Médico, son comunes con la muger, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun d. l. 5 pertenecen à esta sociedad los frutos y rentas de cualquier oficio. Entran tambien en esta sociedad los frutos pendientes. En los arboles y viñas es menester que aparezcan; pero en cuanto à sembrados, entran hasta las impensas hechas en el barbecho para la siembra, segun la l. 10. tit. 4. lib. 3. del *Fuero Real*, recibida.

en la practica, segun Matienzo en *d. l. 4. glos. 1.* y Gomez en la *58. de Toro. n. 71.* Asimismo pertenecen á esta sociedad, y serán de ambos, los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos que provengan de su industria ó trabajo; pero no aquellos que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo y naturalmente, por que estos siguen en todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumentos, como si al campo del uno se hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina, que admiten como cierta Covarrubias, Gomez y Matienzo, el aumento que tuvo en el año de 1779 la moneda de oro, fué solamente del dueño de ella. Si el uno hubiese mejorado una casa ó campo suyo, ó plantado viñas ó arboles, no tendrá el otro derecho á porción alguna del campo, ni á la mitad de lo que mas vale el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarlo, como prueba bien Febrere, en sus *Cinco Juicios, lib. 1. c. 4. §. 9. n. 75.* Tampoco hay derecho á las mejoras hechas en Mayorazgo, como veremos en el *lib. 2. tit. 6.* Si uno de los conyuges adquiere alguna cosa por derecho de retracto, será de él solo, por que solo en él concurren los requisitos de retracto; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó. Molina de *justitia et jure, disp. 433.* Gomez en la *l. 70 de Toro, n. 28.* Será así mismo de solo el permutante la cosa que permutó con otra suya, por que aquella se reputa la misma que esta. Solo tendrá derecho el otro á la mitad de las vueltas, si las dió el permutante, por que en cuanto á ellas hubo adquisicion. Si comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo, será comun, con derecho en el comprador de sacar del cumulo de gananciales para sí, el precio que dió por ella, *l. 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, Molina, en d. l. disp. 433. Gutier. lib. 2. Pract. quast. 117. Matienzo en la l. 2. tit. 9. lib. 5. R. glos. 2.*

29. El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, que se llaman *gananciales*, es comun por mitad del marido y muger, sin atenderse á que el uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *ll. 2. y 4. tit. 9.* Y prueba latamente Matienzo que esta comunion de bienes se entiende en cuanto al dominio y á la posesion; pero advierten Covarrubias y Acevedo, que el dominio y posesion en cuanto á la muger son *in habitu*, y no *in actu*, pasando al *actu* por la disolucion del matrimonio, y que solo el marido lo tiene durante este *in actu*: y de ahí es, que solo él puede enagenar estos bienes, durante el matrimonio, sin el consentimiento de la muger, valiendo la enagenacion, sino es que se probare haberla hecho con animo de defraudar ó

perjudicar á la muger, *d. l. 5. tit. 9.* Y por cuanto esta ley exige expresamente este mal animo, para que no valga la enagenacion, diciendo: *por defraudar ó damnificar á la muger*, convienen casi todos los interpretes, en que son validas las enagenaciones, que sin este animo hiciese el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gomez, Gutierrez y Garcia de *Conjug. acq.* n. 66. donde responde solidamente á Ayora, que pensó de otra manera. Se disputa si baxo el poder de enagenar se comprenda el de dar. Gomez y otros estan por la afirmativa, y Matienzo y otros por la negativa; en lo que nos parece bien la sentencia media de Molina, *Hispan. primog. lib. 2. c. 10.* y Gutierrez *lib. 2. Prac. quest. 121*, de que puede el marido hacer donaciones moderadas, mas no copiosas, y sin causa, que disipan el matrimonio.

24. Esta potestad de enagenar, que concede la ley al marido, está limitada á las enagenaciones entre vivos, como rectamente advierte Acevedo, fundado en las palabras de la misma ley 5. *que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio*; y mas abaxo: *y que el contrato de enagenamiento vala*. No puede pues el marido disponer en su testamento de la mitad de los gananciales que pertenecen á su muger; antes por el contrario, muerto el marido, conseguirá ella la libre administracion de dicha mitad, de la que podrá disponer del mismo modo que de sus demas bienes, sin estar obligada á reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido antes, como expresamente lo establece la l. 6. *de d. tit. 9.* y en su consecuencia si el marido legare algo á su muger, esta tendrá el legado sin disminucion de la mitad, l. 7. *d. tit.*

25. Puede la muger renunciar el derecho que tiene á la mitad de gananciales; y si lo hiciere no es obligada á pagar parte alguna de las deudas, que el marido hubiere contraido durante el matrimonio, l. 9. *d. tit.* Nadie duda que puede hacer esta renuncia antes ó despues del matrimonio; pero hay diversidad de opiniones sobre si puede hacerla durante este. La mas comun, que defienden Covarrubias *de Matrim. par. 2. c. 7 n. 14.* Gomez en *d. l. 9.* Gutierrez *lib. 2. Pract. quest. 126.* Matienzo y otros muchos, es que tambien puede hacerla entonces, por que á mas de hablar la ley generalmente, usa de las palabras *marido, muger*, que propriamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Acevedo en *d. l. 9.* y satisfacen á Lopez, en la *glosa 3. de la l. 5. tit. 11. P. 4.* y Molina *de just. et jur. disp. 435.* que fundados en que las donaciones entre marido y muger están prohibidas, siguen la contraria; por que no están prohibidas aquellas do-

naciones en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario, que en este caso es el marido, se haga mas rico, como lo expresa *d. l. 5.* Y respecto á que tambien consideramos que el dominio que adquiere la muger es revocable, dependiente de la enagenacion que puede hacer el marido, y cuya renuncia consiste mas bien en dejar de adquirir que en dar, como lo prueba Gomez, en *d. l. 60.* nos inclinamos algo mas á la opinion afirmativa; pero debemos confesar que son de tanto peso las razones de la contraria, que casi pueden considerarse ambas como igualmente probables: y juzgamos que cuando ocurra el caso, debe decidirlo el Juez por la negativa, si hallare, que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenaza ó engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó fuese el caso dudoso.

26. Siendo las dotes y donaciones *propter nuptias* á los hijos una carga del matrimonio, deben sacarse de los gananciales, asi como en toda sociedad se sacan primero las cargas, para liquidar las ganancias. Esto tiene lugar no solo cuando ambos conyuges prometieron dote ó estas donaciones, sino tambien cuando el marido solo. Si los gananciales no bastaren, y prometieren ambos conyuges, pagará cada uno lo que falte, por mitad, de sus bienes propios; pero solo el marido, si él solo hubiese prometido, *l. 8. d. tit. 9.* Los intérpretes extienden esta ley al caso en que muerto un conyuge, prometiese el superstite: y con razon, por que estas dotes y donaciones son siempre carga de esta sociedad, cuyas ganancias disminuyen, segun Acevedo, Matienzo, Covarruvias. A Gomez, que siente lo contrario en la *l. 53. de Toro*, se responde satisfactoriamente por lo que acabamos de decir.

27. Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de los maridos, relativos á sus mugeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tit. 3. lib. 5. R.* y en la *14. y ult. tit. 1. d. lib. 5.* tales son: 1.º Que ninguna muger pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento á abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l. 1. d. tit.—* 2.º Que tampoco puede celebrar contrato ni quasi-contrato alguno, ni apartarse de los contraídos, ni dar por libre á nadie de él, ni estar en juicio, haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *l. 2.—3.º* Que el marido puede dar licencia general á su muger para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia, valiendo todo lo que hiciere en virtud de ella, *l. 3.—4.º* Que el marido puede ratificar general ó especialmente todo lo que su muger hubiere he-

cho sin su licencia, l. 5. Y adviértase que el Juez con conocimiento de causa legítima, puede compeler al marido á que dé licencia á su muger para todo lo que no puede hacer sin ella, y si compelido no se la diere, el Juez se la puede dar, l. 4. Asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente, y no se espere de proximo su venida, ó corriese peligro en la tardanza, validado esta licencia lo mismo que la del marido, l. 6.—5.º Que entrando el marido en los 18 años puede administrar su hacienda y la de su muger, si fuere menor de edad, l. 14. y *ult.*

28. En vista de esta ley 14 del año 1623, suscitan los interpretos las siguientes cuestiones: 1a. Si los casados de 18 años conservaran hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion.—2a. Si gozaran hasta este tiempo del privilegio de caso de Corte.—3a. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin necesidad de curador *ad litem*.—4a. Si podrán enagajar sus bienes raíces, sin decreto del Juez. Noa parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *Disert.* 5. resuelve afirmativamente las dos primeras y negativamente las dos ultimas, fundandose en la sólida razon de que por haberse establecido esta ley á favor de los casados, debe interpretarse tambien á su favor en todos los casos de duda. En las *Disert.* 5. y 6. prueba el mismo Vela que el casado de 18 años queda libre de su curador, y manifiesta lo util que esto le es.

29. Para facilitar el matrimonio concede esta misma ley 14.—1.º Que los cuatro años siguientes al dia en que uno se case, sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, hospedages, soldados y otros.—2.º Que los dos primeros años de estos cuatro, sea libre de todos los pechos reales y concejiles y del tributo de la moneda forera, extinguido segun Cornejo, en su *Diccionario fonetico*, en el año de 1724. Retes en el *lib.* 7. c. 4. de sus *opusculos* explica latamente dicha ley 14. Tambien hay otros privilegios á favor de los que tienen muchos hijos, y hablaremos de ellos al tratar de las escusas de la tutela y curaduria.

30. Tambien es efecto civil del matrimonio el poderse desheredar al que lo contrae contra la prohibicion de la pragmática de 1776, citada en el n. 3.

31. Los indios de uno y otro sexo son libres para casarse con quien quisieron, ya sean los consortes indios, europeos ó americanos, sin que se les ponga impedimento ni se entienda con ellos qualquiera determinacion real, sobre este articulo, que no haga mencion de los mismos, l. 2. tit. 1

lib. 6. *R. Ind.* bien que no pueden casarse sin la edad legitima, ni se les ha de permitir la venta de las hijas para casarse con ellas, ll. 3. y 6. Los indios plebeyos, en defecto de sus padres, deben obtener el consentimiento de sus párrocos, segun la cédula de 27 de abril de 1778, pero los castizos y mestizos se reputan como españoles americanos, d. cédula, y otra de 13 de noviembre de 1761.

Las ll. 82. 84. y sigui. tit. 16. lib. 2. *R. Ind.* prohíben estrictamente contraer matrimonio y aun esponsales, dentro de su provincia á los Virreyes, Presidentes, Oidores, sus hijos é hijas, Solorzano, *Polit. ind. lib. 5. c. 9.* Por cédula de 17 de julio de 1773, se extendió esta prohibicion á los Protectores de indios y á los Auditores de guerra. Los Oficiales reales, Administradores, Tesoreros &c. tampoco pueden contraer sin expresa licencia del Rey, por cédula de 9 de agosto de 1779, la que no comprende á los oficiales subalternos, como se declara en resolucion de 19 de noviembre de 1783.

Por real orden de 15 de agosto de 1775 se mandó que cuando los oficiales de Ejército contraigan obligacion de matrimonio, y sean demandados en juicio, conozcan de él los Jueces Eclesiásticos, y hallandolos legitimamente obligados, pasen sus sentencias á los Virreyes, Presidentes ó Gobernadores, quienes despojarán del empleo á los oficiales, y darán parte á los Jueces Eclesiásticos, para que procedan en justicia. En orden á los titulos de Castilla, que quieran contraer matrimonio, vease á Belena, pag. 186, ó la cédula de 8 de marzo de 1787.

Solorzano *lib. cit.* resuelve muchas dudas acerca de las viudas de los ministros reales, sus hijos, hermanos y parientes. Tambien trata de la forma de proceder contra los contraventores y sus penas; y del tribunal á que se ha de apelar, en caso de que los Virreyes ó Presidentes contraigan sin permiso real. Mas si la pena de la ley pasa á los herederos, puede verse en una obra postuma del mismo autor, *In Alleg. cont. hered. Franc. de Venegas.*

Los Curas u otro sacerdote, con su licencia, pueden casar á sus feligreses, siempre que no resulte impedimento de la informacion que se sigue en los Obispados de Quito y Cuenca, y de las diligencias prevenidas por el Tridentino. Necesitan licencia del Diocesano para casar á los vagos, que son los que no tienen domicilio, y á los de otras diócesis, segun la cédula de 26 de julio de 1774. Antes de la independencia americana necesitaban por esta misma cédula de igual licencia para casar á los españoles; mas ahora necesitan tambien de la del gobierno. La l. 29. tit. 26. lib. 9. *R. Ind.*

mandaba que todo europeo soltero, que pasase á América, trajese informacion de celibato. La 7. *tít. 3. lib. 7.* disponia que se obligase á los casados en Europa á traer sus mugeres, ó á que regresasen á vivir con ellas, cuando se detuviesen mas de tres años. Por esta misma ley no podian los casados en América pasar á Europa, sin fianza de volver al tiempo que se les señalase, y dejar asegurado el sustento de sus familias.

En orden á los impedimentos del matrimonio, no hay diferencia alguna, pues segun la cédula de 1778, todos los americanos ó habitantes de Indias, ya sean etiopes ó mulatos, están obligados al derecho natural y canónico. Solo el impedimento de cognacion no se entiende en los indios mas allá del segundo grado, en el orden que establece la prohibicion canónica.

Excepto en el recurso á la Penitenciaría, no se podia ocurrir inmediatamente al Papa por dispensa de impedimentos, sin el permiso del Rey, que se obtenia por la Secretaría ó por el Concejo de Indias, negandose el pase á los Breves que venian sin este requisito, conforme á la cédula de 1778, y otra de 11 de marzo de 1781. Baxo el nuevo gobierno de los Estados Sud-Americanos, se recurre al poder ejecutivo por este permiso.

En consideracion al difícil recurso desde América á Roma, reciben los Obispos Americanos unas bulas, que se llaman *Solitas*, por la *costumbre* que hay de despacharlas, y por las cuales les concede el Papa las siguientes facultades:

Dispensandi in 3.º et 4.º consang. et affinit. simpliciter et mixto tantum, et in 2.º, 3.º et 4.º mixtis, non tamen in 2.º solo, quoad futura matrimonia, quod vero ad præterita, etiam in 2.º solo, dummodo, nullo modo attingat primum gradum, cum his, qui ab hæresi vel infidelitate convertuntur ad fidem catholicam, et in præfatis casibus prolem susceptam declarandi legitimam.

Dispensandi super impedimento publicæ honestatis justis ex sponsalibus proveniente.

Dispensandi super impedimento criminis, neutro tamen conjugum machinante, et restituendi jus petendi debitum amissum.

Dispensandi in impedimento cognationis spiritualis, præterquam inter levantem et levatum.

Hæc vero dispensationes matrimoniales non concedantur, nisi cum clausula: *Dummodo mulier rapta non fuerit, vel si rapta fuerit, in potestate raptoris non existat, et in dispensatione tenor hujusmodi facultatum inseratur cum expressione temporis, ad quod fuerint concessæ.*

Dispensandi cum Gentilibus, et Infidelibus plures uxôres habentibus, ut post conversionem et Baptismum, quam ex illis maluerint, si etiam ipsa fidelis fiat, retinere possint, nisi prima voluerit converti.

Predictas facultates communicandi sacerdotibus idoneis, qui in eorum Diocesis laborabunt, et præsertim tempore sui obitus.

Et predictæ facultates gratis, et sine ulla mercede exerceantur, et ad annos decem tantum concessæ intelligantur, nec illis uti possit extra fines suæ Diocesis.

En las causas de nulidad de matrimonio deben observarse en America las formalidades prescritas por Benedicto XIV. en la Bula *Dei miserationis* de 3 de noviembre de 1741. En cuanto à las apelaciones de las sentencias de los Diocesanos, se debe guardar lo dispuesto en el Breve de Gregorio XIII. inserto en la ultima l. tit. 9. lib. 6. R. Ind. Vease, la cédula de 21 de julio de 1776.

El conocimiento de las causas de divorcio compete exclusivamente à los Jueces Eclesiásticos, los que con ningún pretexto deben mezclarse en las temporales ó profanas, sobre alimentos, litis expensas ó restitucion de dotes, como propias y privativas de los magistrados seculares à quienes incumbe la formacion de sus respectivos procesos; de suerte que concurriendo semejantes asuntos temporales, durante las causas eclesiasticas, deben abstenerse los prelados de su conocimiento, pasandolos sin detencion à los jueces seculares, para que las sustancien y determinen breve y sumariamente, segun su naturaleza. Vease la cédula de 22 de marzo de 1787.



TITULO V.

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS Y OTRAS DONACIONES ENTRE MARIDO Y MUGER.

Tit. 11. P. 4. y tit. 2. lib. 5. R.

Tit. 8. et seqq. lib. 23. et tit. 1. et seqq. lib. 24. Digest.

1. Que es dote, y quando puede constituirse.—2. Division de la dote en adventicia y profecticia.—3. 4. y 5. Division de la dote en estimada é inestimada.—6. Quando se dan en dote ganados ó cosas que constan de peso, numero y medida.—7. 8. y 9. Division de la dote en nece-

aria y voluntaria.—10. Cantidad y tasa de las dotes.—
 11. De los frutos de la dote.—12. Cuando puede enajenarse
 la dote.—13. De los bienes extradotales ó parafernales.—
 16. y sig. De las otras donaciones entre marido y mujer,
 ó entre esposos.

1 Dote es: *El algo que da la mujer, al marido por razon del casamiento* l. 1. tit. 11. P. 4. esto es, donacion ó á manera de donacion, que la mujer ó otro por ella da al marido, para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la mujer; y puede constituirse y aumentarse tanto antes como despues de contraido el matrimonio, d. l. 1.

2. Se divide la dote: 1.º en adventicia y profecticia. *Adventicia es la que da la mujer 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 linea derecha, ó algun extraño.* *Profecticia es la que sale de los bienes del padre ó del abuelo ó de los otros, que suben por linea derecha,* l. 2. d. tit. 11. Y adviertase, con Lopez, que en la definicion de la profecticia, se entiende por linea derecha la varonil ó paterna, como explica la l. 5. de *jurè dotium*, y su glosa. Ahora que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el efecto de esta division solo es, que cuando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos; y si la madre, en la de los maternos. Si la dá un tercero, ó la constituye la misma mujer, se hace por la restitucion propia de ella, sin respecto ni limitacion ninguna; sino es que dandola alguno, que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion, que deberia guardarse, l. 30. d. tit. 11.

3 La dote se divide: 2.º en apreciada ó estimada, y no apreciada ó inestimada. Estimada será si el que la da dixere, doy en dote tal casa, ó tal viña, y la aprecio en cien pesos; ó inestimada, si simplemente dixere, doy tal casa ó tal viña, l. 16. El modo ordinario de darse las dotes en el dia, es diciendo, doy en dote mil pesos, en los bienes siguientes: en tal pieza de ropa, justipreciada en 20 pesos; en tal en 10; en tal casa en 500. &c. y cuando así se hace, no hay duda que la dote es estimada, por que lo que se da es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo al cumplimiento ó execucion de lo que se da. A veces se expresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, como se verá luego.

4. El dominio de las cosas dotalas pasa al marido sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, l. 7. Pero llegado el caso de haberse de restituir por la disolucion del

matrimonio ó alguna otra causa, la hay muy grandes; por que si fuese inestimada, se deben restituir las mismas cosas que se dieron; y su mejora ó deterioro pertenece á la muger; cuando por lo contrario, pertenece al marido, si hubiese sido estimada, l. 18. El derecho de los Romanos, que estableció esto mismo, da por razon de este segundo caso la venta que hay en él, l. 10. §. 5. *et seq. de jure dot.* por que la muger vende al marido las cosas que da en dote; y de consiguiente el marido solo es deudor del precio de ellas, y por lo mismo le pertenecen el aumento, disminucion ó extincion. Nuestros interpretes siguen esta razon. A veces se da estimacion á las cosas dotales sin animo de que resulte venta, y solo con el fin de que conste su valor, para saberse quanto debe restituir el marido, si debiendo restituirias en especie, no puede hacerlo por culpa suya. Covarruvias examina latamente este punto, en sus *quest. practicas*, C. 28. y distingue si la estimacion hace ó no venta; cuando no la hace, se reputa la dote inestimada, y deben restituirse las mismas cosas, y abonarse al marido sus impensas en mejorar la cosa, y hacerla de mayor renta; pero no las voluntarias, que no la mejoran, l. 32. *d. lit.* 11. Las ganancias ó mejoras que proceden de las impensas que hizo el marido, deben gobernarse por lo que hemos dicho en el *tit. ant.* n. 22.

5. Sucede á veces que estimandose las cosas dotales, se pacta la restitucion de las mismas cosas ó de su estimacion y se deja la eleccion á uno de los conyuges; en cuyo caso la mejora ó deterioro de las cosas pertenece al que las escoge, *ll.* 18. y 19. *lit.* 10. si no se nombra el conyuge le toca al marido el derecho de escoger, Lopez, *glos.* 7. *de d. l.* 18.—*L.* 10. §. *ult. de jure dot.*—Pero si nombrada la muger, escogiese la estimacion, ó siendolo el marido, no quisiese dar las cosas, es claro, y lo comprueba el contexto de estas *dos leyes*, que el pro ó el daño seria de este. Y notese, como singular en la estimacion de dotes, que si se sintiere engañado alguno de los conyuges por haber sido mas ó menos de lo que correspondia, puede pedir siempre que se le resarza el perjuicio, y deshaga el engaño, sea cual fuere; cuando en las ventas regulares solo compete este beneficio, siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, l. 16. *tit.* 11.—*L.* 6. §. *ult.* l. 22. §. 1. *eod.*

6. Si se hubiese dado en dote ganados no apreciados, al pro ó daño acaecido en ellos seria de la muger, por lo que hemos dicho, n. 4. Pero si muriesen algunas reses, ha de restituir el marido otras tantas, nacidas de las que le dieron, l. 21. *tit.* 11. Si lo dado fuese de aquellas cosas

que están en el comercio de los hombres por su numero, peso ó medida, debe restituir el marido otro tanto de la misma calidad, l. 21.—L. 24. *cod.*

7. Se divide la dote 3.º en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que da el padre, y el abuelo y bisabuelo paterno en su caso y lugar, l. 8. *tit.* 11. y cualquier otro, que por haberla prometido, l. 10. puede ser apremiado á darla. Voluntaria es la que da la madre ú otro por su voluntad, l. 8. Es necesaria la que da el padre, por que si no quiera darla á la hija que tiene en su poder, puede ser apremiado á que la de, aun en el caso que la hija no fuese pobre, segun lo expresa la misma *ley* 8. Y si se objeta que el padre no tiene obligacion de dar alimentos á la hija rica, responderemos no valer la paridad de alimentos á dote; por que aquellos solo se dan para que pueda subsistir el que los recibe: pero la dote se dá para que la hija pueda encontrar con mas facilidad buen marido, y contribuir al alimento y crianza de sus hijos.

8. Tambien pueden ser apremiados el abuelo y el bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta que tuvieren en su poder, si fuese pobre l. 8. *tit.* 11. y como en el dia emancipa el matrimonio, juzga Lopez, en la *glosa* 4. de esta ley, que los padres y abuelos paternos están obligados á dotar sin el requisito de la patria potestad. Del mismo dictamen es Covarruvias, puesto que en la *part. 2. de matrim. cap.* 8. §. 6. n. 13. defiende, estar obligado el padre á dotar á la hija natural, y aun á la espuria, bien que sin exceder los limites de lo que le puede dejar; y es bien seguro que en estas no tiene patria potestad; y que, como reconocen todos los autores, la causa de esta obligacion en el padre es mas natural que civil.

9. Diximos n. 7. ser voluntaria la dote que la madre da á su hija, por que lo hace por su voluntad, sin poder ser apremiada á ello, como se dice en las ll. 8. y 9. *d. tit.* 11. Solo un caso se pone en esta l. 9. en que está obligada á darla, y es quando es Hereje, Judia ó Mora, y la hija Cristiana Católica. Otro señalan algunos autores, quando la madre es rica, y el padre pobre, ó no sabe quien es el padre; asi lo dictan la equidad y pública utilidad: mas no hemos podido hallar ley que lo apoye. Pero observamos, que dicha l. 9. manda expresamente, que cualquier hombre que tenga en su poder ó guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuese ya en edad para casar, puede ser apremiado que la case; y que la establezca dote, segun fuese la riqueza de ella, y la nobleza de aquel con quien la casa.

10. La cantidad de la dote debe regularse por la de

los bienes ó riqueza del padre; y así está tasada en las ll. 1. y 5. *tit. 1. lib. 5. R.* Y hay además otra tasa en dicha l. 1. y es, que ninguno pueda dar ni prometer por vía de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tacita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.

11. El efecto de la dote entregada, es como diximos, n. 4. que pase su dominio al marido, efectuado el matrimonio, y en su consecuencia le pertenecen todos sus frutos, haya sido ó no estimada la dote, l. 25. *tit. 11. P. 4.* Pero los que percibiere antes de efectuarse el matrimonio, son aumento de la dote, y de consiguiente, los debe restituir, con la dote como parte de ella; por que antes de contraído el matrimonio, no existen las cargas que el marido está obligado á sostener, ll. 18. y 26.—L. 20. *c. de jure dot.* Le pertenecen tambien por la misma razon las crias de los ganados, como fruto de ellos, bien que con la obligacion, que notamos n. 6. Y los frutos del año en que se disuelve el matrimonio, se deben partir prorata entre marido y muger ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio, y por razon del restante tiempo del año son de la muger, sin consideracion alguna á que estén ó no percibidos, l. 26.—L. 7. §. 1. *cum seq. solut. matrim. l. ux. §. 9. C. de rei ux. act.* Y adviertase que esta doctrina sobre pertenencia de frutos percibidos, constante el matrimonio, debe entenderse sin perjuicio de lo expuesto sobre gananciales en el *tit. anterior n. 21.*

12. Puede el marido enagenar como quisiere la dote estimada; por que la hizo suya por título de compra, con sola la obligacion de restituir el precio en que fué estimada. Al contrario, no puede enagenar la inestimada, por haberla de restituir en los mismos bienes que recibió, l. 7. *tit. 11.* Y si la muger enagenase ó obligase estos bienes inestimados con licencia de su marido, está recibido por costumbre, que se rescindan estas enagenaciones y obligaciones, en cuanto consumen la mayor parte de la dote, para no quedar indotada en perjuicio de la pública utilidad. Y para computar si quedó ó no salva á la muger la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enagenaciones, como lo prueban Larrea *Alegac. 28.* Salgado en su *Laberinto part. 2. cap. 2.* donde examina algunas cuestiones en este particular, y Castro en sus *Discursos criticos sobre las leyes, lib. 4. disc. 6. exemp. 3.* Pero no podemos dejar de advertir que no se observa esta costumbre, cuando la muger jura ser su voluntad que valgan estas enagenaciones, como se ve en *Gutier. de juram. confirm. cap. 1.* y en Larrea,

Alegac. 85. n. 26. aunque deseamos se dicte una ley que quite la fuerza que se da à este juramento confirmatorio, en perjuicio de la utilidad publica.

13. La dote debe restituirse por muerte de cualquiera de los conyuges, inmediatamente, si consiste en raices, y dentro de un año, si en muebles, l. 31. *tit.* 11.—L. *im. C. de rei azor. act.* Pero hay tres casos referidos en la l. 28. *d. tit.* 11. en que cesa esta obligacion. 1.º Si los contrayentes hubiesen pactado que muerto uno de ellos sin hijos, quedase al sobreviviente la dote ó la donacion hecha por el marido à la muger, 2.º Si la muger cometiese adulterio. 3.º Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar, de que el marido gane la dote, muerta la muger. Esto se entiende si no hubiese hijos; por que si los hay, pertenece à ellos la propiedad de la dote, y el usufructo al padre ó madre que sobreviviere. Si la muger muere sin hijos, y dejase padres, pertenece à estos la dote; como herederos de ella. Y adviértase que los tres casos antedichos se extienden à la donacion que hizo el marido à la muger, por que, segun la misma ley, tampoco hay obligacion de restituir; sin otra diferencia que en el 2.º caso solo habla del adulterio de la muger; bien que Lopez, en su *glosa* 1. funda ser lo mismo, si lo cometiese el marido.

14. Tambien se restituyó la dote por el divorcio, ll. 26. y 31. *tit.* 11. por que cesa, como en el caso de muerte, la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, ll. 7. y 25. La 29. del mismo *tit.* 11. propone otro caso, y establece, que si la muger entendiese que el marido empobrece culpablemente, y temiese que malgastará su dote; puede pedir en juicio, que se la restituya, ó que dé fiador de no enagenarla, ó que la deposite en persona que la cuide, y recoja los frutos para mantener à los mismos conyuges. Y Lopez en la *glosa* 4. de la misma ley, prueba que si fuese evidente ser el marido dilapidador ó pródigo, no debió concedérsese la administracion de la dote, aun quando dé fianza. Pero si teniendo el marido buena conducta y esudado en la administracion de la dote, viniere à pobreza, por alguna ocasion; quiere la misma l. 29. que no pueda la muger pedir la dote.

15. A veces tiene la muger à mas de la dote otros bienes que se llaman extradotales ó parafernales, cuyo dominio, segun la l. 17. *d. tit.* pertenece tambien al marido, durante el matrimonio, si la muger se los dió con esta intencion; pero no dandoselos, ó no constando esta intencion, permanecen en el de la muger. Ya queda dicho en el *tit.* anterior n. 27. que el marido de 13 años entra en la administracion de estos

bienes, sin necesitar de dispensa de edad. La mujer tiene tambien en estos bienes paternales el mismo privilegio que en los dotales, pues gozan igualmente de la hipoteca de los bienes del marido, aunque no se constituya expresamente, y solo por el beneficio de la ley, *d. l. 17.* Del privilegio de esta hipoteca, del de competencia de los conyuges, y de lo que les corresponde, cuando se quita la dote por eviccion, trataremos en lugar mas oportuno.

16. Hablemos ahora de lo que recibe la mujer á cuenta del marido. La donacion que este hace á la mujer por razon de matrimonio se llamaba *arras*, por la *l. 1. tit. 11. P. 4.* y entre los Romanos *propter nuptias*. Las *ll. 7. y 23.* del mismo *tit.* quisieron, como las Romanas, que se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes; pero Gomez en la *l. 50. de Toro, n. 11. y 12.* observa que no están en uso las donaciones *propter nuptias*, y que se diferencia mucho lo que ahora llamamos *arras*.

17. Otras donaciones conocieron los Romanos baxo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del titulo del codigo *de sponsalibus, et arrhis sponsalitiis*. Las nuestras las han adoptado, añadiendoles tasa. Se hacen antes del matrimonio, por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen sin condicion alguna, deben restituirse por aquel por cuya culpa deja de celebrarse el matrimonio; mas en el caso de no celebrarse esto por casualidad ó muerte, debe distinguirse; por que si no intervino osculo, debe restituirse á los herederos del esposo todo lo dado, y solo la mitad, si intervino: y si fuese la esposa la donante, lo recobra todo, *l. 3. tit. 11. P. 4. l. 4. tit. 2. lib. 5. R.—L. 15. C. de donat.* Suele hacerse estas donaciones en joyas y vestidos preciosos, y no pueden exceder la octava parte de la dote, *ll. 1. y 5. tit. 2. lib. 5. R.* debiendo aplicarse el exceso á la Cámara del Rey. Las frecuentes contravenciones de esta prohibicion tan util é importante, dieron lugar á que se repitiese en el *auto-acord. 4. tit. 12. lib. 7. R. cap. 25. 26. y 27.* en que se manda que los mercaderes, plateros, longistas ni otras personas, por sí, ni por otras, puedan en tiempo alguno, demandar en juicio las mercaderias y generos que dieren al fiado para dichas bodas á cualquiera persona del estado, de cualquiera calidad y condicion que sea: y que las justicias ordinarias tengan jurisdiccion privativa para conocer de los casos que miran á la ejecucion de las penas de contravencion.

18. Tambien tenemos otra donacion, que se llama *arra*, y es: *donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, segun Gomez en

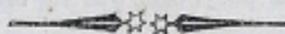
la l. 50. de Toro, n. 19. donde enseña, que tambien puede hacerse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice Covarruvias, *part. 2. de matrim. cap. 3. §. 7. n. 14.* añadiendo ambos, que despues de publicadas las leyes de Toro, se diferencia mucho esta donacion de la que la l. 1. *tit. 11. P. 4.* llama *propter nuptias*. Tambien tienen las arras su tasa, pues no pueden exceder la decima parte de los bienes del marido, l. 2. *tit. 2. lib. 5. R.* que prohibe ademas su renuncia, é impone pena de privacion de oficio al escribano que diere fé de algun contrato en que intervenga tal renuncia. Y adviértase que esta tasacion, que trae su origen de la l. 2. *tit. 2. lib. 5. del Fuero Real*, no dice respecto á solo los bienes actuales del marido, al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiriere.

19. El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos, aun sobreviviendo el marido, l. 3. *tit. 2. lib. 5. R.* Pero si se hubiese hecho á la muger la donacion del n. 17. y prometido las arras, solo tendrán entonces ella ó sus herederos el derecho de escoger la donacion ó las arras, dentro de 20. dias contados desde que fueron requeridos por el marido ó sus herederos; y pasados estos, compete la eleccion al marido ó sus herederos.

20. Se frecuente otra donacion, que las *ll. 9. tit. 6. y 3. tit. 8. lib. 5. R.* llaman *propter nuptias*, y es: la que hacen los padres á sus hijos en centemplacion del matrimonio, que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas: de suerte que es muy diferente de la que las *Partidas* llamaron tambien *propter nuptias*, n. 16.

21. Solo nos resta hablar de las donaciones entre los conyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas se hallan prohibidas y son de ningun valor, ya por el engaño que causa el amor, como por que, el que fuese mas escaso en dar, seria de mejor condicion que el mas franco, l. 4. *tit. 11. P. 4.* Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones por las que se hace mas rico el que recibe, y el que da mas pobre: de suerte que si falta una de estas circunstancias, vale la donacion, l. 5. §. 26. *de donat. int. vir. et uxor.* Por ejemplo, si se deja una herencia al marido, sustituyendole á su muger, y el marido renuncia su institucion, sin haber adido la herencia, en cuyo caso tiene valor la sustitucion por que aunque esta renuncia hace mas rica á la muger, no empobrece al marido. Por esta razon valdrá tambien la

donacion de una cosa agena, por que sirve al donatario para usucapirla, y no hace mas pobre al conyuge 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 que se hiciese sepultura, construyera una iglesia ó cosa semejante, en cuyos casos concurre tambien la razon de ceder esto en honor de Dios, ll. 5. y 6. tit. 11.—D. l. 5. §§. 8. 13. et 14. *de donat. int. vir. et uxor.* Tambien vale, si el que la hizo, muere, sin revocarla, antes que al que la recibió; pero debe decirse lo contrario, si no muriese antes, ó la revocase por palabras ó por hechos, vendiendo ó enagenando de otra manera las cosas que habia dado, l. 4. tit. 11.—L. 32. §§. 2. et 9. *cod.*



TITULO VI.

DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO O ADOPCION.

Tit. 7. y 15. P. 4. — Tit. 10. et 11. lib. 2. Inst.

1. 2. y 3. *Que sea legitimacion y sus especies.*—4. *Que sea adopcion y sus especies.*—5. *Diferencias entre la adrogacion y la adopcion.*—6. *Como pueden ser adrogados los mayores de 7 años.*—7. *Quienes pueden adoptar y quienes no.*—8. *Efectos de la adopcion.*—9. *Adicion.*—10.—*Derecho de Indias.*

1. La legitimacion es: un acto por el cual se hacen legitimos los hijos, que antes no lo eran. Las leyes Romanas establecieron tres modos de legitimar, por subsecuente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del Principe, §. 18. d. tit. 10. nov. 74. cap. 2. Algunos de sus interpretes añadieron otro, en el caso de que el padre nombrase á alguno por hijo en testamento ó otro instrumento firmado por tres testigos; pero la mayor parte de ellos sienten que esta no es legitimacion, sino una prueba de ella, segun la novela á que se refieren. La l. 4. y *signis. tit. 15. l. 4.* distingue tambien como las Romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia; pero reconocen nuestros interpretes no estar este en uso, y la constitucion del

gobierno de los pueblos tampoco lo permite. En cuanto al 4.º modo que añaden algunos interpretes Romanos, juzga Lopez, *glosa 7. l. 7. tit. 15.* lo mismo que la mayor parte de aquellos interpretes, esto es que no debe considerarse como legitimacion, sino como prueba de ella.

2. Nosotros solo tenemos dos modos de legitimacion. El mas frecuente y recomendado es el que nace de subsecuente matrimonio, cuando teniendo el padre hijos en alguna barragana ó soltera, se casa despues con ella, *l. 1. tit. 13. P. 4.* en cuya glosa 8. se inclina Lopez con razon, á que basta que la muger sea soltera, y no es necesario que el padre la haya retenido en su casa. Los hijos que el padre casado tiene en una barragana ó concubina, no pueden ser legitimados, aunque se case con ella, como lo dispone la *l. 2. tit. 15. P. 4.* dando por razon: que *los tales hijos fueron hechos en adulterio.*

3. El otro modo de legitimar es por rescripto del Principe, del cual habla asi la *l. 4. d. tit. 15. Piden merced los omes á los emperadores é á los Reyes en cuyo señorio viven, que la faga á sus hijos, que han de barraganas, legitimos. E si cabe su ruego, se los legitiman, é son dende en adelante legitimos (1).* Tambien se concede esta legitimacion á pedimento de los mismos naturales, que deben fundarse en que su padre los nombró en su testamento por sus herederos legitimos, y en que no tenia hijos legitimos, *l. 6. d. tit. 15.* De la palabra naturales que usa esta ley, infiere Lopez, glosa 1. y 2. no tener lugar en los hijos espureos, la legitimacion que ella concede, y que las legitimaciones por el Principe no valen, si hay hijos legitimos, sino es que se exprese asi. Y adviertase que estas legitimaciones solo sirven para los efectos civiles, por que para los canónicos las debe conceder el Papa, *l. 4. d. tit. 15.* Legitimados los hijos por cualquiera de estos modos, es consiguiente que estén en la patria potestad de su padre, obrando esta sus efectos, y siendo causa de que hayamos tratado aqui de la legitimacion.

4. El porfijamiento ó adopcion es: *una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser hijos de otro, maguer no lo sean naturalmente, l. 1. tit. 16. P. 4.* La adopcion constituye tambien la patria potestad, *l. 7. tit. 7. P. 4.* La dividimos como los Romanos, §. 1. *Inst. de adopt.* en dos especies, llamando la una arrogacion y la otra simplemente adopcion.

5. La arrogacion es: *porfijamiento de omes, que es por sí, e noa ha padre carnal, é si lo ha es salido de su poder, é cas nuevamente en poder de aquel, que lo profija,*

d. l. 7. ó mas breve, es: *adopcion de hombres que no están en la patria potestad de otros.* Se hace, preguntando el Rey á dos, si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, dice el Rey, que otorga, y en seguida se les debe dar el título, d. l. 7. De la adopcion en especie dice esta misma ley poder hacerse de otorgamiento de cualquier juez, y que es: *por fijamiento de otro, que ha padre carnal, é es en su poder.* En la arrogacion es necesario el consentimiento expreso del que va á ser hijo; pero en la adopcion basta el tacito, esto es, que calle, ó no contradiga, l. 1. tit. 16. P. 4. y de ahí es no poder ser arrogados los infantes ó menores de 7 años, por no tener entendimiento para consentir, l. 4. d. tit. 16.

6. Pero esta misma ley concede la arrogacion de los que se hallan entre los 7. y 14 años de edad, por que estos no están enteramente menguados de entendimiento. Pero el Rey, cuyo otorgamiento es necesario, quiere que se tenga presente en estas arrogaciones, varias circunstancias que se expresan en la misma l. 4. y son: si el que adopta es rico ó pobre; si es pariente ó no; si tiene hijos que heredan de lo suyo, ó si es de edad que puede tenerlos todavia: de que vida es, é de que fama; é que riqueza tiene, el niño: y si examinado esto; se entendiese que el arrogador procede con buena intencion, y que la arrogacion es provechosa al mozo, se le otorgue. Asimismo quiere que antes de otorgarla, se cuide de que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caucion el arrogador, de que si el mozo muriese antes de los 14 años, entregará todos sus bienes á quienes pertenecerian por herencia ó legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Esta caucion debe autorizarse por Escribano publico; y si no se hiciere, está obligado á cumplirla el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y segun la l. 8. d. tit. 16. si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó, ó lo desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, menos el usufruto que recibió de los bienes del arrogado, mientras lo tuvo en su poder; y demas de esto la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

7. Puede adoptar cualquier hombre libre que no esté en poder de su padre: con tal que exceda al que quiera adoptar en 18 años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, l. 2. d. tit. 16. Pero si no tuviese impedimento por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, l. 3. d. tit. Ninguna muger puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del Rey, ó de algun Concejo, en que lo hubiese

encartado, y entonces puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del Rey, y no de otra manera, d. l. 2. Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte puede adoptar el que fué tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25 años; pero antes de ningun modo, l. 6. Tampoco puede adoptar ninguno á forro ó aforrado age- no, l. 5.

8. Es efecto de la adopcion, que el adoptado pasa á la patria potestad del adoptante. Esta regla tiene siempre lugar en la arrogacion, l. 7. tit. 7. P. 4. pero en la adopcion en especie hay distincion; pues aunque la misma l. 7. dice generalmente que no pasa, la 9. dice que sucede esto, cuando el adoptante no es ascendiente del adoptado, y la 10. que tiene lugar lo contrario, cuando el adoptante es ascendiente del adoptado. Esta misma distincion se observa en el derecho romano, §. 2. *Inst. de adopt.* Y adviertase que si en este ultimo caso sacase el padre adoptivo de su poder a su descendiente adoptado, volveria este al de su padre natural, l. 10. Tambjen es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los terminos del n. 14. tit. 4. Del que produce en cuanto al derecho de suceder, hablaremos al tratar de las sucesiones. Claro es que los adoptados por muger, no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

9. Si alguna hija natural casare con algun Juez mayor de Ciudad ó Villa, cuyo oficio sea perpetuo, se hace legitima en el mismo hecho del matrimonio. Lo mismo sucede con el hijo natural, que se ofreciere él mismo al servicio del Rey, ll. 5. y 8. tit. 15. P. 4.

Los hijos expuestos, cuyos padres no se conocen, se tienen por legitimos, segun su calidad, para obtener lo que les convenga en lo civil, con arreglo á su buena conducta y meritos personales, cédula de 19 de febrero de 1794; y otra de 1803, y la legitimacion por rescripto del Principe es mas ó menos amplia para los efectos civiles, segun su voluntad.

10. Murillo, *Curs. jur. Canonici*, dice, que los obispos de América pueden dispensar el impedimento de ilegitimidad para ordenes mayores y para los beneficios curados de Indios, lib. 2. tit. XVII. n. 260, donde cita á Solorzano, y añade que esto consta por las *Solitas*, cuyo artic. 2. es el siguiente: *Dispensandi in quibuscumque irregularitatibus, exceptis illis, quæ vel ex bigamia vera, vel ex homicidio voluntario proveniunt; et in his etiam duobus casibus, si præcisè necessitas operantium ibi fuerit, si tamen quoad homicidium voluntarium ex hujusmodi dispensatione scandalum non oriatur.*

Aunque esta facultad nos parece limitada à la dispensa para ordenes mayores de que habla el art. 1.º de las mismas *Sálitas*, la encontramos expresa *ad obtinenda et obtenta beneficia ecclesiastica et officia quæcumque* en la bula de S. Pio V. de 4 de agosto de 1571, recomendada por la cédula de 7 de setiembre de 1752, como puede verse en Morelli, *Fasti novi orbis*, *Ordinatio* 135.

NOTA.

(1) El inocente no debe ser penado por el culpable, y los hijos naturales y los espurios no tienen culpa ninguna por haber nacido tales. Pero en la aplicacion de este principio debe atender el legislador à las circunstancias morales de los pueblos, y tener siempre la mira de evitar la causa de la ilegitimidad, estimulando al matrimonio en cuanto sea posible. La decencia pública se resiente de ver à un padre rodeado de hijos naturales, y no siempre reciben estos una buena educacion.

 TITULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADURIA.

Tit. 16. 17. y 18. P. 6.—Tit. 13. lib. 1. Inst.

1. Qué es tutela.—2. A quienes se puede dar tutor y à que fin.—3. 4. 5. Division de la tutela: y de la testamentaria.—6. 7. 8. Quienes pueden ser dados tutores.—9. El tutor debe ser nombrado señaladamente.—10. 11. De la tutela legitima.—12. De la dativa.—13. Qué debe hacerse cuando muchos jueces dan tutor.—14. Modos de fenecer la tutela.—15. 16. De los curadores, y si pueden darse en testamento.—17. Dispensa de edad.—18. Qué sea excusa de tutela y curatela, y que se necesita de justa causa para ella, menos en la tutela legitima.—19. Se explican varias excusas.—20. Descuido notable de Asso y de Manuel en este particular.—21. Tiempo para proponer la excusa, y para decidir la causa ó pleito, en virtud de ella.—22. Qué sea tutor sospechoso, y se refieren los que lo son.—23. 24. Quienes pueden acusar: Qué tutores pueden ser acusados

de sospechosos: Y cuales son los efectos de la acusacion.—
 25. *De las obligaciones del tutor antes de entrar en la tutela.—*26. 27. *De la obligacion de afianzar los tutores; y que alcanza á la madre y abuela.—*28. *Qui debe hacerse cuando son muchos los tutores.—*29. *Donde debe ser educado el pupilo.—*30. 31. 32. *De las obligaciones del tutor en cuanto á dar alimentos al pupilo, y mover las causas que convinieren á este.—*33. *Tiene el tutor obligacion de cuidar los bienes del pupilo, y emplear el dinero sobrante.—*34. 35. *Del modo en que puede el tutor enagenar las cosas del pupilo.—*36. *De la obligacion de los tutores, sus fiadores y sucesores de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.—*37. *De la decima que debe darse al tutor, y como debe sacarse.—*38. *Derechos del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.—*39. *Derecho de Indias.*

1. Para proceder con claridad, notaremos, que los nombres *tutela, curaduria, tutor, curador*, apenas se hallan en las *Partidas*, que usan los generales *guarda y guardadores* en su lugar. De los hombres libres, que no están en patria potestad, unos se hallan en tutela, otros en curaduria, y otros fuera de todo. *Tutela es la guarda que se dá al huérfano libre, menor de 14 años, é á la huérfana menor de 12, segun la l. 1. tit. 16. P. 6.—*§§. 1. et 3. *Inst. de tutel.*

2. Por la palabra *libre* entienda Lopez en la glosa 1. de esta ley, que no pueden estar en tutela el esclavo, y el que se halla en la patria potestad. *Princ. cod.* Se dan tutores á los de esta edad, aunque no los quieran, *l. 6. de tut. et cur. dat.* Y se les dan para que cuiden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor, §. 4. *Inst. qui testam. tut. dar. pos.* salvo el caso en que se le moviese el pleito de servidumbre, en el cual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleito, *d. l. 1.*

3. Hay tres especies de tutela; testamentaria, legitima y dativa. Testamentaria es: *la que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder, ll. 2. y 3. d. tit. 16.—*§. 3. *Inst. de tut.* y esta facultad que se extendia al abuelo por está *l. 3.* se halla derogada por la ley de la Recop. que hemos citado en el n. 1. *tit. 3.* El padre puede tambien dar tutor al postumo, esto es, al hijo que nace despues de su muerte *l. 3.* por que el póstumo se reputa nacido en cuanto le es provechoso, §. 4. *Inst. cod. l. 7. de stat. hom.* pero no en cuanto le sea perjudicial, *l. 3. tit. 23. P. 4.*

4. La madre que hace testamento en que establece por herederos á sus hijos, que no tienen padre, puede darles tutor en él. Pero este tutor no puede usar en ninguna manera de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado por el juez del lugar donde están los bienes, el que debe confirmarlo y otorgarle guarda de ellos, ó como dicen los prácticos discernirle la tutela, si non fuere tal á quien defiendan las leyes que lo non sea. Mas si la madre no estableciese por su heredero al hijo, no le podría dejar tutor aunque le dejase de otra manera alguna parte de sus bienes. Pero si lo hiciese, y quisiese confirmarlo el juez, valdria, y no de otra manera, l. 6. por que la madre no tiene patria potestad, de la cual nace el derecho de dar tutor, segun la l. 3. d. tit. Por las leyes Romanas era necesaria la inquisicion ó examen de las circunstancias del tutor, dado por la madre en testamento á su hijo heredero. L. 2. de confir. tut. Por la citada l. 6. se ha visto que es necesario examinar, si este tutor se halla ó nó impedido por las leyes. Lopez en la glosa 2. dice, que si el menor no tiene mas bienes que los que dejó la madre, no es necesaria la inquisicion respecto de ellos, pero que si tiene otros, lo será respecto de estos. o.

5. Si el padre da tutor á su hijo natural en testamento, instituyendolo heredero, ó cualquier otro á un extraño en estos mismos terminos, debe confirmarlo el Juez; y asi, y no de otra suerte será tutor. Y en general los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente, á cierto tiempo, ó baxo de condicion, segun fuere la voluntad del testador, l. 8.

6. Pueden ser dados tutores los que no están prohibidos y lo están el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, gastador de sus bienes ó pródigo, el de malas costumbres, el menor de 25 años, y la muger, l. 4. Pero la prohibicion del menor debe entenderse en solo las tutelas legitima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá obtenerla, para administrarla, cuando fuere mayor, l. 7. Y en cuanto á mugeres debe advertirse que no alcanza la prohibicion á la madre y abuela, quienes pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el juez del lugar donde están ellos, que no se casarán durante la tutela; y renunciaran el beneficio del senadoconsulto Velejano, esto es, la prohibicion que tienen las mugeres de obligarse por otro, l. 4. que añade la razon de estas dos condiciones; de la primera, por que se sospecha, que casandose la muger descuidará de guardar la persona y bienes del huérfano, por el grande amor á su marido; y de la segunda, por que no querrian los hombres contratar con las mugeres, aunque ellas mismas lo necesiten para la buena administracion de la

tutela y provecho del huérfano. Si se casa la madre mientras tiene el huérfano en tutela, debe el juez del lugar en que esto sucediere, sacarlo luego de ella, y pasarlo á la de su pariente mas cercano, que sea hombre bueno sin sospecha ni impedimento legal. Y si hallare que la madre debe algo al huérfano, por haber administrado sus bienes, están obligados al pago no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5.*

7. Tampoco pueden ser tutores los obispos y monjes, *l. 14.* la que dice de los sacerdotes y demas clérigos seculares, que pueden ser guardadores de sus parientes; pero que deben ir ante el juez del lugar dentro de cuatro meses despues que supieron la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decirle, que quieren serlo de dichos hijos. *Nov. 123. cap. 5.* De los deudores del mozo dice, que no pueden serlo, sino es que el padre los nombrase en su testamento. Y añade, que tampoco puede serlo el que fuere obligado al Rey por haber tenido ó tener sus cilleros ó sus heredades ú otras ventas de que hubiere de dar cuenta.

8. Si el testador nombrare á su esclavo, tutor de sus hijos aunque no lo aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25 años: y se fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad; pero si dejase por tutor á un esclavo ageno, no valdria, *l. 7.*

9. El padre debe nombrar y señalar el tutor de modo que se pueda saber ciertamente cual es: por lo que, si nombrase uno, y hubiese otro del mismo nombre, de suerte que no pueda saberse cual fué el que intentó nombrar, ninguno de ellos lo será, *l. 7. Otro si.* 1

10. En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriese pues un padre, sin haber hecho testamento, ó sin nombrar tutor en él, ó si habiendolo nombrado, muriese antes que el testador, seria tutor legítimo de sus hijos, su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos, *l. 9.* y Lopez en su *glosa 1.* advierte muy bien, que seria lo mismo, si muerto el padre, falleciese el tutor que nombró, siendo impúbere el mozo. Si este tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere á la abuela, y en defecto de ambos á los parientes laterales por su proximidad, *l. 9.* Llamase legítima esta tutela, por que compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11. La *l. 10.* aprueba la legítima tutela que los Romanos llamaron *patronorum*, esto es, cuando que si el señor aforrase á su siervo menor de 14 años, sea su tutor.

12. A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos, *Princ. Inst. de Adifican. tut.* llamados así, por que son dados por el juez. Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarían al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al juez del lugar le dé tutor, que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y si no lo pidieren pierden el derecho que tenían de heredarle, si muriese intestado. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlo los amigos del mozo ó cualquier otro del pueblo; y el juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500 maravedis de oro, segun el valor que explicaremos en otra parte; pero si valiere menos, bien podrá mandarlo á otro juez inferior. Y esto puede hacerse no solo por el juez del domicilio del mozo, sino tambien por el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, sea que este se halle presente ó no, y aunque lo contradiga, l. 12.

13. Y si de todos los jueces que pueden dar tutor, diere cada uno el suyo, siente Lopez, *gloss 13. d. l. 12.* que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no pareciendo este, el del origen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, por que al que ya tiene tutor, no se le puede dar otro; pero no en la segunda, por que juzgamos debe ser preferido el dado por el juez del domicilio, ya por ser este el orden en que estan escritos en la misma l. 12. como por que dandose el tutor principalmente para que cuide de la persona del mozo, tiene mas proporcion de ello el juez del domicilio. En caso de ser el mozo Grande, deben las Audiencias remitir al Rey la peticion de nombramiento de tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, l. 14. tit. 5. lib. 2. R.

14. La l. 21. d. tit. 16. refiere los siguientes modos de fenecer la tutela:—1.º Por cumplir el huérfano los 14 años, y la huérfana los 12. *Princ. Inst. quib. mod. tut. finit.*—2.º Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano, § 5. et 4. eod.—3.º Por la esclavitud de uno de los dos, D. §. 4.—4.º Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condición, cumpliéndose el tiempo ó falleciendo la condición:—5.º Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de los legítimos.—6.º Si se excusa el tutor por causa legitima.—7.º Si lo removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo 2.º decimos con Lopez, *glossa 2a. d. l. 21.* que por *desterramiento* se entiende de la *deportation* de los Romanos, explicada n. 6. tit. 3. Sobre el 4.º que se con-

dición se entiende, pendiente ó durante alguna condici^on, y no hasta cierta condici^on, conforme al derecho Romano, §. 2. *cod.* por que esto repugna con la palabra falleciendo de que usa la ley. El 5.º en cuanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo a la tutela legitima, es conforme al derecho de las Instituciones de Justiniano, §. 3. *cod.* segun el cual la tutela legitima de los parientes, solo competia á los que lo eran por agnacion, y la perdia el tutor por su adopcion. Creemos que los que compusieron las Partidas tomaron de ahí este derecho, sin reputar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados, *Novel.* 118. cap. 5. y que la misma l. 9. d. tit. 16. P. 6. llama á la tutela á los parientes, baxo el nombre general y natural de parientes, extensivo á cognados y agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla ninguna de muger, y por ello conservan su apellido; y cognados los que lo son por parte de madre ó alguna muger.

15. A los mayores de 14 años hasta los 25, y á los mayores de 25 locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, se da curador, l. 13. d. tit. 16. y como esto procede de no poder cuidar ellos sus cosas por sí, añado con razon Lopez, glosa. 1. que tambien debe darse á los pródigos, mudos, sordos y demas que por perpetua enfermedad, no pueden cuidar de sus cosas, conforme al derecho Romano, §§. 3. et 4. *Inst. de curat.* Asso y Manuel, *Instituc. del derec. civil de Castilla lib. 1. tit. 2. cap. 3.* atribuyen á Lopez haber dicho en la glosa 2. l. 2. d. tit. 16. que no habia curaduria legitima para los furiosos, cuando dice allí lo contrario.

16. A los que están en su acuerdo, y son de curados por solo su menor edad, no se puede apremiar, para que lo reciban, sino es el curador *ad litem*, en caso que demanden ó sean demandados, l. 13. §. 2. *Inst. de curat.* Mas si lo hubieren recibido ya, no lo podrán desechar hasta que cumplan los 25 años, Lopez, glosa 2. Gutier. de tutel. part. 1. cap. 9. n.º 18. pero tengase presente lo que hemos dicho al fin del n.º 28. tit. 4. No puede el curador ser dado en testamento; pero si lo fuere, y entendiere el juez ser útil al menor, debelo confirmar, l. 13. — §. 1. *cod.* y entonces está obligado el menor á recibirlo, como lo prueban Lopez, glosa. 5. y Gutier. cap. 19. n.º 30. La misma l. 13. persigue diciendo, que al huérfano que ha guardador no le deben dar otro, excepto si el guardador fuese ome de mal recabdo, ó que hubiese de ver tanto en lo suyo, que no pudiese cuidar los bienes del huérfano, ó si enfermase, ó tuviese de ir en romería, ó en otro gran camino; entonces pueden darle

otro guardador en lugar de aquel á quien dicen en latin *curator*, hasta que el otro sea sano ó torne del camino donde hubiese ido. Lopez y Gutierrez extienden la doctrina de esta ley á los tutores, conforme á la regla del derecho Romano: *habenti tutorem, tutor dari non potest.* §. 5. *cod.* La curaduria fenecce cuando el mozo tiene 25 años, y cuando el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres; en lo demas acaba del mismo modo que la tutela.

17. Los mayores de 20 años pueden pedir en el Concejo la dispensa para poder administrar sus bienes, sin licencia ni autoridad de curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad, y viendo el Concejo que esta peticion es justa y correspondiente, acuerda consultarlo favorablemente al Rey, quien suele concederla. El que obtiene esta venia puede otorgar arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y cualquiera otro acto que le convenga judicial ó extrajudicialmente: recaudar los frutos y rentas de lo suyo: distribuirlo, y disponer de ello como de cosa propia; y tomar cuenta con pago á cualquiera curador, que deberá dársela; pero no podrá vender ni obligar los bienes raíces de su hacienda, sin autoridad ni decreto judicial, hasta que haya cumplido los 25 años. Vease á Escalona, *Practica del Concejo*, tom. 1. cap. 98. Y notesq al principio de este mismo cap. que si el pretendiente es mayor de 13 años, puede obtener de la Cámara la dispensa de los 18 hasta los 20, y con cédula de ella acudir al Concejo á solicitar la referida venia. Hablan de ella los autos-acord. 92. tit. 4. y 34. tit. 19. lib. 2. y 26. tit. 5. lib. 3.

18. Tratemos ahora de las excusas y de la remocion de la tutela, advirtiendo que cuanto se diga de los tutores se entienda tambien de los curadores. Aunque la tutela no es en rigor un oficio publico, se considera tal por algunos respectos, y merecen la Real proteccion los que están en ella, *ll. 41. tit. 18. y 20. tit. 23. P. 3.* y no es de extrañar que necesiten justa causa los que quieran excusarse de administrarla. *Excusanza es mostrar alguna razon derecha en juicio, por la que aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenuto de recibir, en guarda á él, nin á sus bienes, l. 1. tit. 17. P. 6.* Pero atendiendo a las *ll. 2. y 12. tit. 16. P. 3.* que dejan al arbitrio de los tutores legitimos el serlo ó nó, nos parece que solo los testamentarios y doliyos necesitan de causa para excusarse.

19. Las causas para excusarse son 15. Las *ll. 2. y 3. tit. 17. P. 6.* establecen las 14 siguientes: 1a. Tener cinco hijos naturales y legitimos, y vivos, debiendo contarse entre ellos los que murieron en batalla, en servicio de Dios y del

Rey. *Princ. Inst. de excus.*—2a. Ser recaudador de rentas del Rey, §. 1. *cod.* ó ser su mensajero; y el haber de juzgar, y cumplir la justicia por obra, no pudiendo ninguno de estos excusarse de la tutela que hubiese recibido antes de obtener su oficio, d. §. 1. Juzgamos que por mensajero se entiende aquí llevador de recados, ó cobrador de los recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*, contra el sentir de Lopez, *glosa l. d. l. y Gutier. de tutel. part. 1. cap. 21. na. 4. et 5.* que creen significa el ausente por causa de la república, sin advertir que este se halla comprendido en la siguiente excusa.—3a. *Ir en servicio del Rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy lejos, ó fuese allá por servicio, ó pro comunal de la tierra en que vive.* §. *cod.* Estos pueden separarse de la tutela que antes tenían, encargándola á otro durante su ausencia; y vueltos tienen un año de excusa de una nueva tutela, que se quiera encargaries, pero pueden tomarla, si les place.—4a. Acaecer algun pleito grande de nuevo entre el guardador ó el huérfano sobre toda la heredad del mozo, ó sobre alguna partida grande de ella, §. 4. *cod.*—5a. Tener tres guardas de huérfanos, Gutier. *cap. cit. n. 8. y sigul.* dice, que las tres tutelas no deben ser afectadas; que no sirven por tales sus fianzas; pero que basta para excusarse una sola tutela, si fuese tan cuantiosa y de tantos negocios, que equivaliese á muchas. §. 5. *cod. l. 115. §. 9. l. 31. §. ult. de excus.*—6a. Ser pobre.—7a. Estar enfermo; pero la pobreza y la enfermedad deben ser tales que impidan cuidar al huérfano, § §. 6. *et 7. Inst. de excus.*—8a. No saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con recado.—9a. Haber tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, sin haberse hecho la paz entre ellos, §. 11. *cod.*—10a. Haber movido pleito de servidumbre el padre del huérfano al nombrado guardador, ó este al otro, §. 12. *cod.*—11a. Ser el nombrado mayor de setenta años, §. 13. *cod.*—12a. Ser caballero, que estuviere en corte del Rey, ó en otro lugar señalado por su mandado ó pro comunal de la tierra, en cuyas palabras nadie duda que se entienden los soldados.—13a. Ser Maestro de Gramática ó de Retórica ó de Dialéctica ó de Física, mostrando su ciencia á los escolares, ó obrando por ella en su tierra ó en otro lugar, por mandado del Rey: ó de los mismos es de los Maestros de las Leyes, que sirven á los Reyes, viviendo con ellos por sus Jueces ó sus Consejeros, y de los Filósofos que muestran el saber de las naturas, §. 14. *cod.* cuya excusa, segun Gutierrez, exige actual enseñanza ó ejercicio del oficio.—14a. Haber sido tutor de un huérfano; lo que sirve de excusa para la curaduría del

mismo, §. 18. *cod.*—15a. Tener doce yeguas de vientre, l. 3. tit. 17. lib. 6. R. En cuanto á la excusa del marido para ser guardador de los bienes de su mujer menor de edad, conforme á la cit. l. 3. tit. 17. P. 6. recordamos la ley recopilada del n. 27. tit. 4. al fin.

20. Asso y Manuel en sus cit. *Inst. lib. 1. tit. 4. cap. 4. §. 1.* dicen que las cuatro excusas pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y la edad de 70 años, no competen al pechero del Rey, segun la l. 21. tit. 14. lib. 6. R. sin advertir que esta ley solo deroga los privilegios personales concedidos á algunos plebeyos; y que sobre todo no podia quitar unas excusas introducidas por la misma necesidad.

21. La excusa debe proponerse dentro de 50 dias contados desde aquel en que supiere el guardador su nombramiento, si estuviese en el lugar en que fué dado, ó no mas lejos de 100 millas; y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20 millas, y 30 dias mas, l. 4. d. tit. 17. P. 6.—§. 16. *cod.* Los jurisconsultos Romanos añaden, que en este último caso debe hacerse el computo de modo que nunca tenga el que está mas lejos menos de 50 dias, para que no sea de peor condicion que el mas cercano; lo que es muy conforme á razon, D. §. 26. La misma l. 4. dice, que el pleito sobre si vale ó nó la excusa, debe decidirse desde el en que empezaron los 50 dias hasta cumplir 4 meses: y que si el guardador se sintiere agraviado, puede apelar.

22. Tratemos ahora de los que están impedidos ó pueden ser removidos de la guarda, por sospechosos. Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres; y aunque fuese rico y quisiese dar fiador de guardar y aliar, con todo eso no lo deben dejar en su guarda, l. 1. tit. 18. §§. 5. et ult. *Inst. de susp. tutor.* Y las causas por las que los guardadores pueden ser removidos ó tollidos, y darse otros en su lugar son:—1a. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano, é procurado mal sus bienes.—2a. Si le hubiese mostrado malas maneras.—3a. Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes.—4a. Si dixese delante del juez que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que mentia, §. 10. *cod.*—5a. Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano.—6a. Si no amparase su persona y sus bienes en juicio ó fuera de él.—7a. Si se escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano, §. 9. *cod.*

23. Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno

del pueblo. E generalmente es tenuta de lo facer la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó su ama que lo crió: y otra qualquier persona tambien muger como hombre, que se mueva á hacerlo por razon de piedad. §. 3. *cod.* pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso; mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes, §. 4. *cod.* Y tambien puede ser acusado por sospechoso el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, sea testamentario, legitimo ó dativo. Y debe hacerse la acusacion ante el juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante el acusado, *l. 2. tit. 18. P. 6.*

24. Puede tambien de oficio remover el juez al guardador, si entendiése que es sospechoso, *l. 3. §. 4. de susp. tut.* Y pendiente el pleito de acusacion ha de dar el juez la guarda del mozo y de sus bienes á otro hombre bueno y fiel hasta que se acabe el pleito, *l. 3. d. tit.* Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y le pagará el daño, segun arbitrio del juez; pero no queda infame si es removido por pereza y haber cuidado mal, *l. 4. §. 6. de susp. tut.*

25. Desembarazado el guardador de excusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, dando antes fadores valiosos al juez del lugar, que se obliguen por él á guardar bien y lealmente los bienes del huérfano y sus frutos. *Princ. Inst. de satisfd.* Debe tambien jurar que hará todo á beneficio del huérfano, guardando lealmente su persona y sus cosas, *l. 9. Nov. 72. cap. ult.* Asimismo debe formar inventario de todos los bienes y derechos del huérfano, *L. 7. de adm. et per. tutor.* de modo que sino lo hiciera, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entonces debe mandarsele que lo haga luego, *l. 15.* Y respecto á que esta ley usa la palabra *luego*, juzga Gutier. *part. 2. cap. 1. n. 10.* citando á otros, que lo debe hacer luego que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La formula se halla en la *l. 99. tit. 18. P. 3.* Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, *l. 120. tit. 18.* Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta le sirve de inventario, Lopez *3. d. l. 99.* citando á otros.

26. Es bien sabido que las leyes Romanas eximian de la fianza á los tutores testamentarios, por la satisfactoria razon de que su fé y diligencia están aprobadas por el testador, que cuida de nombrar á sus mas fieles amigos. *Princ. Inst. de satisfd. tut. l. 36. de excusat.* Y este modo de pensar

siguen Gutier. *part. 1. esp. 5. n. 9.* y Lopez, *glosa 5. l. 9. tit. 16. P. 6.* la cual igualmente que la *94. tit. 18. P. 3.* lo confirman, cuando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legitimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade el mismo Lopez, que en practica se exige á todos fianza, como lo vemos.

27. Asso y Manuel en sus *Instit. lib. 1. lit. 3. §. 1.* dicen, que la madre y abuela que toman una tutela estan obligadas á solo las renunciaciones de la *l. 4.* expresadas en el *n. 6.* y no á fianza; pero tenemos por mucho mas probable la opinion contraria de Lopez, *glosa 8. d. l. 9.* y Gutier. *part. 1. cap. 12. n. 16.* que exigen la fianza.

28. Si los guardadores fuesen muchos y discordaren de modo que no se puedan juntar para aquellas cosas á que estan obligados, puede uno de ellos decir al juez que quiere afianzar, y obligarse á cumplir por todos; y si no, que lo haga alguno de ellos; y si acordaren en esto, debe el juez recibir la fianza; pero si no acordaren, de modo que cada uno quiera obligarse, debe escoger el juez al que le parezca que lo hará mejor, y recibiendo la fianza, le facultará para que administre él solo la tutela, *l. 11. tit. 16. P. 6.* en cuya *glosa 4.* dice Lopez, que si el testador expresó cual de los que nombraba queria que administrase, este debía ser preferido, á menos de constar alguna circunstancia por la que deba ser repelido; y que si no se convienen en que administre uno solo, y piden se divida la tutela por partes, deben ser oidos.

29. En cuanto á la persona del huérfano, debe cuidar el tutor de sus alimentos y educacion: en esta se entienden las buenas costumbres, el aprender á leer y escribir, y que siga aquel oficio ó destino que mas le convenga segun sus circunstancias y riqueza, *l. 10.* El huérfano debe criarse en el lugar y con las personas que mandó el padre ó abuelo en su testamento, y si no hubiese hecho esto, debe entonces el juez del lugar escoger un hombre bueno, y que sea tal que muriendo el mozo no haya derecho de heredarle; pero si tuviese madre, que fuese de buena fama, lo puede dar el hijo, para que lo críe, mientras se mantenga viuda, por que luego que se case debe sacarlo de su poder, *l. 19.*

30. El juez del lugar debe tasar segun su albedrio y la riqueza del mozo, lo necesario para su alimento y vestido y el de su compañía, cuidando salgan estos gastos de los reditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiese, *l. 20.* Lopez fundado en estas palabras de la ley, si se pudiese, dice, que el guardador puede hechar mano á las propiedades del huérfano, si no

bastaren sus reditos para alimentarlo, mayormente si fuese noble. Lo mismo afirma Gutier. *part. 2. cap. 3. n. 10.* citando á otros. Y añade Molina de *just. et jur. dis. 224.* que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarlos á oficios ó artes, ó al servicio de otros, para que los alimenten y eduquen, y así lo dicta la equidad, y lo vemos practicar, *L. 2. §. 5. de aq. et ag. p. fav.*

90888.

31. Si el guardador entendiése, que sería daño del mozo el descubrir la riqueza ó pobreza de él, y por esta razón lo gobernase de lo suyo, expendiendo por él cuanto fuese guisado ó poco mas por esta razón: entonces lo puede hacer, é debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, *l. 22.* cuya doctrina, segun Gutier. *lib. cit. part. 2. cap. 3. n. 5.* tiene lugar no solo cuando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien cuando lo hizo descuidandose de acudir al juez.

32. Tambien debe el guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moriese ó le fuese movido. Y lo puede hacer uno solo de los guardadores, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de 7 años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleito con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciere algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en cuanto fuese en su daño; pero si en cuanto le fuese provechoso, y el otorgamiento debelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l. 17. d. lit. 10.—Princ. Inst. de auct. tut.*

33. Asimismo debe cuidar el guardador lealmente los bienes del huérfano, enderezandolo todo á su beneficio, conservando los edificios, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *l. 15.* Y aunque nada tenemos expresamente establecido en nuestras leyes sobre la obligacion de emplear el dinero del huérfano, nuestros mas celebres Jurisconsultos. Covarru. *l. 3. variar. cap. 2. n. 1.* Gutier. *cit. part. 2. cap. 9.* y otros, dicen, que el guardador está obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á un mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: pudiendose recibir este lucro con arreglo al *cap. Per vestras 7. de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor.* Y que de consiguiente debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado por tener el dinero ocioso; pero advirtiendose que

este perjuicio ó interés del huérfano sea leve, como está en practica, segun *Ayora de partit. part. 1. cap. 4. n. 80.* Y deberá hacerse este empleo en los seis primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atras, si no es que hubiese impedimento.

84. Por la utilidad de los huérfanos tienen prohibicion de enagenar sus bienes raices los guardadores, *l. 13. tit. 16. P. 6. y 60. tit. 18. P. 3.* entendiendose tambien por enagenacion el empeñarlos, *l. 8. tit. 13. P. 5.* Y aunque estas tres leyes se contraen á los bienes raices; con todo, como la *l. 4. tit. 5. P. 5.* dice generalmente, que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos, á imitacion del derecho Romano *L. 22. C. de administ. tutor.* que tampoco pueden enagenar los muebles preciosos útiles al huérfano, que puedan guardarse. *Gutierrez part. 2. cap. 21.* dice que, aunque no los pueden enagenar, los pueden empeñar. *Lopez, glosas s. l. 4. tit. 5. y s. l. 8. tit. 13. P. 5.* opina de igual modo, fundandose ambos en que esta *l. 8.* concede la facultad de empeñar los muebles indistintamente, metiendo en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Esta prohibicion debe entenderse, si no interviene decreto del juez; pues con este podrán los guardadores enagenar dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; de suerte que el juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enagenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enagenacion en pública almoneda de 30 dias. Y no deberá consentir, que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació, se enagene en ninguna manera, pudiendolo excusar, *d. l. 18. y 60.*

85. Como la prohibicion de enagenar los bienes del huérfano, se limita á los raices ó muebles preciosos ó útiles á este, que pueden guardarse, es claro que los guardadores pueden enagenar los demas muebles sin decreto del juez, cuidando siempre de hacerlo en beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l. 8. tit. 13. P. 5. Gutier. part. 2. cap. 21.* La *l. 4. tit. 5. P. 5.* permitia al guardador la compra de bienes de su huérfano baxo ciertas solemnidades: pero está corregida por la *l. 23. tit. 11. lib. 5. R.* que prohibe que el cabezalero, guardador de huérfanos, u otro hombre ó muger, que sea, compre cosa alguna de los bienes de aquel ó aquella que administrare, previniendo que si la comprare pública ó secretamente, pudiendose probar la

compra, que así fuere hecha, no vala y sea desfecha. y torne el contratante de lo que valia lo que compró, y sea para la cámara del Rey.

26. Fenecida la tutela, está obligado el guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando el mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes, así muebles como raíces. Y para cumplirlo, además del guardador, están obligados sus fiadores y sus herederos con todos sus bienes, *l. ult. tit. 16. P. 6.* de cuyas últimas palabras infiere Lopez, *glosa 8.* que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de *esta ley.* Que los de los mismos guardadores lo estén desde el día en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *l. 28. tit. 18. P. 6.*

27. A mas de tener derecho los guardadores á que les abonen en la cuenta lo que legitimamente hayan gastado en beneficio de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la decima parte de los frutos de sus bienes. Así lo estableció la *l. 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero juzgo,* y despues la *2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.* Y por quanto *estas dos leyes* expresan, que la decima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra, deducidas las expensas, *l. 4. tit. 14. P. 6.—L. 7. solut. matrim.* prueba bien Gutier. *part. 3. cap. 27.* que se han de sacar las expensas; y despues la decima de lo que quedare liquido, entendiendo por expensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa, ó otras semejantes, las cuales no disminuyen la decima, si que se han de pagar integramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap. 28.* entiendo con razon por frutos, los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en tierras del huérfano, podrá cobrarlo á titulo de expensas, á mas y antes de la decima; pero no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, por que esto pertenece al oficio de guardador, como advierte el mismo Gutier. *part. 3. cap. 2. nn. 19 y 20.*

28. Por la *l. 24. tit. 18. P. 5.* el padre, usufructuario de los bienes que ha su hijo por parte de su madre, no los debe enagenar en ninguna manera, y si lo hiciere, quedarian por ende obligados ó empeñados al hijo los bienes del padre despues de su muerte; y si los bienes del padre no alcanzasen, entonces puede el hijo demandar sus bienes á quien

quier que los fallen é debe los cobrar. E esto se entiende quando no quisiere heredar, por que si hereda, no podría demandar sus bienes á aquellos á quien los hubiese el padre enagenado; por que todos los pleitos derechos, que el padre hubiese fecho, sería tenuto de guardar é de non venir contra ellos. Lopez, *glosa* 5. dice: que el padre puede enagenar las cosas del hijo sin decreto de juez, para pagar las deudas y los legados, y quando tales cosas son dañosas y onerosas: y que no importa que el tutor necesite decreto de juez, por que el poder paterno, como natural y primitivo es superior al del tutor. El padre no necesita decreto de juez para tomar y ejercer la administracion de estos bienes: ni está obligado á hacer inventario de ellos, si solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos, lo prueba Castillo *de usufruct.* cap. 3. nn. 10. 69. 87. y sigui. Recordaremos esta ley en *el tit. de los Peños ó prendas*, n. 7.

89. Los Indios aunque sean mayores de 25 años, deben tenerse como menores en la enagenacion de sus bienes; pues no pueden enagenarlos sin intervencion de juez, *l. 27. tit. 1. lib. 6. R. Ind.* Y siempre que se les haya de demandar alguna cosa en juicio, se les debe dar curador, quando no tengan protector, *l. 1. tit. 6. lib. 6. y la 34. tit. 18. lib. 2. R. Ind.*

Con respecto al derecho de España debe tenerse presente que la mutacion de estado antecedente *Capitis diminutio*, relativa á la perdida de libertad, domicilio y familia, que antes sufrían los siervos por pena en las clases de *servidumbre justa*, *deportacion* y *adopcion*, conforme á la *l. 18. tit. 1. P. 6.* ha cesado en cuanto á la parte *maxima*, por que la *servidumbre de pena*, se ha abolido en gracia de la humanidad por la *præmatica* de 12 de marzo de 1771.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tit. 25. P. 3.—Tit. 4. lib. 4. D.

1. Que es restitucion in integrum.—2. Que es lo que ha de probar el menor para conseguirla, y en que casos compete.—3. Se concede con conocimiento de causa: y como. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.—4. Casos en que cesa la restitucion.—5. Tiempo de pedirla.—6. Compete tambien á las Iglesias, Ciudades y otros cuerpos.—7. 8. 9. Y á otros.—10. Derecho de Indias.

1 Siendo debil el juicio de los menores, y expuesto á muchos engaños y perjuicios por culpa de sus guardadores ó de otros, se ha dispuesto que sean restituidos de los daños que reciban por estos motivos, *prin. del. tit. 19. y ult. P. 6.* Este remedio llamado por las *ll. romanas restitutio in integrum, tit. 4. lib. 4. D es: Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber el menor padecido el daño. l. 1. d. tit. 19. y l. tit. 25. P. 3.*

2. Menor es el que no ha cumplido 25 años, aunque le falte muy poco tiempo. Para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas: la una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador ó por engaño de otro *l. 2. d. tit. 19.—L. 7. §. 7. de minor.* asi en los actos judiciales como en los extrajudiciales, *D. l. 7. c. 5. de cualquiera naturaleza que sean l. 2. tit. 25. P. 3. y ll. 3. y 5. d. tit. 19.* en la que se ponen varios ejemplos, sin que impida la restitucion el que haya intervenido decreto del juez, *l. 1. tit. 13. P. 3.* Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido, *D. l. 7. §. 9.* Pero deberá hacerlo delante de los acredores á la herencia, para que sepan las razones por que la desampara: y en vista de serle dañosa, la acuerda el juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que pertenciesen á la herencia *l. 7. d. tit. 19.* Y en cuanto á prescripciones previene la *l. 9. d. tit. que las de 20 ó menos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entonces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindir las la restitucion.*

4. La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, *L. 19. eod.* y si hallare el juez que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, debelo tornar en aquel estado en que era antes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, asi como lo habia primeramente, *l. 2. tit. 25. P. 3.* Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, y no solamente el menor sino aun sus herederos, *l. 8. tit. 19. P. 6.—L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. l. 8. § ult. de minor.* Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva *d. l. 2. tit. 25. P. 3.—Tit. C. in int. rest. post.* Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fue fiador, que entonces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores en cuanto montare el engaño, *l. 4. tit. 12. P. 5.*

4. Carleval *de jur. tit. 3. quest. 16. n. 36.* y Gutier. *practic. quest. 82. n. pen.* juzgan que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que expresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y asi lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son:—1.º Si dixese el menor engañosamente, que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, *l. 6. d. tit. 19.* la cual da por razon que las leyes ayudan á los engañados y no á los engañadores, *L. 2. l. 3. C. si min. se maj. dix.* Pero si pareciere ser menor por la cara, dice Lopez, en la glosa *l. d. l. 6.* fundado en sus mismas palabras, en las leyes romanas, *L. 25. junc. l. 26. de rei vind. l. ult. §. 3. de eo perquam fac. er.* y citando otros autores, que tendria lugar la restitucion, por que no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido.—2.º Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya era mayor, *l. 2. tit. 25. P. 3.—L. 3. §. 1. de min.—3.º* Si el huérfano mayor de diez años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ó otros delitos semejantes, *l. 4. d. tit. 19.* Y lo mismo si siendo mayor de catorce años constase haber cometido adulterio, *d. l. 4.—L. 9. §. 2. eod.—4.º* Si habiendo seguido el menor pleito, pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre. *l. 6. d. tit. 19.—D. l. 9. §. ult. tit. C. si adver. lib.—5.º* Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del juez; pero si pagare de otra manera, y despues

el menor jugare el dinero ó lo gastare mal, ó lo perdiere, tendria entonces lugar la restitucion, *l. 4. tit. 14. P. 5.—L. 1. C. si ado. solut.* La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviniere decreto del juez, como se ha notado n. 2. es por que el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.—6.º Cesa la restitucion, si el daño que ha padecido el menor por sus tratos, viniese por caso fortuito, por que para tenerla es preciso le haya sucedido el dano por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l. 2. d. tit. 19. L. 11. §. 4. de min.*—7.º Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l. 1. d. tit. 25. P. 3.—L. 16. §. 3. eod.* por que la restitucion es remedio extraordinario y subsidiario, y los remedios de esta clase cesan cuando compete algun ordinario, y lo nulo no puede rescindirse, *d. l. 16. per totam*, cuya razon indica la misma ley 1. por aquellas palabras: *é por ende no seria menester de desataria por restitucion.*—8.º Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años, el juramento (*) de no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleytos, *l. 6. tit. 19.* aprobando la famosa autentica de los Romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como entre muchos clama Castro, en sus *Discursos criticos sobre las leyes*, lib. 3. Disc. 2 y 4. En el *Apendice de minor.* 25. an. que va en su titulo correspondiente, en nuestro *Digesto Romano español*, hemos aplaudido la inobservancia de dicha autentica.—9.º Tampoco hay restitucion de algunos terminos dilatorias, que por eso llamamos fatales, cuales son el de nueve dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo, *l. 8. tit. 11. lib. 4. R.* y el de tres para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l. 1. tit. 19. d. lib. 4.*

5. El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se expresa en *las ll. 4. y 5. tit. 5. 8. tit. 8. y 5. tit. 9. R.* previniendose que no puede pedirse dos veces, y que así se expresse en la sentencia.

6. Gozan de este mismo beneficio las Iglesias, el Fisco y los Concejos, Ciudades ó Universidades, cuando reciben daño, por engaño ó negligencia de otro, *L. 4. C. ex quib. caus. maj.* y deben pedirlo dentro de cuatro años, contados

(*) *Los juramentos y los votos de un menor no prueban que tenga mas juicio del que es capaz por su edad; é consequente la ley no debe darlos por suficientes para la validacion de los actos de los menores.*

desde el dia en que recibieron el daño; y dentro de treinta, si este fuese de mas de la mitad del precio, *l. 10. tit. 19. P. 6.*

7. Tambien compete la restitucion á los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos así celebrados valen, atendido el rigor del derecho, por que como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad, *L. 21. §. 5. quod. mel. cau.* se deshacen por la ley á beneficio de la equidad, que lo dicta, y que ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l. 56. tit. 5. P. 5.* y en su *glosa 1. Lopez.* Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se dice, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; por que el leve ó vano no sirve, *l. 7. tit. 33. P. 7.—L. 24. de diversis regul. jur.*

8. Tambien la tiene aquel, cuyas cosas, estando ausento por causa de guerra, mandamiento del Rey ú otra de la República, de estudios, romeria ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro; y se le cuenta el cuatrienio, para pedirla, desde el dia en que se restituyese á sus hogares, y á sus herederos desde el dia que supiesen que era muerto, *l. 10. tit. 23. y 28. tit. 29. P. 3.—L. 1. §. 2. ex quibus caus. major.* cuyo beneficio amplia la *l. 4. tit. 13. lib. 4. R.* Hemos sido de dictamen en nuestro *Digesto*, *lib. 4. tit. 6. n. 10.* que compete este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dejado procurador en la Ciudad, fundados en razones que parecen solidas.

9. Ultimamente compete este beneficio al que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandante un contrario mas fuerte ó embarazoso. Entonces puede el demandante usar de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviera ó la refaccion de perjuicios al que la enagenó, segun escogiere, *l. 30. tit. 2. y 15. tit. 7. P. 3.* Y por cuanto esta ley 15. escige, para dar lugar á estas acciones, que la enagenacion haya sido engañosa, advierte bien Lopez, en su *glosa 2.* que cesarán, si no hubiese intervenido dolo por razon de la edad, salud, ú ocupaciones necesarias, *L. 1.* Y respecto á que no se presume dolo en las ultimas voluntades, cesará tambien, segun la *L. 8. §. 3. de alien. jud. mul. cau.*

10. Solorzano, *lib. 1. de Ind. gubernatione*, *cap. 27. n. 40.* dice que los Indios gozan del privilegio de restitucion, y de los demas que gozan los menores y labradores.

L

ADICION AL TIT. VI.

Con respecto á la legitimacion de que se trata en dicho *tit.* debe tenerse presente, que aunque hablando comunmente, son el objeto de la legitimacion los hijos naturales, en el dia son tenidos por legitimados por autoridad real, y por legitimos para todos los efectos civiles, todos los expositos que no tienen padres conocidos; y si ellos fuesen reconocidos por hijos por sus mismos padres, bien probada la filiacion legitima ó natural, se tendrán por hijos para todo lo que les pueda resultar favorable. Real decreto de 1794, y cédula de 11 de setiembre de 1796.

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. P. 3.—Tit. 1. lib. 2. Inst.

3. Lo que es la cosa, y su division en cinco especies.—2. Hasta el 8 se explican estas cinco especies.—9. Dos subdivisiones de la cosa.—10. Que es dominio.—11. Division del dominio y modos de adquirirlo.—12. 13. Los animales fieros y salvajes se adquieren por ocupacion.—14. Restriccion sobre la caza y la pesca.—15. De las abejas.—16. De los animales mansos ó domésticos.—17. De los domesticados y principalmente de las palomas.—18. De la invencion: de las cosas desamparadas: y de las mostrencas.—19. De la invencion del tesoro.—20. De la tradicion.—21. De la accesion, y su division en discreta y continua.—22. Subdivision de la accesion continua en natural é industrial.—23. De las islas, de los rios, mutacion de su alveo ó cauce, y de la inundacion.—24. De la accesion industrial, cuando una cosa se junta á otra.—25. 26. Otros ejemplos de la accesion industrial, cuando se escribe, pinta ó edifica.—27. De la especificacion.—28. 29. 30. Del poseedor de buena fé.—31. Derecho de Indias.

1. Habiendo tratado del primer objeto del derecho, que son las personas, pasamos al segundo, que son las cosas. El nombre cosa se toma aqui por *aquello que no siendo persona ni accion, puede ser de alguna utilidad ó comodidad al hombre*. La l. 2. tit. 28. P. 3. divide las cosas en cinco especies.—1a. Comunes á toda criatura viviente.—2a. Comunes á todos los hombres.—3a. Pertencientes á solo el comun de alguna Ciudad, Villa, Castillo ú otro cuerpo semejante.—4a. Pertencientes señaladamente á cada hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas.—5a. No pertenecientes á señorío de algun

hombre, ni contadas entre sus bienes. *Princ. Inst. de ver. dis.*

2. Por la *sig. l. 3.* pertenecen á la 1a. especie el ayre, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas, §. 1. *cod.* por lo que todo hombre puede aprovechar del mar en la pesca y navegacion, asi como de su ribera en hacer naves, enjugar redes, levantar casa ú cualquiera otro edificio, y en todo aquello que no embarace el uso comun, sin que nadie pueda impedirselo. Ribera es: *todo aquel lugar que cubre el agua del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano;* y aunque nadie puede usar las obras que otro haga en ella, ni derribarlas; si se cayesen, ó las derribase el mar ú otro, bien podria cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar, por que son del que edificó, mientras se conservan, y no mas, *ll. 3. y 4.*

3. Entre las cosas de la 2a. especie cuenta la *l. 6. d. tit. 28.* los rios; los puertos y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres, §. 2. *cod.* en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran en aquella tierra de dosor. Las cosas de la 1a. y 2a. especie pertenecen al uso de todos los hombres de la tierra, segun nuestras leyes y las Romanas, §§. 1. et 2. *cod.* pero los intérpretes de estas dicen, que el uso de las primeras es comun á todos los hombres del mundo, y el de las segundas á solo los del territorio en que se hallan, y Lopez, *glosa 4. d. l. 6.* indica esta misma diferencia.

4. Como el uso de los rios es comun á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera, molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño al uso comun, debe ser derribado, *por que no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunemente se estorbe por el pro de alguno, l. 18. tit. 28.* Del mismo modo es comun el uso de las riberas del rio; y de consiguiente todos pueden atar á los arboles, que hay en ella, sus naves, componerlas igualmente que sus velas, poner mercaderias y pescado, y venderlo, enjugar sus redes, y hacer otras cosas semejantes. Pero el señorío y propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que están unidas, *d. l. 6.* Y en su conformidad le pertenecen los arboles que hay en las mismas, y los puede cortar, y hacer de ellos lo que quisiere, §. 4. *cod.* con tal que no lo haga á tiempo que estuviere atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase, y quisiesen atarla, por que entonces se consideraria impedido el uso comun de la ribera, *l. 7.*

5. A la 3a. especie de cosas pertenecen las fuentes, mont-

tes, dehesas y otros lugares semejantes de las Ciudades y Villas, § 6. *cod.* destinados al pro comun de cada una: de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella; mas no los que moran en otro pueblo, *l. 10. tit. 11. y la 9. tit. 28. P. 3.* en cuya *glosa 6.* dice Lopez, que las Ciudades ó Villas tienen fundada su intencion de que les pertenecen los montes y terminos que están en su territorio. Así el uso de las cosas de la 1a. especie es comun á todos los hombres del mundo: el de la 2a. á todos los del territorio, Nacion ó Provincia: y el de la 3a. á todos los de la Ciudad ó Villa en que existen. Hay otras cosas que pertenecen al comun de las Ciudades y Villas, y que sin embargo no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas u otras cosas que están en el patrimonio de la Villa ó Ciudad: cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la misma Ciudad, como el reparo de muros, puentes y otras cosas semejantes, y el pago de salarios de Corregidores y otros oficiales, *l. 10. d. tit. 28. y l. 5. tit. 5. lib. 3. R.* Para el buen gobierno de estos bienes se estableció una *Junta de Propios y Arbitrios* al tenor de las reales *Instrucciones de 1745 y 1760.* de las que se han expedido despues algunas *Adiciones*, como puede verse en Martinez, *Libreria de Jueces*, *tit. 5. lib. 7. R.* y en otros, que han hecho colecciones de cédulas recientes.

6. A la 4a. especie pertenecen aquellas cosas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre, *l. 2. tit. 28. P. 3.* cuales son las que llamamos privadas ó de particulares, y aquellas de que acabamos de hablar, y están destinadas al patrimonio de alguna Ciudad ó cualquier otro Colegio ó Universidad, cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la misma Ciudad &c.

7. La 5a. especie de cosas es de aquellas, dice la *cit. l. 2. tit. 28.* que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes. Las llamamos de derecho divino por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, religiosas y santas, *l. 12. d. tit. 28.* Sagradas son: *Aquellas que consagran los Obispos*, como Iglesias, altares, cruces, calices y otras semejantes, establecidas para el servicio de la Iglesia. Y debe advertirse, que si alguna Iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *l. 13. d. tit. 28.—§. 2. Inst. de ver. div.*

8. La *sig. l. 14. d. tit. 28.* conforme al *§. 9. cod.* dice ser lugar religioso: *Aquel en que está enterrado un hombre, ó á lo menos su cabeza;* pero entre nosotros ningun lugar se hace religioso sino es por autoridad de la Iglesia, *Inst. del Der. de Castilla, illust. por Palacios, tit. 1. cap. 3. lib. 2. n.º*

es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos, en lo que seguimos las leyes canónicas. La *l. 15. sig.* refiere tambien lo que establecieron las Romanas sobre las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la ciudad; y que incurrian por ello en pena de muerte los que las quebrantaban rompiendolas ó forzandolas: bien que no lo aprueba formalmente, como nota Lopez, en su *glosa 2.* infiriendo de ello ser oportuno distinguir la violacion, por que si se hacia con animo doloso, debia condenarse con pena de la vida, y sin él, con pena extraordinaria.

9. Otra division de cosas menciona la *l. 1. tit. 30. P. 3.* en corporales é incorpales. Estas son las que no tienen cuerpo, y no se pueden tocar, como, las servidumbres, derechos y herencias. Aquellas las que pueden tocarse, como, la casa, el caballo &c. De estas unas son inmuebles ó raíces, que tambien se llaman sitios, por que no pueden moverse, como, las casas y campos; y otras muebles, que pueden moverse, por sí, como, los animales; ó por los hombres, como, vestidos, mesas, frutos de la tierra &c. *l. 4. tit. 29. P. 3.* cuya diversidad produce diferentes derechos.

10. Contrayendonos ahora al dominio, debemos decir que es: *Derecho de disponer de una cosa, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convencion.* Se llama tambien señorio ó propiedad, *l. 27. tit. 2. P. 3.* bien que *propiedad* se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entonces *nuda propiedad.* A mas del dominio regular, hay otro que se llama *util,* del que trataremos en su lugar. En rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente se extiende á las incorpales ó derechos, especialmente a los reales, en cuanto decimos que son nuestros, y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11. Todos saben, que la division de dominios viene del derecho de gentes, por que la exigió la necesidad de vivir los hombres en paz; y que son varios los modos de adquirirlo: de estos unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y trataremos de ellos en *este tit.* y otros han sido introducidos por el civil, y tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Los pertenecientes pues, al derecho de gentes pueden reducirse á dos, tomándolos con alguna extension, *ocupacion y accesion.* Quanto adquirimos por hecho ó ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó allazgo, tradicion y otras que iremos recorriendo; y al segundo, lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó por que nace de ella, ó por que se une con ella de modo, que constituya un cuerpo con

la misma. También puede llamarse *derivativo* el uno, por que se deriva de otro, por cuya voluntad adquirimos el dominio, como la tradición; y *originario* el otro, por que á nadie debe su origen, teniendolo todo en sí, y perteneciendo á él todos los demas:

12. Contrayendonos á la caza, debemos advertir que hay tres especies de animales: 1a. Absolutamente fieros ó salvajes. 2a. De naturaleza fiera, pero que se domestican ó amansan, 3a. Domésticos ó mansos. En la ocupacion de los primeros y ultimos se siguen reglas diversas: y en la de los segundos, se sigue la regla de los mansos, mientras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros, cuando la han dejado.

13. Fieros son aquellos animales: *Que por instinto tienen inclinacion de ir y vagar por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre, sean terrestres, acuaticos ó volaticos.* Y como no tienen dueño, se hacen del que los toma, aunque sea en campo ajeno, §. 12. *Inst. de ver. div.* á menos que el señor de este lo prohiba, negando la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, si ya hubiese entrado, en cuyos casos son del dueño de este, *l. 17. tit. 28. P. 3.* Si los animales saliesen del poder del cazador, volviendo á su primitivo estado, pierde este su dominio, y lo adquiere el primero que los tome despues: entendiendose que salen de su poder, cuando huyen, y están á tal distancia, que no se ven, ó que se considera que ya no pueden cogerse, aunque se vean, *l. 19. Lopez, glosas 1. y 3. l. 21.* cita AA. que dicen, que por una costumbre general la fiera: es del que puso el lazo: en que cayó, y no del que la toma, especialmente cuando la fiera: estaba tan enredada: que no podía escapar, y la *l. 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real*, prohibe que se tome la fiera mientras la persiga el que la hirió. Es pues, regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiendolo tenido se han escapado, y recobrado su libertad, que se hacen del primero que los ocupa:

14. Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los legisladores modificarla ó limitarla en beneficio del mismo: comun, como lo prueba Covar: *in cap. Peccatum de reg. jur. in 6. §. 8.* y en efecto se leen varias limitaciones en las *ll. del tit. 8. lib. 7. R.* y posteriormente en la *Ordenanza de caza*, que incluye la cédula de 16 de enero de 1772, en que se prohibe la caza y la pesca con ciertos instrumentos y en aquellos meses, en que procrean los animales:

15. Las abejas se cuentan entre los animales fieros; mas por ser muy utiles, se recogen en colmenas, y son propiedad del que las cuida, el cual conserva el dominio de los

enjambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan lejos que se considere imposible recogerlos; por que entonces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena á otra cosa, aunque posaren en arbol ageno, sino es que el señor del campo esté delante y se lo prohiba; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, *l. 22. tit. 28.* pero no podrá prohibir al dueño, que las persigue, el que entre en su campo y las recoja, *l. 17. tit. 4. lib. 8. del Fuero Real.*

16. Los animales mansos ó domésticos son los que nacen y se crían en nuestras casas, como las gallinas, los ánseres ó patos, y su dueño no pierde su dominio, aunque se vayan de su casa, y no vuelvan; de suerte que puede pedirlos al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, *l. 24. tit. 28.* siendo regla en ellos, que sin embargo de cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

17. Los domesticados son de naturaleza fiera, pero como acostumbran ir y volver á los abrigos que les proporcionamos, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, mientras conservan esta costumbre, y la de los fieros, cuando la olvidan. En atencion á que derramandose las palomas en los tiempos de sementera y de cosecha, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció la *Pragmatica* de 16 de setiembre de 1784. en la que se mejora la *l. 7. tit. 8. lib. 7. R.* y la *Ordenanza de caza*, citada en el n. 14.

18. Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, por que siendo de ninguno, se hacen del primero que las ocupa, *l. 5. tit. 28.—§. 18. cod.* Asimismo adquirimos por la ocupacion el dominio de las cosas que desamparan sus dueños con intencion de que no sean suyas, *§. 46. cod.* por que desde entonces son de ninguno. Cuando falta esta intencion no tiene lugar este dominio, como sucede en las cosas muebles que arrojamos al mar, por el peligro de tempestad, *§. 47. cod.* y en las raices, que desamparamos, por temor de enemigos ó ladrones, *ll. 49. y 50. tit. 28.* Tampoco se adquiere dominio de las cosas mostrencas, esto es perdidas, las cuales deben pregonarse por catorce meses, para que si pasados, no parece su dueño y las recoge, se vendan, y se aplique su producto á la construccion y reparo de caminos, segun el decreto de 27 de noviembre de 1785. que corrige las *ll. 6. 7. y 8. tit. 13. lib. 6. R.*

19. Tambien se ocupa el tesoro ó dinero escondido, cuyo dueño no se sabe. Por la *l. 45. tit. 28.* correspondia

La mitad al que lo hallaba, §. 3. *cod.* mas por la 1. *tit.* 13. *lib.* 6. *R.* corresponde la cuarta parte al denunciador, y lo demas al Rey. Y aunque *esta ley* solo habla al parecer de tesoros hallados en lugares pertenecientes al Rey, prueban Covar. in *cap. cit. part.* 3. §. 2. n. 4. y Gutier. *lib.* 4. *pract. quasi.* 36. n. 51. que debe entenderse de todos, mayormente siendo esta la costumbre jeneral: Segun las *ll.* 2. y *sig.* pertenecen tambien al Rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal.

20. Referimos tambien à la ocupacion la acepcion ó recibimiento de alguna cosa por tradicion, que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo titulo idoneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta ó otra semejante; bien que en la venta no pasa el dominio al comprador, sino cuando paga el precio, ó da fiador ó prenda, ó fija plazo, *l.* 46. *tit.* 28.—§§. 40. 41. 42. *cod.* No es necesario que la tradicion sea real ó personal, basta la fingida ó presumida por el derecho, que es de dos modos: la una, que se llama ficcion de breve mano, introducida para la mayor facilidad de los negocios, como cuando tengo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó deposito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real, por que para evitar rodeos, se finge que yo se la restitui, y él me la entregó despues, *l.* 47.—§. 43. *cod.* La otra es la simbolica, que se hace por la tradicion de algun simbolo ó señal, que denota la tradicion de lo que se vende, como cuando se hace del comprador el trigo de un almacen, entregandole sus llaves el vendedor delante del mismo almacen, *d. l.* 47. y las 6. y 7. *tit.* 30. notandose que la 6. trae un ejemplo en que basta el apoderamiento de vista para ganar la tenencia de la cosa, §. 44. *cod.* como veremos en el *tit.* *sig.* n. 15. Y como las servidumbres y demas derechos ó cosas incorporeales no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiendo el que sufre estos derechos, *l.* 1. *tit.* 30.—*L.* 1. *tit.* 3. *P.* 3. Tambien hay tradicion fingida en favor de los que toman el dinero ó otras cosas que se arrojan al pueblo, en las funciones de alegría, *l.* 48. *tit.* 28. *P.* §.—§. 46. *Inst. de rer. diu.* Para que este modo de adquirir dominio tenga lugar, debe ser el dueño ó su procurador el tradente, y tener intencion de pasar el dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como diximos, n. 11.

21. Explicados los modos de adquirir dominio por la ocupacion, tratemos de los de la *accession*, cuyo nombre se toma istamente, por que se extiende no solo a las cosas que uniendose á las nuestras forman un cuerpo con ellas, sino á

M

las que nacen de las nuestras. Esta ultima especie de accesion se llama *discreta*, por la separacion de cuerpos, y la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas y otras bestias, l. 25. tit. 28.— §. 19. *cod.* y los frutos de nuestros campos.

22. Hay dos especies de accesion continua: la natural, por solo obra de la naturaleza y beneficio de los rios; y la industrial, por la industria de los hombres. La primera acontece de cuatro modos: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que nacen en ellos, y mutacion de alveo ó cauce de los mismos. Aluvion es: *Crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomando de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez; y este aumento es nuestro por la accesion, l. 26. §. 20. cod.* Pero si accadiese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno conocidamente, con arboles ó sin ellos, del campo vecino, y lo dejase junto al mio, que estaba mas abajo, no se haria mio dicho terreno, hasta que los arboles echasen raices en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, l. 26. en cuyas *glosas* 6. y 7. advierte Lopez con razon, que seria lo mismo, si el no haber echado raices los arboles en mi campo, fuese por que no los habia en la tierra unida: de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciendose constante la union: y que el menoscabo debia regularse con respecto á los arboles considerados como arrancados.

23. La accesion da el dominio de las islas, que se hacen en el rio, á los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas; §. 22. *cod.* y debe seguirse con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla se formase en el rio, de modo que casi toda estubiese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda de ellos, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, por la correspondiente medida, l. 27. Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en cuanto á la propiedad y usufructo; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio pertenecerá al fructuario del campo, l. 30. Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sino que las hubiesen formado los mismos, entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece esto de quien era, l. 28.—D. §. 22. Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy rara vez, es del primero que la po-

blare; mas debe obedecer al señor, en cuyo señorío está el lugar donde apareció, l. 29.—§. 23. *cod.* Si el río muda de alveo, el nuevo se hace publico, como lo es siempre, y el viejo abandonado lo adquieren los dueños de los campos vecinos, l. 31.—§. 23. Si los campos se inundan por las avenidas de los ríos, sus dueños conservan su dominio; aunque pierden su posesión mientras están cubiertos: mas luego que se descubren, y vuelven las aguas à su lugar, pueden usar de ellos como antes, l. 32.—§. 24. *Inst. de rer. div.* Contamos tambien por accesion natural la que ocurre en la plantacion de un arbol en campo ageno, por que el dueño de este adquiere el dominio del arbol, luego que echa raíces ó se alimenta del campo, l. 43.—§. 31. *Inst. cod.*

24. A la accesion industrial pertenece en primer lugar, la conjuncion cuando se añade á un cuerpo la parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere à veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo, segun las reglas de la l. 35. *d. tit. 28.* Si á una estatua mia de oro junto un pié del mismo metal, adquiere el dominio de este, si procedi de buena fé, y estoy obligado á dar su valor á su dueño. Pero si juntase un pié de otro metal, no lo hago mio, proceda ó no con buena fé. Si el dueño del pié lo juntase á mi estatua, me transfiere su dominio, si lo hace con mala fé, ó sabiendo ser mia la estatua, pues se presume que me la quiere dar. Y si tuviese buena fé, me queda la eleccion entre retener el pié pagando su valor al dueño, ó devolvérselo.

25. Tambien adquiere por accesion lo que se escribe por otro en un libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fé, y quiere el dueño el pergamino, deberá pagar al que escribió, à juicio de peritos, § 33. Y si lo escrito fuese secreto, ó interesase mucho al que escribió, dicta la equidad que pueda quedarle con ello, pagando su estimacion al dueño del pergamino, aunque no hallamos ley expresa para este caso. Mas si escribió de mala fé, pierde su trabajo, l. 36. Si alguno pinta en tabla agena con buena fé, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su dueño; pero si pintó con mala fé; debe ser la pintura del dueño de la tabla, l. 37.—§. 34.

26. Se adquiere igualmente por accesion el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales, que ponemos en las casas, aunque sea de mala fé, para evitar que se arruinen los edificios con deformidad de la ciudad; pero el que usó los materiales debe pagar al dueño su valor duplicado, l. 38.—§. 29. que concede esta accion al doble, hablando del que edificó de mala ó buena fé. Y respecto á que segun la l. 16. *tit. 2. P. 3.* debe pagar el doble el que edificó de

buena fé, y el que de mala, es responsable á cuanto jurase interesarle el que recibió el daño; parece que este tiene eleccion contra el que edificó de mala fé, para pedir su interés, ó el doble valor de sus materiales. En la practica creemos que jamás se verá condenar al doble al que edificó de buena fé.

27. Hay otros dos modos de adquirir que no son tan sencillos como los anteriores. El 1.º es la *especificacion*, que se define: *Formacion de una nueva especie*. Si esta no puede tornar á su primer estado, pertenece su dominio al que la formó, y así será mio el vino que lico de uvas ajenas, con tal que haya tenido buena fé. Este modo equivale á la *ocupacion*, por que considerandose la especie nueva, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia, y será mio el vaso que otro hubiese hecho de mi plata; por que se considera que permanece siempre la misma materia, §. 25. que como principal atrae á la forma; y por ello se adquiere dominio en este caso por *accession*. Y adviertase que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar el valor de la materia ó las expensas de la especie, si procedió de buena fé, pero no, si la hubiese tenido mala, l. 33. tit. 28.

28. El 2.º modo es el que dimana de la posesion de buena fé. Si alguno compra casa ó campo de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos, que percibiere mediante su trabajo, hasta que pareciendo el dueño, se comience pleito entre los dos por demanda y respuesta, y con tal que los hubiese consumido ó expendido; por que debe tornar los ecistentes al dueño de la finca sacando primero las expensas que hubiere hecho sobre ellos, l. 39.—L. 29. C. de rei vind. Esta doctrina debe entenderse en los frutos industriales, por que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como el trigo y demas frutos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros es separandolos de la tierra ó de los arboles; por que los no separados ó pendientes, se reputan parte de la cosa, L. 44. D. cod. Este modo es anómalo, por que ni puede reducirse á la ocupacion respecto que no tiene lugar en el poseedor de mala fé; ni á la accession discreta, por que los frutos nacen de un campo que no es nuestro: la buena fé y la percepcion laboriosa son las que le forman.

29. La misma l. 39. dice que si los frutos percibidos fuesen naturales, debe tornarlos el poseedor, aunque los haya expendido de buena fé, y que debe pagar su precio,

si los expendió de mala fé. Esto iguala á los poseedores de buena y mala fé, por que expendidos los frutos, el poseedor de buena fé no puede restituir sinó su precio: lo que parece contrario á equidad, y nos pone en el caso de seguir á Lopez, que en su *glosa* 9. dice: que el poseedor de buena fé debe entenderse solamente en cuanto se hace mas rico, y generalmente en el de mala fé. Y es necesario advertir que tambien el poseedor de mala fé puede sacar las expensas, *l.* 39. La 40. distingue dos generos de poseedores de mala fé: uno de los que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por compra, donadío ú otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quienes la han no tienen derecho de enagenarla: y dice de los primeros, 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 han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro excepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acredores, y el comprador fué partícipe del engaño.

30. Las expensas, que hace el poseedor de cosa agena, son necesarias, utiles y voluntarias, *l.* 44. Todo poseedor de buena ó mala fé puede cobrar las necesarias, y retener la cosa, hasta que se las pague el dueño; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. El poseedor de buena fé puede cobrar las utiles; pero el de mala fé puede sacarlas y llevarselas, si el dueño no quisiese pagarselas. Esto mismo puede hacer el poseedor de buena fé en las expensas voluntarias: bien que deberá dejarlas si el dueño de la casa se las pagare. El poseedor de mala fé nada saca por razon de estas expensas. La *cit. ley* 44. habla de esto con mas claridad que la 41. y 42. anteriores.

31. Los Reyes de España declararon su dominio en las tierras y mares de América por la *l. 1. tit. 1. lib. 8. R. Ind.* que dice: *Por donacion (1) de la Santa Sede Apostolica, y otros justos y legitimos titulos, somos señor de las Indias Occidentales, islas y tierras del Mar Oceano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y por que es nuestra voluntad y lo hemos prometido y jurado, (2) que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enagenacion de ellas.*

Muchas cosas, que segun el derecho antiguo se tenian por publicas, correspondian en América, lo mismo que en otras naciones, á los derechos de la corona: vease el *tit. 25. lib. 4. R. Ind.* A cerca de las cosas de Universidad, como,

los ejidos, terminos publicos, dehesas, montes y pastos de las Ciudades, Villas y Lugares, veanse las *ll.* 13. y 14. *tit.* 7. *lib.* 4. y en cuanto al modo de administrar los bienes comunes de los pueblos de Indios, vease el *tit.* 4. *lib.* 6. *d. R.* y finalmente con respecto á aquellos bienes cuyo uso no pertenece á los particulares, sino solo á la Ciudad ó República, como los *propios, arbitrios y pósitos*, vease el *tit.* 13. *lib.* 4. tocando la disposicion de estos bienes al ayuntamiento de la ciudad, con tal que sea en bien del comun, y dando cuenta á la superioridad, si excediere de tres mil maravedis la cantidad que deba invertirse, *ll.* 2. y 5. *tit.* 13. *R. Ind.* y cédula de 30 de agosto de 1791.

En todos los pueblos de Indios debe compelerse á estos á que labren una porcion de tierra, para que se junta con sus frutos, los bienes de *comunidad ó censos*, *l.* 13. *tit.* 4. *lib.* 4. y ni la superioridad podrá expender estos bienes sino en objetos de primera necesidad, como edificar Iglesias, despachar misiones, y establecer seminarios ó escuelas en que se enseñe á los Indios los elementos de la Religion y ciencias en castellano, *ll.* 15. y 16. *tit.* 4. *lib.* 6. *R. Ind.* y cédula de 24 de enero de 1782.

Por lo que toca á la caza y pesca, el pueblo ó su gobernador debe reclamar sus derechos respecto de los extranjeros, *tit.* 8. *lib.* 4. y cédula de 16 de enero de 1772. Y en orden á la pesca de perlas y de su quinta parte, perteneciente al estado, vease el *tit.* cit. 25. *lib.* 4.

La *l.* 18. *tit.* 20. *lib.* 1. prohibe que los oficiales de la Santa Cruzada tomen los bienes mostrencos bajo pena de perder las temporalidades y naturaleza. El ganado y los demas bienes mostrencos pertenece á la Real Camara y Fisco, *ll.* 11. *tit.* 5. *lib.* 5. y 6. *tit.* 12. *lib.* 8. *R. Ind.* Los tesoros de los Indios religiosamente guardados, que se llaman *Guscas*, y las minas de metales abandonadas y sia Señor, pueden ser de los particulares, bajo ciertas condiciones, pues nadie puede cabar la tierra sin licencia de los magistrados, quienes deben convenir en la parte que deba atribuirse al Fisco; y en que los inventores resarzan los daños que casualmente se cause á las casas, fundos ó posesiones; y si los inventores ocultaren los tesoros, no solo pierden la parte á que tenían derecho, sino que se debe confiscar la mitad de sus bienes: vease el *tit.* 12. *lib.* 8. *R. Ind.* Segun el *art.* 14. *tit.* 6. de las *Nuevas Ordenanzas de Minería* está dispuesto que cualquiera pueda descubrir y denunciar las minas halladas, no solo en los predios comunes, sino aun en los de cualquiera particular, con tal que se pague el precio del territorio ocupado, y el daño que por esta causa puede seguirse:

y por cédula de 23 de junio de 1803 aun los fundos vinculados estan sugetos à la enagenacion forzosa en favor de los mineros, pudiendose denunciar con las condiciones que expresa el cit. art. de las Ordenanzas, edic. de Madrid de 1783, donde se puede ver el modo de decidir los pleitos sobre minas.

Beleña f. 166. nota, que sin embargo de que por la l. 1. tit. 10. lib. 8. R. Ind. se manda pagar el 5.º de la plata y oro de las minas; por cédula de 30 de diciembre de 1716 se concede à los mineros de Zacatecas que paguen solo el diezmo; y por otra de 19 de junio de 1723 se manda que todos paguen el diezmo en lugar del 5.º tanto los mineros como los aviadores, rescatadores, folleros, y demas personas, en todos los minerales, incluso el oro, y en todos los reales de minas.

NOTAS.

(1) *No importa que el Papa no tenga facultad para donar una nacion: los que quieren dominar han abusado siempre de la religion, para sostener sus mas injustas pretensiones por medio de ella.*

(2) *Semejantes juramentos, contrarios à la naturaleza de las cosas, son absurdos, y stonamente injuriosos à la divinidad: los juramentos tan contradictorios y repetidos en estos tiempos, han desengañado à los pueblos, y puestos en el caso de que el unico verdadero medio de ligarlos con las instituciones politicas, es convencerlos de que ellas tienden à su felicidad.*

TITULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29. P. 3.—Tit. 15. lib. 4 R.—Tit. 2. d 3 lib. 41.
D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

1. 2. *Lo que es la prescripcion y su necesidad.*—3. 4. 5. 6. 7. 8. y 9. *Requisitos para la prescripcion.*—10. 11. 12. *De la prescripcion de las acciones y del tiempo que se requiere para ella.*—13. *De la posesion.*—14. *Quienes pueden adquirirla.*—15. *Requisitos para adquirirla.* 16. 17. *Modos de perderse.*—18. *Derecho de Indias.*

1. Por el uso de la cosa con buena fé se adquiere tambien su dominio. Este modo de adquirir se llama *usucapion* ó *prescripcion*, tit. 6. lib. 2. *Inst.* y se define: *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley.*

2. Aunque parece opuesto à razon que uno pierda su cosa sin culpa; el derecho civil ha introducido la prescripcion, como necesaria para la utilidad pública; por que sin ella nadie podria contar con el dominio de sus cosas; no faltarian pretextos para reclamarlas en cualquiera tiempo; y los pleitos serian interminables.

3. Para la prescripcion son necesarios los cinco requisitos siguientes: 1.º *Justo título*, como compra, donacion, permuta. 2.º *Buena fé*. 3.º *Posecion continuada*. 4.º *El tiempo señalado por la ley*. 5.º *Que la cosa no sea viciosa*. Adquiero, pues, el dominio de una cosa, por prescripcion, si habiendola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era, y que me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y no habia en ella circunstancia ninguna que pudiese impedir su prescripcion.

4. El *justo título* consiste en que la causa por que se posee la cosa sea de aquellas por cuya razon se adquiere el dominio, como compra, donacion, herencia &c. *ll. 9. 14. y 15. tit. 29. P. 3.* Debe ser real y no existimado; y de ahí es que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo que la compró, ó que le fué donada, sin ser así; á menos que su falsa creencia provenga de la ignorancia de un hecho ajeno, que le sea tolerable, ó inculpable; como si habiendo dado yo orden à mi procurador, que me comprase una cosa; me la entregase, diciendome falsamente, que la habia comprado: ó como si yo la tuviese por un legado, que habia

sido revocado, sin que lo supiese: en cuyos casos tendría lugar la prescripción *ll.* 14 y 15. — §. 6. *Inst. de usucap.* El título pues, ha de dejar de ser verdadero por algún vicio oculto, y ha de ser translativo de dominio, porque si es de una causa ó contrato que no transfiera dominio, como de locacion, comodato &c. no sirve para la prescripción, y aun la impide. Este título se llama *colorado*, y es necesario para la prescripción ordinaria de 3, 10 ó 20 años; mas para la prescripción de larguísimo tiempo, como la de 30 ó 40 años, y para la inmemorial, basta el título presunto, esto es, el que se presume que lo hubo, y se ha perdido. Exceptuase el caso en que el derecho presume mala fé en el poseedor ó prescribente, como el que pretende no pagar diezmos; porque entonces á mas de la posesion de larguísimo tiempo, debe manifestar título; pero ni en este caso es necesario, cuando la posesion es inmemorial, porque esta misma sirve de privilegio.

5. La buena fé consiste en creer el poseedor que aquel de quien recibe la cosa, tenia poder para enagenarla, *l. 9.* Puede ser que si las *ll.* 12. y 14. no se hubiesen tomado literalmente de la *2. de usucap. pro empt.* y de la *penult. de usufruct.* habrian exijido la buena fé en todo el tiempo de la prescripción. Vela, *dicert.* 48. se esfuerza á probar, que por la *L. 5. tit. 15. lib. 4. R.* es necesaria en todo este tiempo; mas lo que no admite duda alguna es, que todos los interpretes convienen en que en este particular se sigue, en todo Estado Católico, el derecho canonico, segun el cual debe durar la buena fé en todo el tiempo de la prescripción, *cap. ult. de Proscript.* Por lo que debemos decir, que en cualquiera tiempo de la posesion señalado por la ley, que sobrevenga la mala fé, interrumpe é impide toda prescripción, aunque sea inmemorial. Si se pregunta ¿si la buena fé se pierde por la duda? Respondemos, que esta es practica ó especulativa; antes de la posesion ó en tiempo de ella. La practica, que es cuando uno duda si será licito ó prohibido poseer, quita la buena fé en todo tiempo. La especulativa, que es cuando uno duda, si el título por el que adquiere la cosa sea translativo de dominio, impide la buena fé y prescripción, si recae antes de entrar en la posesion; pero si sobreviene despues que en buena fé estaba poseyendo la cosa como suya, está obligado á practicar toda diligencia moralmente posible para saber la verdad; y si á pesar de esto no puede salir de la duda, no pierde la buena fé, y continua la prescripción; porque como en duda es mejor la condicion del que posee, debe estar cierto practicamente de que le es licito poseer la cosa, aunque permanezca la duda es-

N

peclativa La ignorancia invencible de hecho ageno es la que produce la buena fé. Para prescribir es necesario que esta ignorancia sea al mismo tiempo teológica y jurídica. Pero la ignorancia de derecho impide en toda persona la buena fé jurídica, y por consiguiente toda prescripción, aunque sea inmemorial. A los soldados, rusticos, mugeres &c. no daña la ignorancia de derecho, para que eviten algun mal ó perjuicio; pero sí, cuando se trata de que adquieran ó lucran. El sucesor particular, que es el que recibe la cosa por compra, permuta, donacion &c. puede prescribir, aunque el antecesor haya tenido mala fé; pero el sucesor universal, que es el heredero inmediato del que estaba en mala fé, no puede prescribir en ningun tiempo, aunque tenga buena fé, porque representa la persona del difunto. Mas el heredero mediato, esto es el heredero del heredero que estuvo en buena fé, puede prescribir; por ejemplo: Pedro, poseedor de mala fé, muere y le hereda Pablo en buena fé; muere este, y le hereda Juan: Pablo nunca puede prescribir la herencia; pero Juan puede prescribirla.

6. Posesion es la mera detencion de una cosa: es 1.º Natural ó de hecho, que consiste en la material y corporal aprension de la cosa, como una casa heredada &c. 2.º Civil ó de derecho, por la que se tiene la cosa con el animo y ayuda del derecho, como cuando se sale de casa sin animo de desampararla, *ll. 1. y 2. tit. 30. P. 3—3.º Mixta*, que se compone de las dos anteriores. 4.º Civilisima, que se adquiere por solo el ministerio de la ley, aun cuando no haya animo ni voluntad, como sucede en los mayorazgos. La posesion para prescribir debe ser civil: la natural no sirve, y de ahí es que no puede prescribir la cosa el que la tiene a empeños ó encomienda ó arrendada ó forzada; porque esta no es tenedor por sí, sino por aquel de quien tiene la cosa. *l. 4. tit. 15. lib. 4. R.* Por la misma razon, si se pierde la posesion civil, se interrumpe la prescripcion; pero si esta posesion se conserva, aunque se pierda la natural, por no hallarse presente la cosa, continua la prescripcion; y de ahí es tambien, que no puede prescribir la cosa, en ningun tiempo, el que no tiene la posesion civil, ó el que es incapaz de ella, como los legos en las cosas espirituales y eclesiasticas. Es necesario pues, para prescribir las cosas muebles, que la posesion civil sea de tres años, *l. 9. tit. 29. P. 3.* y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes para las raices, *l. 16.—Princ. Inst. de usucap. La 19.* añade, que son necesarios treinta años, cuando el que enagenase cosa raíz, sabia, que no tenia derecho para ello, á menos que lo supiese tambien el dueño y callase: en cuyo caso bastarian los diez años.

entre presentes y veinte entre ausentes: y explica, que se entiende por presente, cuando el dueño contra quien corre la prescripcion, está en la misma provincia, *donde está la cosa*; y ausente, cuando está fuera de ella. Y si estuviese fuera parte del tiempo, se gobernaría este por la regla de los ausentes, y el otro por la de los presentes, *l. 20.*

7. La posesion debe ser continua, porque si se interrumpe, debe empezar de nuevo. Se interrumpe naturalmente, por desamparar la cosa, ó por perder la tenencia de ella, y civilmente por demanda, *ll. 29. tit. 29. P. 3. y 7. tit. 15. lib. 4. R.* pero si no se sentencia contra el poseedor, y permanece en buena fé, continua la prescripcion sin menoscabo de tiempo, aunque haya habido citacion, contestacion y pleito. Tambien continua la del antecesor en su sucesor, tanto singular como universal, con tal que sea de buena fé; de modo que si ta poseias una cosa mueble dos años; y despues me la vendes ó te la heredo, completaré su prescripcion, con otro año que la poseas de buena fé, *l. 16. d. tit. 29.* la que añade que vale para prescribir el tiempo en que tengo empeñada la cosa.—El tiempo en que una Iglesia está sin prelado, ó en que este se halla impedido, en el de minoridad, en el de guerra y hostilidades, duerme la prescripcion contra la Iglesia, menor &c. Dormir es no contarse el tiempo de la dormision, y unirse el tiempo anterior con el posterior: al contrario de la interrupcion, en que se pierde enteramente el tiempo pasado, y es necesario, empezar de nuevo la prescripcion. Lo que hemos dicho del tiempo, se entiende para prescribir el dominio; pues para la posesion basta un año y un dia, *l. 5. tit. 16. lib. 4. R.* segun la cual está excusado de responder sobre la posesion de la cosa el que la posee año y dia, con título y buena fé, en paz y en faz del que la demanda, lo que se observa generalmente contra Acabedo en *d. l.*

8. Se necesita ultimamente que la cosa no tenga impedimento, y lo tienen: 1.º Las de derecho divino, religiosas, santas y el hombre libre, *l. 6. d. tit. 29.*—2.º Las plazas, calles, egidos y otros bienes de uso comun, *l. 7.—L. 23. de sacro. ecles.*—3.º Las forzadas ó robadas, *l. 4. d. tit. y 5. tit. 15. lib. 4. R.*—4.º *Inst. de usucap.*—4.º Las de menores de 25 años, las de los que están en la patria potestad, y las dotales, á menos que siendo el marido un prodigo, callase la muger, y no le pidiese la restitution de su dote, *l. 8. d. tit. 29.* pero entienda de la inestimada, porque en la estimada dejan las cosas de ser dotales, por subrogarlas su precio, *lib. 1. tit. 5. n. 4.* Y respecto a los menores vease tambien *tit. 8. n. 2.*

9. Las cosas del patrimonio de las ciudades, que no se puede usar por ningún vecino en particular, pero cuyo producto es en beneficio común, *tit. ant. n. 5* se prescribe en diez años, bien que se puede pedir la restitución *in integrum, d. l. 7*. Sucede lo mismo en las raíces, que pertenecen a un lugar religioso; mas para prescribir las muebles, bastan tres años con título, y sin este treinta. En las pertenecientes a la Iglesia Romana, se necesita cien años *l. 26. tit. 29*. La jurisdicción suprema del Rey no admite prescripción, aunque sea de tiempo inmemorial: tampoco los tributos, y alcabulas, que se le deben, aunque hubiese tolerancia de los reyes, *l. 6. d. tit. 29*. Por la *l. 1. tit. 15. lib. 4. R.* Cualesquiera ciudades, villas y lugares, cualquiera jurisdicción civil y criminal, y cualquiera cosa perteneciente al señorío y jurisdicción, se puede prescribir por posesión inmemorial, que sea probada, según previene la *l. 1. tit. 7. lib. 5. R.* que explicaremos, *tit. 7. n. 20*. Por la misma prescripción inmemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando cuarenta años para la posesión, *l. 8. d. tit. 15*.

10. Hemos hablado de la prescripción como medio de adquirir el dominio; mas cuando se trata de acciones, lejos de significar su adquisición las destruye, sirviendo de excepción contra ellas: así, cuando debo hacer ó pagar algo, si mi acreedor no me reconviene dentro del termino señalado por la ley, cesa su acción: y si me demanda despues, me excepciono con la prescripción. En este sentido se toma la prescripción en varios *ll. rom.* y otros. La *6. tit. 15. lib. 4. R.* dice: *el derecho de ejecutar por obligación personal se prescriba por 10 años: y la acción personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por 20 años y no menos: pero en donde en la obligación hay hipoteca, ó donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por 30 años, y no menos: lo cual se guarde sin embargo de la ley del rey Don Alonso, que puso que la acción personal se prescribiese por 10 años.* Y respecto à que ni esta ley, ni otra alguna de la *Recop.* habla de la prescripción de la acción mere real, debemos decir, que queda en todo su vigor la de 30 años, que estableció la *21 tit. 29. P. 3.* Pero adviertase con Gomez, *d. l. 6.* se entiende esto, cuando falta al poseedor algun requisito para poder adquirir la cosa por prescripción; porque si no le faltó, adquirió su dominio, concluido el tiempo necesario, y hecho ya dueño, cesa toda acción contra él.

11. Tres años tienen para prescribirse las acciones siguientes: 1a. La de los sirvientes para cobrar sus salarios. 2a. La de los Boticarios, Joyeros, y otros oficiales mecánicos,

de los esquileros, confiteros y otros por lo que hubiesen vendido de sus tiendas, y por la hechura de sus cosas. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el día en que hubiesen sido despedidos por sus amos; y en los otros, desde el en que recibieron lo que se les dió; y para impedir esta prescripción, basta cualquiera reconvencción, aunque sea extrajudicial, *l. 9. tit. 15. lib. 4. R.* La cédula de 19 de mayo de 1785 deroga todo privilegio y fuero secular, excepto el militar, para que todos los sirvientes, artesanos, jornaleros &c. puedan ocurrir á los jueces ordinarios para pedir cuanto se les deba: y que desde el día de la interpelación extrajudicial hasta el de la solución, corre en favor de los operarios, el logro mercatorio de seis por ciento, y tres respecto de los sirvientes, á quienes de la misma manera se les haya detenido la parte de sus salarios, maliciosamente. 3a. la de los letrados, procuradores y solicitadores para pedir sus salarios, no habiéndose contestado sobre ello, antes que hayan pasado los tres años, *l. 32. tit. 16. lib. 2. R.* la cual manda también, que no se renuncie su contenido, ni pueda impedir su efecto la renuncia. Pero estas pragmáticas no son prescripciones, porque no libertan de la obligación de pagar en conciencia, y solo niegan la acción de demandar judicialmente.

12. La acción de un comunero de alguna herencia ó de cualquiera otra cosa, para que se divida, y se le de su parte, no puede ser prescripta en ningún tiempo, por el otro comunero, que la poseyere entera, *l. 5. d. tit. 15.*

13. Las servidumbres y otras cosas incorpóras no pueden poseerse, però sí usarse; y este uso es como manera de posesión, según la *l. 1. tit. 80. P. 3.* en cuya glosa 4. añade Lopez, que se llama *cuasiposesión*, y que también se comprende bajo la palabra *posesión*.

14. Todo hombre sano de entendimiento puede ganar la posesión, por sí mismo, por su hijo, que tenga en su poder: ó por su personero, que se apodere de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun cuando el hijo la gane en su propio nombre, la adquiere para su padre, á excepción de lo que pertenezca al peculio castrense, por el usufructo que le compete, *l. 9. tit. 56.* Asimismo pueden ganarla los tutores, curadores y síndicos para sus huérfanos ó locos, y para sus comunes, *l. 4.*

15. Para adquirir la posesión se requiere dos cosas. La una, voluntad ó intención de ganarla; y la otra, entrar corporalmente en ella, por sí ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero es de advertir, que la segunda se puede verificar por tradición fingida ó presunta en los terminos explicados *lit. anti.*

n. 20. de lo que dan algunos ejemplos las *ll. 6. 7. 8 y 9. d. tit. 30.* habiéndose notado ya que el de la 6. tiene la singularidad de ser sin tradición de símbolo, y sin ficción de breve mano, adquiriéndose por solo la vista de la cosa, á voluntad del que la enajena, con lo que se representa la verdadera tradición: y cuyo modo de adquirir es también extensivo al dominio, *l. 47. tit. 23. P. 3.* Los arrendatarios, commodatarios, depositarios y otros semejantes no ganan la posesion de la cosa, porque es del dueño á cuyo nombre la tienen, *ll. 22. tit. 29. y 5. tit. 30 P. 3.* Tampoco la ganan los que entran en la cosa por fuerza ó la roban, *ll. 10. y 11. tit. 30.* El feudatario de una heredad, el que tenga su usufruto, ó el que la posea á censo, si se apoderan de ella, ganan su posesion natural, y no la civil en que estan el propietario y el dueño directo, *l. 5. Lopez, glosa 2.*

16. Construyéndose la *l. 17. d. tit. 30.* á los casos en que se pierde la posesion de la cosa raiz, por fuerza ó tenor, dice: *Non perditur tenencia de ella si non por una de estas tres maneras: 1a.* Si echas de la cosa raiz al poseedor por fuerza. 2a. Si la entra otro no estando él delante, y cuando viene despues lo recibe dentro en ella. 3a. Cuando oyes que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quisiere ir allá porqué sospecha que no querran dejarlo en ella, y lo echarán de allí por fuerza, si entrase. De las cosas muebles dice la misma ley, que puede uno perder su posesion aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen, *L. 15. de adq. v. am. pos.*

17. También perdamos la posesion de nuestras cosas raices: 1.º mientras están cubiertas de agua por avenida de río ó crecida del mar, pudiendo usar de ellas como antes de que fueren descubiertas, *l. 14. d. tit. 30. y 32. tit. 28.*—2.º Si nuestros arrendatarios metiesen á otro en la tenencia de la cosa con intencion de que la perdiésemos, ó los echasen de ella por fuerza; pero si la desamparasen aunque fuesen maliciosamente, no la perdiésemos, *l. 13. tit. 30.* Perdemos la posesion de las cosas muebles que caen en el mar ó algún río, no siendo fácil recobrarlas, *l. 14.* como sucede en la huida de las bestias bravas, que cazamos; mas perdemos el dominio de estas, y no el de aquellas, que podemos demandar al que las halle, *ll. 14. y 19. tit. 30. y 19. tit. 28. P. 3.* Finalmente se pierde la posesion, desamparando la cosa, con animo de no tenerla, *l. 12. tit. 30.* Podríamos tratar aquí de las acciones ó juicios que se llaman *interdictos*, por ser todo su objeto la posesion; mas nos parece mejor dejarlo para despues del título jeneral de los juicios.

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tit. 31. P. 3. — Tit. 9. 4. et 5. lib. 2. Inst.

1. Que es servidumbre real ó predial, y como se divide esta en urbana y rústica.—2. se refieren las especies de servidumbres urbanas.—3. Se refieren las rústicas.—4. Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.—5. la servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe, y a que se debe.—6. 7. Modos de adquirirse las servidumbres.—8. 9. Modos de perderse.—10. 11. Del usufructo.—12. Del uso.—13. De la habitacion.

1. Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, tratan de ellas las Partidas despues del dominio y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es: *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 urbana, la que ha una casa ó edificio en otro; y rústica, la que ha una heredad en otra. Ambas se llaman *reales*, porque dicen respecto, y se constituyen para utilidad de las cosas: á diferencia de otras que se llaman *personales*, porque solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas como el uso y el usufructo, l. 1. tit. 31. P. 3. Las personales se expresan siempre con su nombre específico; y las reales solamente con el nombre general *servidumbre*. Tambien se llaman estas *prediales*, con respecto á los predios á que se refieren: el uno *dominante*, por cuyo beneficio se constituyen; y el otro *serviente*, que sufre la carga. Solo los dueños de estos predios pueden constituir las, á excepcion de los juicios divisorios en que tambien puede constituir las el Juez, §. 1. *Inst. de serv. rust. et urb. praed.*

2. Las servidumbres urbanas se constituyen para diferentes fines, que se refieren en la l. 2. d. tit. 31.—d. §. 1. y son: 1.º El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia, *oneris ferendi*. 2.º El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa, *igni inveniendi*. 3.º El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa, *luminis*. 4.º El derecho de echar el agua que cae sobre mia

tejados à la casa de mi vecino por canal, caño ó de otra manera, *stillicidii, vel fluminis avertendi*. 5.º El derecho de prohibir à mi vecino, que levante mas su casa, quitando la vista y luz de la mia, ó pudiendomela registrar, *altius non tollendi*. 6.º El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes Romanas no establecieron esta ultima formalmente, *L. 32. §. 3. fam. erc. l. 18. com. div.* Sus interpretes dicen, que en la 1a. debe ser reparada la columna por su dueño, y que en la 2a. no está obligado el dueño del predio sirviente al reparo de la pared, que sostiene la viga; cuya diferencia adopta Lopez, *glosa 2. l. 2* y dice ser muy util. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres menos frecuentes, que tambien reconoce nuestra *cit. l. 2*. cuando despues de las expresadas, dice: *O alguna otra semejante de esta que sea a pro de los edificios.*

3. Las servidumbres rústicas mas frecuentes son: *Primo. cod.—1a. Senda* ó derecho de pasar por la heredad de otro, yendo à la mia à pié ó cabalgando, solo ó con otros, de modo que vaya uno detras del otro y no en par:—*2a. Carrera* ó derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, del que carece el que tiene senda:—*3a. Via* ó derecho de ir por heredad ajena à la nuestra, à pié ó cabalgando, solo ó acompañado, y de llevar carretas ó piedras ó madera arrastrando, y todas las otras cosas que fuesen menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubiesen convenido, y si no, la de 8 pies en lo recto, y 16. donde tuviere alguna tortura, *l. 3. d. lit. 31.—L. 8. de serv. rúst. præd.*—*4a. Acueducto*, ó derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos ó para el riego de nuestras tierras; siendo obligación del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, acequia ó canal por donde corre el agua, de modo que no pueda ensanchar, elevar, ni bajar, ni hacer daño à aquel por cuya heredad pasare, *l. 4*. Pero si no tuviere derecho de llevar agua de fuente, que naciere en heredad ajena, no podra el dueño de esta concederle a otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, à menos que fuese tanta el agua que abundase para la heredad de ambos, *l. 5.—L. 2. §. 2. de serv. rúst. præd.* *5a.* El derecho de sacar agua de la fuente ó pozo de otro, para mis labradores, bestias y ganados, y de entrar y salir de la heredad con este objeto, siempre que fuese menester:—*6a.* El derecho de meter mis bueyes ó otras bestias con que labro mi heredad, en prado ó dehesa de otro, *l. 6.*—*7a.* El derecho de sacar piedras, tierras, arena ó hacer est en la heredad ajena para edificar casa en la mia, ó para hacer tinajas, para guardar el aceite que recojo en mi heredad, *l. 7. §. 2. Inst. cod.*

4. Solo los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre en ella, *ll. 9. y 18.*—*§. 8. eod.* reputándose también por dueños los enfiteutas, que sólo tienen el dominio útil, *l. 11.* Si la heredad fuese común, deben otorgarla todos: y si la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso los primeros; y si los segundos, cada uno de ellos, tanto por sí, como por los otros: pero si consintiesen después, valdria como si todos la hubiesen otorgado al principio, *l. 10.*—*L. 11. de serv. pred. rust.* Lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante, *D. §. 9.* advirtiéndose que las servidumbres son individuales, esto es, que no pueden dividirse, ni entre los herederos del predio dominante, ni entre los del sirviente; y de consiguiente se deben integrar á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, *ll. 9. y 18.*

5. La servidumbre, considerada pasivamente como carga, ó activamente como derecho, es tan inherente á la cosa que no se pierde aunque el predio sirviente ó dominante muda dueño, sino que pasa al nuevo poseedor, *ll. 8. y 12.* No podrá pues, enagenarla el dueño de la heredad á quien se debe sin enagenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, puede conceder á otro el agua que ya estuviere en su campo, por que entonces es suya.

6. Las servidumbres de la *l. 14. d. tit. 51.* se constituyen de tres modos: 1.º Por contrato ó consecion entre vivos. 2.º Por testamento ó ultima voluntad. 3.º Por el uso. Este uso debe ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fé, y no por fuerza ni por ruego. En cuanto al tiempo hay diferencia entre las servidumbres continuas y discontinuas: por que las primeras se constituyen por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes; y las discontinuas por el inmemorial, *l. 15.* Continuas, son aquellas que usamos cada dia, como se explica *d. l. 15.* poniendo por ejemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas: y discontinuas, las que no usamos cada dia, de las que también pone por ejemplos las que hemos contado entre las rústicas, exceptuada la 4a. de llevar agua para regar nuestra heredad, que pone la misma ley entre las continuas, cuando la usamos cada dia; y entre las discontinuas, cuando la usamos algunos dias. Gomez, 2. var. cap. 15. n. 27. advierte, que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la 1. y 2. de las urbanas, se empieza á contar desde el dia en que empieza su uso; y en las negativas, como la 5a. de las mismas urbanas, desde que el prescribente prohíbe al otro hacer la cosa. Si pues, has sido siempre dueño de un solar, frente

al mio, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio; pero si te lo prohibo, y desde entonces pasan 10 años, en re presentes, ó 20 entre ausentes, tendré ya este derecho en lo sucesivo.

7. En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente, hacen de justo título y de tradición; y el uso del dominante sirve de ocupación de posesión. Por eso advierte el mismo Gomez, d. n. 27. que el que quiera aprovechar de esta adquisición debe ser cauto en alégar y probar la ciencia y paciencia del otro, á más de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario; y añade con Lopez, *glosa S. d. l. 15.* que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastarian su buena fé y el lapso del tiempo legal, y no seria necesaria la ciencia del dueño, como sucederia, si creyendote dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor de otro mio, en cuyo caso la adquiriria yo por el uso, aunque lo ignorase el verdadero dueño. Las leyes Romanas establecieron este ultimo modo de adquirir servidumbres por el uso, *L. ult. C. in fin de presc. long. temp.* y aunque se ha omitido en las nuestras, lo adoptan los citados Gomez y Lopez, y es muy conforme á lo que las *ll. 6. 9. y 18. tit. 29. P. 3.* establecen sobre la prescripción de las cosas corporales, como hemos notado en el *tit. antec. n. 6.*

8. Tambien son varios los modos de extinguirse las servidumbres: 1.º Por la confusión de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; de tal modo, que aunque vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si no se estableciese de nuevo, *l. 17. d. tit. 31.* por que el hombre no usa de sus cosas en manera de servidumbre, *l. 13. ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa.* 2.º Por la remisión ó donación de la servidumbre, que hace el dueño del campo á que se debe, *d. l. 17.* y basta que la remisión sea tacita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciese alguna cosa que impida su uso, *l. 19.—L. 8. quem. serv. gmid.*

3.º Tambien se pierden; 3.º Por el no uso de 20 años, sin diferencia de presentes y ausentes en las discontinuas; y por tiempo inmemorial en las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las discontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocandose los tiempos, *l. 16.* pero se entiende esto en las servidumbres rusticas; porque las urbanas se pierden por la misma ley, en 10 años entre presentes, y 20 entre ausen-

tes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de que el deudor de la servidumbre impida su uso con algun hecho, á buena fé, como, por ejemplo, el que pone la misma ley: cerrar la ventana por donde entra la luz. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el que no la usó: y será lo contrario, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños del predio que era comun, l. 18. que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y dos en el segundo, L. 10. quemad. *per. civil.*

10. Las servidumbres personales son las que se deben á la persona sin respecto alguno á la cosa. Hay tres: usufructo, uso y habitacion. La principal y muy frecuente, es el usufructo, que se define: *Derecho de usar casas, tierras, ganados ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechandose de todos sus frutos.* Pertenecen pues, al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales, nacidos de la misma cosa, ó civiles, producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, por que no son propiamente frutos, ó cuando lo sean, se reputan extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Puede el fructuario vender ó disponer de los frutos como quisiere; pero no enagenar ni empeñar la cosa: antes bien tiene obligacion de dar fiadores de que no se perderá, ni empeorará esta por culpa suya; y cuando se acabe el usufructo, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, l. 20. A mas debe cuidarla, de modo que si fuese casa, ha de repararla, para que no caiga ni empeore por su culpa; y si fuese heredad, ha de labrarla y cultivarla bien, plantando cepas y arboles en lugar de los que se sacaron. Si fueren ovejas, debe reponer de sus hijos las que murieren. Tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa cuyos frutos percibe, l. 22.—§. 1. *Inst. per quas pers. cuiq. adq.*

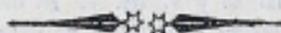
11. Los modos de constituirse el usufructo, son los mismos tres de las servidumbres reales, n. 6.—l. 14. y 20. de suerte que en esto no hay diferencia alguna entre servidumbres reales y personales: excepto el modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo, de familias á favor del padre que lo tiene en su poder, á beneficio de la l. 15. tit. 17. P. 5.—L. ult. §. 5. C. de bon. que liber. cuyo usufructo da al padre otras prerrogativas á mas de las que tienen otros fructuarios, que pueden verse en Gomez. l. 6. de Test. pp. 11. y 12. *Castillo de usuf.*

cap. 8. y otros; siendo una de ellas el no poder el hijo enagenar su propiedad, sin consentimiento del padre, *L. 7. §. 2. l. 68. §. 2. de usuf. et quomad.* Vease *lib. 1.º tit. 7. n. 38.* Pero hay diferencia en los modos de acabarse; por que á mas de extinguirse como las servidumbres reales, por la remision; por la prescripcion de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes; y por la confusion ó consolidacion, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario: fenecé tambien por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l. 24. tit. 31.* y por que este lo enagene en favor de un tercero; en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; no puede desprenderse del mismo derecho que él tiene, *d. l. 24. y 3. tit. 8. P. 5.* Los Interpretes aclaran esto, distinguiendo dos derechos en el fructuario: el uno, real ó de comodidad, que consiste en que nadie le puede impedir la percepcion de los frutos; y el otro personal, inherente á su persona: de los cuales puede enagenar, como quisiere el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si enagena este, se extingue siempre, y va á unirse con la propiedad. Quemandose toda la casa, ó derribandose por terremoto, ó de otra manera, se extingue tambien su usufructo, *l. 25. tit. 31. P. 3.—§. 1. Inst. de usu et habit.* Y si fuere dejado á alguna Ciudad ó Villa, sin expresion de tiempo, dura 100 años, *§. 3. cod. y pasados ellos se une á la propiedad;* lo que tambien sucede si durante este tiempo se despoblase del todo, labrandose ó quedando yermo su sitio; pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos, otro Lugar, les quedaría salvo el derecho que habian en aquel usufructo *l. 26. d. tit. 31.* El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este; pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes, que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como vemos, *lib. 2. tit. 8. n. 16.*

12. La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es: *Derecho de usar cosa ajena fructifera, aprovechandose de aquellos frutos, que necesita para si, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él quanto hemos dicho del usufructo, exceptuandose: 1.º Que no pertenecen al usuario todos los frutos, sino los que necesita para su familia; y de ahí es que nada de ellos puede tomar, para dar ó vender; *l. 20. tit. 31.—L. 18. cod. y de consiguiente si muriese, teniendo algunos percibidos, y no consumidos, no serian de su heredero; sino del propietario. 2.º Que el usuario de bestias solo puede usar de ellas para sus labores ó otro servicio; pero no para alquilarlas ó prestarlas, l. 21.—L. 5. §. 2.*

quib. mod. usuf. v. us. amit.—3.º 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, sino es que djeze tan pocos frutos que todos fuesen del mismo usuario, *L. 56. de usuf. et quemad.*

15. La tercera servidumbre personal se llama, *habitacion ó morada*, que es: *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son: que se puede arrendarla ó alquilarla á otro, con tal que sea persona que haga buena vecindad; y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, es claro que se acaba, pasando este, *l. 27. tit. 31. P. 3.*



TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1. P. 6.—Tit. 4. lib. 5. R.—Tit. 10. lib. 2. Inst.

1. Que es herencia, y de que partes consta su adquisicion.—
2. Que es testamento, y su division en abierto y cerrado.—
3. Solemnidades del testamento abierto.—4. No es necesaria la institucion de heredero.—5. Solemnidades del testamento cerrado. Del testamento del ciego.—6. 7. Advertencias sobre las solemnidades de los testamentos.—8. Del testamento militar.—9. Del testamento con fe pública.—
10. Del codicilo.—11. 12. Los que no pueden ser testigos.—13. Los que no pueden testar.—14. 15. 16. 17. Del comisario.—18. Lo que debe observarse en la apertura de los testamentos.—19. Derecho de Indias.

1. Hemos tratado de los modos *singulares* de adquirir; y nos contrahemos ahora á los *universales*, por los que se adquiere, en un solo acto, una universalidad de bienes, como la *herencia*, que se define: *Universal patrimonio de alguno con sus cargas.* Su adquisicion consta de dos partes: *delacion y admision.* La delacion es el titulo para adquirirla; y la admision el modo; y por eso, ninguno puede adquirir herencia

sin que primero se le desiera, ó se le dcha, por ser llamado á ella. Se desiere por testamento, y faltando este, abintestato, l. 3. tit. 13. P. 6.—L. 1. cum duob. seq. de hær. pet.

2. Testamento, dice la l. 1. tit. 1. P. 6. 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 qual es su postrimera voluntad. E la otra, por que despues que los han fecho, si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos: y se define: *Voluntad ordenada en que uno establece su heredero ó departe lo suyo en aquella manera, que quiere quade lo suyo despues de su muerte, l. 2.* Son dos sus especies: los nuncupativos ó abiertos, y los escritos ó cerrados, d. l. 1. y ll. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. R.—§. 14. *Inst. de test. ord.* Cada qual requiere sus solemnidades, que copiaremos de d. ll. recopiladas, que varian las establecidas por las ll. 2. y 3. tit. 1. P. 6.

3. El nuncupativo se ordena: 1.º Con escribano público, y á lo menos tres testigos, vecinos del lugar, donde el testamento se hiciere, que debcn estar presentes á verlo otorgar. 2.º Si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo menos cinco testigos, vecinos, si fuere lugar donde los pudiere haber. 3.º Si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano, en el lugar, á lo menos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal lugar. 4.º Pero si el testamento fuese hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, es valido, d. l. 1. tit. 4. lib. 5. R.

4. Esta misma ley ordena que valga tambien el testamento en quanto á las mandas y otras cosas, aunque el testador no haya nombrado heredero alguno, y herede entonces el que debería heredar, si el testador no hiciere testamento. Que suceda lo mismo, si el heredero nombrado no quisiese heredar. Y ultimamente, que si el testador nombrase á uno por heredero, ó le legase ó mandase alguna cosa, para que la de á otro, á quien sustituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiese aceptar, el sustituto ó sustitutos, lo puedan haber todo. Por esta famosa ley no es necesaria en España la institucion de heredero, para que valga el testamento, ni que en caso de haberla, ada ni admita este la herencia: lo que es muy contrario al derecho romano.

5. En el testamento cerrado ó escrito, manda la l. 2. d. tit. que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar.

que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos a lo menos. Los cuales testamentos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

6. Para satisfacer las dudas que puedan suscitarse sobre la doctrina de estas dos leyes, debe advertirse: 1.º Que en todo testamento abierto ó cerrado, entre padres é hijos ó descendientes legitimos, ó entre extraños, deben observarse las mismas solemnidades de dichas dos leyes; y aun cuando se otorgue el testamento en tiempo de peste, como prueba Gomez en *d. l. 2. n. 48.*—2.º Que lo que dice la *l. 2.* del testamento del ciego, se entiende del abierto, como que el ciego no puede otorgarlo cerrado, Lopez *d. glosa*, Gomez *n. 51.* Acevedo *d. l. 2. n. 25.*—3.º Que nos parece bien la opinion de Acevedo, *n. 25.* que es necesario intervenga escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos; aunque Gomez *n. 52.* se esfuerza en probar que tampoco es necesario el escribano.—4.º Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado, es necesario que los testigos sean rogados; porque *d. ll. 1. y 2.* no hacen mencion de esta solemnidad, que era en la que mas se escrupulizaba antes. Asi lo prueba Gomez, *n. 29.* cuyas razones nos parecen mucho mas solidas que las de Acevedo, que opina al contrario, en *d. n.*—5.º Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib. 2. tit. 10. §. 14. n. 6.* rechazamos con razones que parecen de mucho peso la opinion de Gomez, *n. 47.* que bastan tres testigos para el testamento abierto, aunque no intervenga escribano, pudiendo haberlo; y en el *n. 7.* la de Covar. que pretende probar, *cap. 10. de testam. n. 3.* que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se puede encontrar mas con facilidad.

7. Añadiremos otras advertencias esenciales.—1a. Que no pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos para el testamento nuncupativo, bastarán cinco y el escribano; por que este supone por dos, que con los cinco son siete; y asi se practica, segun Febrero, *Parte 1a. cap. 1. §. 1.º n. 5.*—2a. Que para el testamento cerrado no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar donde se otorga, por no mandarlo la *cit. l. 2. n. 8.*—3a. Que los testigos no solo oigan hablar, sino que aun propio tiempo, aunque sea en el de peste, vean al testador, entiendan perfectamente hasta la parte mas minima del contexto del testamento abierto y del otorgamiento del cerrado, y estén todos presentes sin faltar ni uno, mientras se otorga, conforme à la ley, que dice: *deben ser presentes à lo ver otorgar.*—4a. Que la *l. 1. tit. 25. lib. 4. R.*

prohíbe á los Escribanos Reales autorizar contratos y testamentos, en donde los hay numerarios, pena de nulidad y otras, excepto en la Corte y Chancillerías; bien que el mismo Febrero opina, n. 5. puede haber algun motivo especial para que se otorgue ante ellos, como cuando una muger se ve oprimida por su marido, para que lo instituya su heredero, y con el fin de obrar con libertad, y evitar malos tratamientos, lo otorga ante un Escribano Real, sin embargo de haberlo Numerario.—5a. Finalmente, que debe escribirse el testamento en papel sellado, segun y como se previene en la cédula de 23 de julio de 1794 y su Instruccion, por lo que se declaran nulos todos los instrumentos que en ella se expresan, y que no estén escritos en papel sellado; bien que segun el art. 52. los testamentos cerrados podrán escribirse en papel comun, con la cañidad de que el escribano los protocolice &c.

8. Los testamentos de que hemos hablado, se llaman *pagánicos*: hay otros, que se llaman *militares*, por que los hacen los *soldados*, á quienes las *leyes de Partida* llaman *caballeros*. Cuando estaban en hueste, y no en otro caso, les exceptuaba la l. 4. tit. 1. P. 6. de toda solemnidad, conforme á las *leyes Romanas*, *Princ. Inst. de milit. testam.* Mas por la *Ordenanza general* y por cédula de 24 de octubre de 1778 se declara que todos los que gozan fuero de guerra pueden testar sin limitacion alguna, de cualquier modo que conste su voluntad.

9. Tambien hay testamento con fé pública, que es el que se hiciese delante del Rey, en cuyo caso rarísimo valdria, aunque no hubiese otro testigo que el Rey, l. 5. tit. 1. P. 6.

10. Tambien es especie de testamento el *codicilo*, que es: una manera de escritos pequeños, que hacen los omes despues que han fecho sus testamentos, para crecer ó menguar o mudar alguna de las mandas que habian fecho en ellos, l. 1. tit. 12. P. 6. El codicilo cerrado se hace con cinco testigos, y sus firmas, l. 3. d. tit. y el abierto con las mismas solemnidades que el testamento abierto, l. 2. tit. 4. lib. 5. R.

11. Pueden ser testigos los que no están prohibidos; y segun d. l. 9. están: 1.º Los condenados por cançiones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto ó otro delito semejante á estos ó mas grave. 2.º Los apostatas, que habiendo dejado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judios, aunque volviesen despues á la nuestra. 3.º Las mugeres. 4.º Los menores de 14 años. 5.º Los esclavos. 6.º Los mudos. 7.º Los sordos. 8.º Los locos, mientras estuviesen en su locura.

9.º Los prodigos, §. 6. *Inst. de test. ordin.* En cuanto á los infames, juzga Lopez, *glos.* 2. que se comprehenden en ellos todos los que lo son por infamia de derecho, de los que hablaremos en el *lib. 2. tit. 27.* Y en cuanto á los esclavos, añade la misma *ley*, que si alguno estaba reputado libre a tiempo del otorgamiento del testamento, valdria este, aunque despues resultase esclavo, §. 7. *cod.*

12. Hay otros que solo tienen una inhabilidad respectiva, como los descendientes para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de aquellos, segun la *l. 14. tit. 16. P. 3.* que solo exceptua de esta regla los testamentos militares. La misma inhabilidad tienen el heredero y todos sus parientes hasta el cuarto grado. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen ninguna en los testamentos, en que se les dejan las mandas, *l. 11. tit. 1. P. 6.—§. 3. cod.*

13. Pueden testar todos los que no tienen prohibicion, *l. 13. tit. 1. P. 6.* y la tienen los siguientes: 1.º Los varones menores de 14 años y las mugeres menores de 12.—§. 1. *Inst. quib. non est perm.*—2.º El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las *Partidas* al loco ó mentecato, *d. §. 1.—3.º* El prodigo, §. 2. *cod.*—4.º Los mudos ó sordos, que no saben escribir, ni pueden hablar, desde su nacimiento; pero el que lo fuere por enfermedad, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiendolo de su misma mano, *d. l. 13.—5.º* Los religiosos profesos, *l. 17.* y Lopez en su *glosa* 1. Segun las *Partidas* tampoco podian testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos bajo la patria potestad, pero las *ll. 3. y 4. tit. 4. lib. 5. R.* los habilitan, bien que exceptuan los bienes de los condenados, sujetos a confiscacion, por razon del delito.

14. La facultad de testar se puede cometer á otro, segun las *ll. del tit. 4. lib. 5. R.* En la 5. se previene, que en virtud del poder para testar, no puede el comisario instituir heredero, ni mejorar en 3.º y 5.º ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlos, ni hacerles sustitucion ninguna, ni darles tutor, á menos que tenga poder especial para cada una de estas cosas, y que el testador nombre la persona á quien quiere que el comisario haga heredero.

15. Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder para ello y las demas cosas expresadas, sino solo para que se haga el testamento, puede el comisario descargar la conciencia del testador, pagar sus deudas, y distribuir por su alma la 5a. parte de los bienes, que quedaren, pagadas las deudas; y el remanente se reparte entre los parientes á quienes toca heredar abintestato; y si no tuviese tales parien-

tes, debe dejar el comisario lo que corresponde á la mujer del testador, y disponer de todos los bienes restantes en causas pias, y no en otra cosa alguna, *l. 6.* Debe el comisario usar del poder dentro de 4 meses, si está en el lugar á tiempo que se le dá; dentro de 6 meses, si entonces se halla ausente del lugar, y dentro de un año, si está ausente de España. Pasados estos terminos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador á sus herederos abintestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso, si pasado el termino no lo hiciese, será habido como si lo hubiese hecho, *l. 7.* Matienzo, Gomez y otros en *esta ley*, prueban que el testador puede coartar ó alargar dichos terminos.

16. Si el comisario no hizo testamento, y los herederos abintestato no fuesen descendientes ó ascendientes legitimos del testador, estarán obligados á disponer de la 5a. parte de sus bienes por su alma: y si no lo cumplieren dentro de un año, desde la muerte del heredero, podrá compellos la Justicia á petición de cualquiera del pueblo, *l. 10.* Y en caso que el testador nombrase heredero, y diese poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá este disponer mas que de la 5a. parte de los bienes del testador, despues de pagadas sus deudas y cargos de su servicio, sino es que le hubiese dado poder para mas, *l. 11.*

17. El comisario no puede revocar el testamento en todo ni en parte, salvo si el testador le dió poder especial para ello, *l. 8.* Tampoco el que el mismo hubiese ya hecho en virtud de su poder. Ni puede hacer codicilo, aunque sea para causas pias, y aunque se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo, ó declaracion alguna, *l. 9.* Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, se refiere su derecho en los demas; y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en caso de no haberla, se recurre á la Justicia para su decision, *l. 12.* Y para que valga el poder para testar, debe otorgarse con las mismas solemnidades de los testamentos, *l. 13.*

18. Muerto el testador, cuyo testamento es cerrado, cualquiera á quien se mande algo en él, puede pedir su apertura judicial, *ll. 1. y 2. lit. 2. P. 6.* y añade Lopez, que tambien puede pedirlo todo el que tenga cualquiera interes en ella, como el hijo puerterido, que quisiese probar la nulidad del testamento; jurando antes no proceder de malicia, *el. l. 1.—L. 3. C. quamad. test. aper.* El Juez debe saber de los testigos si es aquel el testamento en que firmaron; y

si la mayor parte dijere ser asi, debe ser abierto y leído ante ellos, aunque no estuviesen presentes todos. Si los testigos no pudiesen ser habidos, por estar ausentes todos ó la mayor parte, puede el Juez, en caso de ser perjudicial la demora, abrir el testamento ante hombres buenos; pero despues que vinieren los testigos, deben reconocer sus firmas, y se manda trasladar el testamento en el registro, l. 9. d. tit. 2, que en lugar de firmas, dice sellos, que no se usan. Si el testador mandare, que no se abra alguna parte del testamento, hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, l. 5. d. tit. 2. Si el testamento está en otra parte, señala el Juez plazo, para que se lo traigan y se abra; y si el que lo traxese fuese rebelde al mandato judicial, debe pagar al demandante lo que le corresponde por el testamento, y el perjuicio causado por su resistencia, d. l. 2. Si el testamento fue hecho de palabra, hará el Juez que declaren los testigos, y sus deposiciones se declaran por testamento nuncupativo, con todo lo demas de protocolizarlo &c.

19. Murillo, *Curs. Jur. Canonici*, lib. 3. tit. 26. n. 238. cita á Solorzano, *Polit. Ind. Lib. 2. cap. 29.* que dice: *en materia de testar tienen los Indios plena libertad y facultad y aun mayores privilegios que los rústicos; pues si en los testamentos de estos, se requieren por lo menos cinco testigos, y hay quien diga, que deben ser vecinos, Gomez, l. 3. Taur. en los de los Indios está recibido, que no necesitan de hacerse ante escribano, ni testigos vecinos; sino que baste que los escriba uno de sus Gobernadores, y que intervengan dos o tres testigos varones ó hembras, de los que allí comodamente se hallaren; y comprobado esto ante juez competente, el cual se persuada que lleva color de verdad, vale, y pasa por testamento solemne, y se lleva a debida ejecucion; por que todo esto obra en los Indios su mucha simplicidad y llaneza, y hallarse muchas veces en partes donde no hay escribanos ni testigos, como en semejante caso, hablando del testamento del rústico, hecho en el campo, lo dijo y dispuso el Emperador Justiniano.* Si murieren los Indios intestados, ó hubieren dispuesto de sus bienes en memorias simples ó sin solemnidad, debe cuidarse de que sus hijos ó parientes hayan de heredar conforme á derecho, como se encarga á los Jueces Eclesiásticos, y se manda á los seculares en la l. 9. tit. 13. lib. 1. *R. Ind.* Vease á Beleña, *abintestatos*

El conocimiento de todas las causas de herencia, tanto por testamento como abintestato, toca solamente á los jueces ordinarios, aunque los herederos ó el testador sean eclesiásticos, ó la herencia se deje para causas pias, cédula de 15 de noviembre de 1781.

g^o Las milicias urbanas, que no están en actual ejercicio, no gozan del privilegio de hacer el testamento á estilo militar, cédula de 19 de febrero de 1786.

Supuesto que á los siervos les es permitido tener peculio, segun el art. 3.^o de la cédula de 31 de mayo de 1789, y se comparan en todo con los siervos conducticios; tambien se les debe permitir que testen.



TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SOSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Tit. 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6.—Tit. 13. 14. 15. y 16. lib. 2. Inst.

1. Institucion de heredero, y de los herederos necesarios y voluntarios.—2. Los que tienen prohibicion absoluta para heredar.—3. Los que la tienen respectiva; se define el hijo natural.—4. Y el espurio.—5. Derecho del hijo natural.—6. y 7. Derecho del espurio.—8. El confesor del testador nada puede heredar.—9. Como heredan los pobres.—10. En que partes se divide la herencia.—11. Derecho de acrecer.—12. hasta 15. De las condiciones.—16. hasta 26. De las sustituciones.—27. Derecho de delivrar.—28. hasta 32. Derecho de inventario.—33. y 34. Modos de admitir ó desechar la herencia, y cuando deben tener capacidad los herederos.—35. hasta 38. De la desheredacion.—39. 40. Modos de romperse el testamento.—41. 42. De la querrela de testamento inoficioso.—43. Penas de los que impiden testar.

1. Aunque no es necesaria la institucion de heredero, para que valga el testamento, se considera como su parte principal, y es muy raro que falte. Instituir heredero, es: nombrar á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos l. 1. tit. 3. P. 6. La 21. dividio los herederos en suyos, necesarios y extraños. Suyos son los hijos y descendientes del testador, en cuya potestad están, y se llaman asi, por que son como una

persona y una cosa con el testador; y necesarios son los siervos á quienes sus señores hacen herederos, y estan obligados á serlo, aunque no quieran; pero como apenas hay esclavos en España, y los rigores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y sustituciones, es mejor dividir los herederos en necesarios ó forzosos, y voluntarios. Los necesarios son los que necesariamente deben ser instituidos ó desheredados, como los descendientes, y en su defecto los ascendientes; y voluntarios, todos aquellos á quienes el testador instituye herederos, por que quiere; bien que entre estos, los que son sus parientes mas cercanos, como los hermanos &c. le heredan forzosamente, cuando no hizo testamento legal, l. 2. tit. 7. P. 6.

2. Todos pueden heredar excepto aquellos que tienen una prohibicion absoluta ó respectiva: los que tienen una prohibicion absoluta, por que nadie puede instituirlos, son: 1.º Los desterrados para siempre, *deportati*. 2.º Los condenados á trabajos para siempre, en las minas de los metales del Rey; pero se puede legar á estos. 3.º Los herejes y los apostatas, *L. C. de apost. l. 4. C. de heret.* los moros y judios, *l. ult. tit. 7. P. 6.—4.º* Las cofradias, sociedades ó cuerpos formados contra derecho, *l. 4. d. tit. 9. corregida por la l. 8. tit. 1. lib. 5. R.* en quanto á que esta habilita á la viuda, para que se case en el año en que murió su marido.

3. Los que solo tienen una prohibicion respectiva, por que no pueden ser instituidos por ciertas personas, son los hijos naturales y los espurios, cuyas clases debemos explicar primeramente. Los hijos naturales son aquellos á quienes su padre reconoce por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola muger en quien los hubo; por si la tuvo en ella ó fué sola, y reconoció uno de ellos, no necesitan los demas ser reconocidos, como se prueba por la *l. 9. tit. 8. lib. 5. R.* que dice: *ordenamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola.* Por lo que segun esta ley hay dos medios de probar la filiacion natural: el uno, el reconocimiento del padre; y el otro, el haber nacido de la unica concubina que tenia el padre en su casa. Acebedo y Gomez, en las *ll. 9. y 11* y basta un reconocimiento tacito, que se acredite por hechos y conjeturas, como prueban Castillo de conjact: *et interp. ult. vol. c. 125.* Cervantes en *d. l. 11. n. 139.* y otros.



4. Los espurios se dividen en varias clases: 1a. *Adulterinos* ó *Notos*, que nacen de hombre casado y muger soltera, que se llama *barragana*, pues aunque despues se ensen, por haber cesado el impedimento, no se legitiman. 2a. *Sacerdotes*, que son los hijos de frailes y monjas profesos, y de clerigos de ordenes mayores. Estas dos clases son de *donado ayuntamiento*. 3a. *Incestuosos*, que son los hijos de parientes dentro del 4.º grado canonico. 4a. *Adulterinos* por parte de madre, quando esta es casada con otro. Estas otras dos clases son de *donado y punible ayuntamiento*; por que se reputa el ayuntamiento por *punible*, cuando la madre es casada con otro, ó es parienta del complice, respecto á que ella incurra por éi en pena de muerte. 5a. *Manceros* ó *Mancillados*, que son de peor condicion que los anteriores, por que nacen de mugeres prostitutas á todo hombre, de modo que se ignora su padre.

5.º Tienen pues una prohibicion respectiva para ser instituidos herederos: 1.º Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del Rey, por que no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legitimados por subsecuente matrimonio; pero podrán dejarles la quinta parte de sus bienes, *ll. 7. y 10. tit. 8. lib. 5. R.* Y si no tuviesen hijos legitimos ó legitimados por subsecuente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legitimos, *ll. 7. y 8.*

2.º En quanto á los espurios deciden las leyes lo siguiente: 1.º Por la 5. tit. 19. P. 4. no está obligado el padre á los alimentos del hijo espurio. La 10. tit. 19. P. 6. dice: que este hijo *no debe heredar ninguna cosa* de los bienes de su padre: y que los hijos legitimos, y en su defecto los hermanos del padre ó el abuelo ó abuela, pueden revocar la donacion ó la manda que el padre hiciese al tal hijo; pero segun Lopez, *glosa 3.* y todos los interpretes, por la 1. 8. tit. 8. lib. 5. R. se ha hecho capaz de alimentos este mismo hijo, por parte de su padre ex testamento y abintestato, haya ó no hijos legitimos. 2.º La 1. 6. d. tit. 8. dice: mandamos, que los hijos de clerigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres clerigos, ni otros parientes de parte del padre; ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda, donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos ahora ni de aqui adelante, y qualquiera privilegio ó cartas que tengan ganadas ó ganaren de adelante en su ayuda contra lo que Nos así ordenamos, mandamos que no les valgan. 3.º La 1. 7. d. tit. se contrae á los cuatro casos siguientes: 1.º Los hijos bastardos é ille-

ñitos de cualquiera calidad que sean, no pueden heredar á sus madres *ex testamento* ni *abintestato*, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó muerte, mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, ni allende.

2.º En caso que no tenga la mujer hijos ó descendientes legítimos, aun que tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su orden y grado les sean herederos legítimos *ex testamento* y *abintestato*.

3.º Si los tales hijos fueren de *dañado* y punible ayuntamiento de parte de la madre, mandamos en tal caso, que no pueden heredar á sus madres *ex testamento* ni *abintestato*; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte, mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas; y mandamos, que entonces se entienda *dañado* y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre en pena de muerte natural.

4.º Si los hijos fueren de clérigos, ó frailes ó monjas profesos, en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la *l. 6. cit.* Esta *l. 7.* corrige en parte lo que generalmente dispuso de los hijos de *dañado* ayuntamiento la *l. 4. tit. 3. P. 6.—4.º* A cerca de los alimentos de los ilegítimos dice la *l. 8.* en caso que el padre ó la madre sea obligada á dar alimento á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte, mandamos que por virtud de la tal obligacion, no se pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la cual podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo: de la cual parte despues que la hubiere el tal hijo, puede en su vida ó en su muerte, hacer lo que quisiere.

7. Por las leyes anteriores se prueba pues, que los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo clérigos *in sacris* ó frailes profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres: 1.º Cuando tiene la madre hijos legítimos. 2.º Cuando incurre en pena de muerte por haber tenido al hijo. 3.º Cuando es monja profesas. En los dos primeros casos puede dejarles su madre el quinto, y en el tercero nada. Sin embargo fundados los autores en el derecho natural, en el canonico y en la *cit. l. 8.* dicen: que aun el hijo de clérigo, que está en necesidad, puede recibir del padre los alimentos, y este debe dárselos en vida y en muerte; pero que todo hijo espurio, que recibe mas, debe restituir al exceso á los herederos del padre.

y que el hijo de muger casada con otro ó parienta del cómplice, que es el padre, si recibe mas del quinto de la madre debe restituir á los parientes de esta. Gutierrez, *lib. 5. pract. quest. 54.* en las *cat. ll. 7 y 8.* que son la 9. y 10. de Toro, prueba que los espurios se hallan tan excluidos de la sucesion del padre, que solo puede dejarles la quinta parte de sus bienes, si estuviesen en necesidad, y no de otra manera.

8. 3.º Nada puede percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, ni sus parientes, ni su Iglesia ó Religion, *auto acord. 9. tit. 10. lib. 5. R.* confirmado por *cédula de 18 de agosto de 1771.* en la que se añade la pena de privacion de oficio al escribano, que autorizase cualesquiera intrumentos en su contravencion; declarando nulos los que se hicieren en contrario, para evitar así las sugestiones y fraudes con que se turba las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. Pero nos parece que la nulidad no debe entenderse de todo el instrumento, sino solo de la parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del confesor; por que así se establecen las leyes de esta naturaleza, como la 8. *tit. 7. P. 6.* que dando por nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre, sin expresar causa alguna de las justas, añade: que esta nulidad es en cuanto á la desheredacion, mas no en cuanto á las mandas y demas cosas. La 1. 8. *tit. 6. lib. 5 R.* ordena tambien que si se anulare, por causa de pretericion ó exheredacion, el testamento en que hay mejora de tercio ó quinto, valga ella. Lo mismo dispusieron las leyes Romanas, *Autent. ex causa C. de liber pract. desump. ex. Nov. 115. cap. 3 in fine,* fundadas en la equidad, que no permite, que la pena de lo vicioso se extienda á lo que no lo es.

9. El nombramiento de heredero debe hacerse claramente, de modo que se sepa con seguridad qual es la persona nombrada. La 1. 6. *tit. 8. P. 6.* pone diferentes formulas con que puede hacerse esto, *L. 15. C. de testam.* Por defecto de este seguro señalamiento no valdria la institucion de *Pedro mi amigo,* si yo tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de qual de los dos quise hablar, ó irian mis bienes á mis parientes abintestato. Tampoco valdria, si el testador señalase el heredero por injurias ó dicitorios especiales, como: *nombre heredero á Juan, que es traidor ó herage,* para deshonrarlo ó infamarlo; pero sí valdria, si en general dijese de él, que era malo, sin expresar la especie de maldad, *l. 10. tit. 8.* Y si instituyere herederos ó legatarios á los pobres de algun lugar, deberan repartirse sus bienes entre los de los hospitales de aquel lugar,

especialmente entre los que no pueden salir de ellos; pero si no señalase lugar, deben darse á los pobres de aquel, en que hizo el testamento, *l. 20. tit. 9.* lo que debe entenderse, segun Lopez, *glosa 7.* en el caso en que el testador tuviese allí su domicilio.

10. Puede dividir su herencia en cuantas partes quiera; pero la division comun es en 12 partes, que se llaman onzas, *§. 5. Inst. de her. inst.* porque este numero es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse en porciones iguales. (1) El total de las 12 onzas se llama *as*; su doble *dipondium*; su triple *tripondium*, *§. 5. et 6. eod.* lo que debe saberse para el caso en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombre otro heredero sin expresion de partes. Si nombra varios, sin expresion de partes en ninguno, todos las tendrán iguales; y si las expresare, cada cual sacaria la que le señaló. Y si en algunos señalase partes, y en otro no, tendrian aquellos las señaladas, y este lo que fulte hasta cumplir el *as*, y llenado ó excedido el *as*, lo que faltase hasta el *dipondio*, y con la misma regla hasta el *tripondio*, *§. 6. eod.* Si dijese pues, el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3. y Diego sea heredero; tendria este 5. que faltan para completar el *as*; y si señalaba 8 á Juan, y 7 á Pedro, Diego sacaria 9 que faltan para el *dipondio*; y por la misma razon tendria 12, si entre los otros dos tuviesen señaladas otras 12. como consta de las *ll. 17. 18. y 19. d. tit. 3.* que imitaron á las Romanas, fundadas en equidad.

11. Los Romanos tenian por axioma: que *nadie podia morir en parte testado, y en parte intestado*, *L. 7. de div. leg. jur.* y se vieron precisados á admitir el derecho de acrecer por el que siendo uno solo el heredero, é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese, *L. 1. §. 4. de her. inst.* Lo mismo disponia la *l. 14. tit. 3. P. 6.* hasta que la corrigió la *l. 1. tit. 4. lib. 5. R.* y por consiguiente, puede uno morir ahora en parte testado, y en parte intestado: vale la institucion de heredero hasta ó desde tiempo cierto, sin embargo de la *l. 15. d. tit. 3.* y ha cesado el derecho de acrecer en las herencias, á menos que sea por la voluntad del testador, que debe cumplirse religiosamente, segun *d. l. 1.* asi como por la misma razon ha tenido siempre lugar este derecho en los legados en que hay conjuncion real. Siendo pues la regla, la voluntad del testador, no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es instituido en cosa cierta ó parte cuota de

la herencia; ó cuando son muchos los instituidos con partes expresos para cada uno, que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó abintestato los demas bienes vacantes de que no dispuso el testador, Vela, *disp.* 47. Pero si el testador instituyese á muchos, juntandolos en toda la herencia ó en alguna parte de ella, cómo en el tercio ó en el quinto, habrá entre ellos derecho de acrecer, por juzgarse que es esta la voluntad del testador, puesto que los llama juntos á una cosa. Debemos por tanto tener presentes los siguientes principios: 1.º Que la voluntad del testador es la regla principal en el derecho de acrecer: 2.º Que este derecho solo tiene lugar entre personas instituidas juntamente en una cosa: 3.º Que para que el uno aproveche la parte del otro, es necesario que este fallezca antes que el testador, ó que no haya llegado á obtener su parte, porque no puede acrecer otra parte que la que está vacante: Los casos siguientes deben resolverse segun estas reglas: 1.º Un padre tiene dos hijos y los instituye por herederos, mandando que el que sobreviva herede al que primero fallezca; si esto deja descendientes, lo heredarán, y no el hermano; por que se entiende que la voluntad del padre fué: que heredasen los hijos de su hijo, y que el hermano de este le heredase en el caso de que falleciese sin sucesion; pero si instituye á dos estranos por herederos, mandando que el que sobreviva herede al que fallezca, no heredan entonces los hijos de este, sino los del otro instituido, á quienes se acrecerá la herencia, á menos que el testador lo mande expresamente, Febrero, *part.* I. *cap.* 1. §. 12. n. 219.—2.º Legando el testador una cosa á dos ó mas personas juntamente, como: *mando á Pedro y á Juan cien pesos*; deben partirla con igualdad: lo mismo han de hacer aunque se la mande separadamente, como: *mando á Pedro tal viña*, y despues diga en otra clausula: *que manda á Juan la misma viña*; pero si el uno muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento que le prive de llevarla, se acrecerá al otro, Febrero, n. 199. y véase á Gomez, *var.* tom. 1. *cap.* 10.

12. El testador puede instituir heredero no solo puramente, ó á dia cierto, sino tambien bajo de condicion, la que se expresa regularmente por la palabra *si*, y en: *Siadidura que suspende ó prolonga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse ó se promete*. Si sucede el acontecimiento, vale lo expresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente: si no sucede, nada vale; y mientras se espera está en pendencia, *l. 1. tit. 4. P. 4.—L. 26. de cond. inst. l. 8. de per. al com. rei vend.* Es muy frecuente su uso

en testamentos y contratos, y son varias sus especies, dividiéndose: 1.º En posibles é imposibles: 2.º En potestativas, casuales y mezcladas: 3.º En expresas y tacitas.—1.º Posibles son aquellas en que no hay impedimento alguno para que se cumplan; é imposibles las que lo tienen. De estas, unas son imposibles por naturaleza ó de hecho, otras por derecho, y otras dudosas. Imposibles por naturaleza son aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijese: *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare el Cielo con la mano*. De hecho, las que no puede hacer el hombre, como un monte de oro; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *ll. 1. y 3. tit. 4. P. 6.—L. 15. de cond. inst.* Se llaman imposibles estas condiciones, porque, según Papiniano, *d. l. 15. debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad y las buenas costumbres*, como si uno dijera: *te establezco por mi heredero, sino sacares á tu padre de cautiverio, ó no le dieres de comer*. Tanto estas como las imposibles por naturaleza, no causan embarazo alguno, pues se tienen por no puestas, y el heredero ó legatario toma lo que se le deja, como si se le hubiere dejado pura y simplemente, *d. l. 13.* Lo contrario sucede en los contratos, por que son nulos cuando se celebran bajo de condicion imposible. Así lo establecieron las leyes Romanas, *§. 10. Inst. de inut. stip.* y aunque no hemos hallado ley alguna nuestra que lo establezca expresamente, notamos aquí esta doctrina por sentarla, *Lopez, glosa 1. l. 17. tit. 11. P. 5. Gomez, tom. 1. var. cap. 11. n. 60.* y todos nuestros intérpretes, fundándose en una razon tan sólida, como la de entenderse que los que así contraen, hablan de burlas, sin intencion de obligarse; mientras que no puede creerse esto en un acto tan serio como el testamento, que se hace pensando en la muerte, y en cuyo favor se han constituido muchas cosas. Las condiciones dudosas son las que se embarazan por sí mismas, no pudiéndose entenderlas, y por eso anulan la institucion ó el contrato en que se ponen, como: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro*; porque de ningun modo puede ser, que cada uno de ellos comenzase antes del otro á ser heredero, lo que es necesario para que valga la condicion, *l. 5. tit. 4. P. 6.* Tambien se anula la institucion por la condicion imposible de hecho, como: *sea Pedro mi heredero, si diere á tal Iglesia un monte de oro, l. 4.* *Lopez, glosa 1.* dice: que el testador habla aquí de un monte de oro artificial; por que si hablase de un monte de oro natural, seria la condicion imposible por naturaleza, y así en esta ley, como en la 6.

lit. 4. P. 4. trata de las condiciones latamente, concluyendo nosotros con respecto à las imposibles que no son propiamente condiciones, como tampoco las que se contraen à tiempo pasado ó presente, porque no puede estar en duda la cosa en que se ponen: lo que es un requisito necesario en toda condicion, *l. 2. tit. 4. P. 6.*—2.º Las potestativas son las que estan en nuestro poder, como: *te lego cien pesos, si fueres a Lisau.* Las causales, las que penden de la casualidad, como: *te lego cien pesos, si te hiciessen Obispo.* Las mezcladas, las que penden en parte de nuestro poder, y en parte de otro ó de la casualidad, como: *te lego cien pesos, si te casares con Lucrecia,* la que no puede cumplirse sin que con tu voluntad concorra la de esta, *ll. 7. 8. y 9. tit. 4.*

13. 3.º Expresas son las que manifiestan claramente las palabras, como en los ejemplos anteriores, y tácitas las que se entienden expresadas. De estas, unas se entienden expresadas necesariamente, como cuando se prometen los frutos de tal año, se entiende necesariamente, *si nacieren, l. 20. tit. 11. P. 5.* Otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos,* que se entiende, cuando el testador instituyó à dos hijos, legitimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso, para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, n. 8. caso 1.º, aunque no expresó esta condicion, *L. 1. §. ult. de cond. et demonstr. Lo contrario será si los instituidos son extraños, l. 10. tit. 4. P. 6.* Y si el uno fuese hijo, y el otro extraño, juzga muy bien Lopez, *glosa 13* que se entendiera tambien esta condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. No encontramos en nuestras leyes la celeberrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entienda repetida en las sustitucion, que tanto ha hecho discurrir à los intérpretes de las Romanas; si sucediese, nos inclinariamos à la afirmativa, segun lo que hemos dicho latamente en nuestro *Digesto, lib. 55. tit. 1. n. 4.* La *l. 14. d. tit. 4* dispone que aquel a quien se deja algo, bajo condicion de que se case con persona determinada, nada gana, si esta muriese antes de casarse: como tampoco si él dejase de casarse por no quererlo, *L. 31. de condit. et demonstr.* à menos que esta persona determinada fuese su pariente, ó tal que no pudiese casarse con ella, segun derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiese ella, ganaria entonces el legado.

14. Cuando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla, para conseguirse lo que se deja, *l. 8.*

tít. 4. Y lo mismo en las potestativas, á menos que deje de cumplirse por aventura, y sin culpa de aquel á quien se impone, *l. 7. d. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6.* Pero si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como: *lego á Pedro cien pesos si no fuere á Lima*, se le habrán de entregar desde luego, bajo fianza de restituirlos, si fuere, *d. l. 7.—L. 7. l. 8.* Esta caución se llama *Muciana*, por que la inventó Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, segun Gomez, 2. var. cap. 11. n. 37. y todos los Intérpretes; pareciendonos que la razon es, porque el que contrahe, puede retractarse, mientras vive, y hacer posible su legado: lo que no puede el testador, que muere, y por consiguiente, si no fuese por la fianza, dejaría un legado enteramente inutil, un juego de palabras, indigno de que la legislacion se ocupase de él, puesto que la condicion no se cumple hasta la muerte del legatario, en cuyo unico caso, cesa su posibilidad de ser á *Lima*.

15. Si el testador nombra dos herederos, el uno puramente y el otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l. 12. tit. 4.* Y cuando instituye heredero bajo dos condiciones, deberán cumplirse ambas, si las pone conjuntivamente, como: *sea Pedro mi heredero si se casase, y fuere á Lima*; pero si se hace disyuntivamente, como: *ó fuere á Lima*, bastará se cumpla cualquiera de ellas, *l. 13. tit. 4.—§. 11. Inst. de her. inst.* La doctrina de las leyes Romanas, *l. 22. et passim. de cond. et demonstr.* de tenerse por no escrita la condicion de no casarse, cuando se impone á un célive, y especialmente á una muger, está recibida en la practica, como muy conforme á la moral; pero debe cumplirse cuando se impone á un viudo, segun Gomez, in *l. 4. Taur. n. 8. Covar. Gutier.* y otros. En nuestro *Digesto*, lib. 35. tit. 1. n. 11. y sig. manifestamos que tambien debe cumplirse, cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos de las leyes Romanas, *l. 68. l. 64. §. 1. de cond. et demonstr.* De que sea nula la condicion de no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adiciones ó expresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que tienen hijas solteras, y las mejoran, mientras se mantengan doncellas ó sin casarse, por que no respiran el fin de dicha condicion, de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorrer á las hijas mientras están destituidas del auxilio del marido; y no hacen la mejora condicional sino modal; y de ahí es que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion: lo

que es indispensable en las condiciones. A que se añade que las adiciones en caso de duda, antes deben considerarse modos que condiciones, *Castill. lib. 4. controu. cap. 55. Parlador. differ. 147. Barbos. de dict. usu frequent. diction. Doncc. 98. n. 4. En nuestro Digesto, lib. 35. tit. 1. n. 5. y sig. explicamos la util doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuos.*

16. La palabra *sustitucion* tiene en general dos significaciones: la una comprende la disposicion del testador, que habiendo instituido heredero, y temiendo que este no herede por cualquiera motivo, nombra otro en su defecto: la otra comprende la disposicion del testador, que quiere que sus bienes pasen de un sucesor á otro; de suerte que habiendo sucedido el primero, transmita los bienes al segundo, y este al tercero &c. Segun esto la *sustitucion* es: *institucion en segundo o ulterior grado*, y se divide en las siguientes especies: 1a. Vulgar. 2a. Pupilar. 3a. Ejemplar. 4a. Compendiosa. 5a. Breuiloqua ó reciproca. 6a. Fideicomisaria. La 5a. es mas bien un modo de la 1a. y 2a. y tambien es modo la 4a.—*l. 1. tit. 5. P. 6.*

17. La *vulgar*, llamada asi, por que puede hacerla cualquiera del pueblo, y á quien quiera, *l. 1.* se hace *manifestamente*, por palabras negativas, como: *Pedro sea mi heredero; si no fuere, sealo Juan.* En esta *sustitucion* están comprendidos los dos casos de *impotencia* y de *voluntad*, respecto á que puede Pedro dejar de ser heredero por muerte ó otro motivo, ó por que no quiera, *l. 2.—L. 3. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.* Tambien puede hacerse *tacitamente*, por palabras afirmativas, como si el testador nombrase dos ó mas herederos, y dijese, que *lo fuera el que quedare vivo*, en cuyo caso se entiende, que lo será el vivo por no haberlo sido el que murió: y asi aquel como los mas que sobrevivan tendrán la herencia por iguales partes, y por impotencia ó voluntad del uno. la tendrán los otros, como lo establece *d. l. 2.* manifestando por ello que en el caso de impotencia se comprende el de voluntad: lo que era muy cuestionable entre los Romanos. Si el testador nombrase tres ó mas herederos, señalando partes á cada uno, y los sustituyese vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la *sustitucion*, y uno de ellos dejase de heredar, tendrían los otros su porcion vacante, segun las partes señaladas en la *institucion*, y no por partes iguales, *l. 3. §. 2. rod.* por que la *sustitucion* debe juzgarse por las mismas reglas que la *institucion*. La *sustitucion vulgar* en que se *sustituyen* entre sí los mismos *sustituidos*, se llama *reciproca*, *L. 4. §. 1. de vulg. et pup. subst.* No tendrá lugar el *sustituto vulgar*, cuando el

instituido heredero toma la herencia, ó dice que la quiere, porque de cualquiera de estos dos modos se constituye heredero, l. 4.

18. La sustitucion pupilar es la que hace el padre al hijo legitimo impubero, que tiene en su poder, *ll. 1. y 5.—Princ. Inst. de pup. subst.* Por esta l. 5. podian los abuelos sustituir pupilarmente á sus nietos; pero se halla derogada en esta parte por la 8. *tit. 1. lib. 5. R. cit. en el lib. 1. tit. 3. n. 1.* Para que esta sustitucion sea valida se requieren las siguientes circunstancias: 1a. Que el pupilo sea descendiente legitimo del sustituyente: 2a. Que esté en su poder, á menos que sea postumo: 3a. Que sea menor de 14 años el varon y de 12 la muger; porque si es mayor, puede testar, aunque esté en la patria potestad: 4a. Que sea instituido ó legitimamente desheredado; bien que valdrá la sustitucion, aunque haya sido preterido ó desheredado sin causa: 5a. Que despues de la muerte del testador, no recaiga en la potestad de otro: 6a. Que éntre efectivamente en la herencia paterna, pues si muere antes que su padre, caduca la sustitucion y este se hace dueño de sus bienes, y no el sustituto.

19. La sustitucion popular es tambien expresa ó tácita: la expresa es en esta forma: *mi hijo sea heredero; y si lo fuere, y muriese en la edad pupilar, sealo Pedro.* La tácita está comprendida en la sustitucion vulgar expresa, que se hace al hijo, como: *sea mi hijo heredero, y si no lo fuere, sealo Pedro.* Por esta sustitucion se entiende, que ha de heredar Pedro, si el hijo heredase, y muriese en la edad pupilar, l. 5. Asi pues debe tenerse presente que la sustitucion pupilar tácita se comprende en la vulgar expresa, porque está concebida en terminos negativos, como: *si mi hijo pupilo no fuere heredero, sealo Pedro;* aunque realmente esta sustitucion es afirmativa, porque solo puede tener lugar cuando el pupilo hereda, y deja la herencia por haber muerto en la edad pupilar: lo contrario de lo que sucede en la sustitucion vulgar, en que es necesario, que el sustituido no herede, para que herede su sustituto. Mas por la misma l. 5. se exceptua el caso en que el testador tiene dos hijos, el uno mayor de 14 años, y el otro menor, y los instituye, diciendo: *que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar;* pues si el menor quisiere serlo, y ontrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sustitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco: la razon es, porque debe guardarse igualdad entre ellos, y respecto á no poder concurrir en el hermano mayor las dos sustituciones pupilar

y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor herede *abintestato*, como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredaría si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legitima sucesion, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Y por igual razon seria lo mismo si, en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño, aunque menor, *L. 2. C. de impub. et al. subst.*

20. Tambien puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que deshereda, en cuyo caso muerto este en la edad pupilar, heredaría el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *L. 6. §. 4. Inst. de pup. subst.* Y aunque esta ley exige que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, para que valga el testamento, segun la *L. 1. tit. 4. lib. 5. R. cit. n. 4. tit. 4.*

21. Es efecto de la sustitucion pupilar que el sustituto reciba todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *L. 7.—Præc. con. total exclusion (2) de la madre del pupilo, como expresamente, lo establece la L. 12. hablando de la pupilar comprendida en la compendiosa, y lo prueba Gomez, l. var. c. 4. n. 7. y añade al n. 8. sucede lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en textos de derecho Romano, que á nuestro dictamen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Inst. Romano-Hispanas, lib. 2. tit. 16. n. 17. y sig.* Solo se exceptua el sustituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogador, ó por consideracion á él. *L. 9.—L. 10. §. 6. de vulg. et pup. subst.**

22. Introducida la sustitucion pupilar, porque no teniendo el pupilo la razon bastante descubierta para testar, pareció conveniente que el padre en cuya potestad se hallaba, testase por él, se sigue, que se acaba esta sustitucion: 1.º Siempre que cesa de patria potestad de cualquiera manera que sea: 2.º Cuando el hijo sale de la edad pupilar, *L. 10. corrigida por la cit. 1. tit. 4. lib. 5. R.* en cuanto á que vale todo lo que se ordena en el testamento, y por consiguiente la sustitucion aunque el heredero no admita la herencia. Tambien se acaba: 3.º Por la supernacencia del hijo, de quien su padre no hizo mencion ninguna, en el testamento: 4.º Por otras causas que pueden verse en Febrero, *Parl. J. c. 1. §. 3.*

23. La sustitucion *ejemplar* es la que hacen los padres ó madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituto*

heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura que padece, establezco por su heredero á Juan, §. 1. Inst. de pup. subst. Se llama así, por haberse introducido á ejemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la misma razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogia se llama tambien *cuasi pupilar*, mediando entre esta y la pupilar las siguientes diferencias:—1a. Que solo el padre puede hacer la pupilar, y al hijo, que tenga en su potestad; mientras que puede hacer la ejemplar esté ó no el hijo en su potestad, del mismo modo que la madre, *L. 9. c. de impub. et al. subst.* porque no es ella un efecto de la patria potestad, sino del afecto que se tiene á los hijos.—2a. Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto (2) á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, y si no los tiene, á alguno de sus hermanos, *D. L. 9.*—3a. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar su juicio *l. 11.—§. 1. Inst. de pup. subst.* En caso que este vuelva á perder el juicio, se cuestiona si la sustitucion permanece ó no, y Lopez, *glosa 9. l. 11.* y Covar. *in cop. Raymuntius, §. 6. n. 11.* se inclinan á la sentencia media de que permanece, si el intervalo de la recuperacion del juicio es corto; y no, si es dilatado: lo que penderá del arbitrio del Juez. Y todos convienen en que puede darse sustituto ejemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. *d. §. 6. n. 1.*

24. La *compendiosa*, que es un modo, mas bien que una sustitucion distinta de las otras, es aquella: *que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos sus tiempos y edades, y todos los bienes*; de suerte que comprende la vulgar, la pupilar y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace y del que la recibe, como explica Gomez, *1. var. Cap. 7.—La l. 12. d. tit. 5.* pone la siguiente formula: *Hago mi heredero á Pedro, mi hijo, y cuando quier que él muera, sea su heredero Juan.* Si Pedro no fuese hijo, se diria: *Hago mi heredero á Pedro, y cuando &c.*

25. Tambien es un modo de sustituir la *brevilocua* ó reciproca, y se verifica, cuando el testador dispone que sean sus sustitutos entre sí los mismos á quienes instituye herederos, diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos y establezco por sustitutos al uno del otro.* Así lo explica la *l. 13.* añadiendo, que hecha de este modo, contiene cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Advierte Lopez, *glosa 3.* que el hablarse de hijos en esta formula, es por mero ejemplo, y no

porque no pueden los extraños ser sustituidos de este modo, en cuyo caso no podría comprenderse la popular.

26. Ultimamente la *fideicomisaria* es aquella en que el testador espera de algun modo, que el heredero, que nombra, restituya á otro la herencia, como: *Establezco á Pedro por mi heredero, y le ruego, quiero, mando, que restituya mi herencia á Juan.* El heredero establecido de este modo debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trevelionica*, l. 14. derogada, en cuanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar el Juez, por la l. 1. tit. 4. lib. 5. R. repetidas veces citada, y que manda, que el sustituto pueda haber la herencia, aunque la renuncie el heredero.

27. Respecto á que la herencia puede ser mas bien dañosa que útil, por las cargas á que queda obligado el que la admite, se estableció el derecho de deliberar, *prim. del tit. 6. P.* — §. 1. *Inst. de fideicom. her.* que es: *Facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechár la herencia.* Compete este derecho á todo heredero abintestato y testamentario, y puede pedir plazo para hacer uso de él el Rey ó el juez del lugar, donde está la mayor parte de la herencia, pero debe hacerlo antes de que se declare por heredero de palabra ó de hecho; y está facultado á pedir que se le manifiesten todos los escritos, pertenecientes á la herencia, para instruirse mejor de lo que le conviene, l. 1.—L. 5. *de adq. vel. om. her.* El Rey puede dar un año de plazo y el juez nueve meses, l. ult. t. 13. *C. de jur. delib.* cuyo termino puede coartar hasta cien dias, si entendiere que pueden bastar. Y si acusare antes de concluido este plazo, podrá deliberar su heredero en el que restare, l. 19. *C. eod.* Pero si fallece despues de concluido el plazo, sin haber admitido la herencia, y es extraño, no tendrá su heredero derecho alguno á esta herencia. Mas si desciende del testador, que le habia dejado heredero, y muere despues del plazo, puede sin embargo, su heredero haber la herencia, l. 2. Despues de admitida la herencia, no puede desampararla, l. 18.—§. 5. *Inst. de her. cual.* Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enagenar cosa alguna de la herencia, sin mandato del Juez, on virtud de justa causa, como la de pagar el entierro, ú otros gastos, cuya omision perjudicase á los bienes hereditarios, l. 3.—L. 5. l. 6. *de jur. delib.* Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia, despues de haber ocupado algunas cosas de ella, debe restituirlas á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuantos son los bienes que ocupó el heredero, y será creydo, estimando el Juez

segun su arbitrio la suma en que debe jurar, *l. 4.*

28. También hay otro derecho a favor del heredero, que es el inventario ó escritura que se hace de los bienes del finado. Este derecho es mas útil que el anterior, porque hecho el inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Debe començarse dentro de treinta dias desde que supiere que es heredero, y acabarse en tres meses; pero si no estuviesen todos los bienes en un lugar, se le puede dar el plazo de un año á mas de los tres meses. Se han de hacer el inventario en el lugar, del domicilio del difunto, y ante su Juez, aunque todos sus bienes no esten en un pueblo, sino en diversos, pues una vez empezado el juicio, debe á instancia del heredero, expedir requisitoria a las justicias, en cuyo territorio existan, a fin de que los inventarien y tasen; y hecho le remitan originales las diligencias obradas, para unir las a las principales en su juzgado; lo qual se entiende, aunque fallezca fuera de su domicilio, pues este accso no puede privar a su Juez de conocer de su testamentaria como competente, y no otro alguno, Febrero, *Part. 2. lib. 1 cap. 1 §. 1.* El inventario debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos a quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que estén presentes cuando se haga. Y si alguno de estos estuviere en otra parte, ó estándó en el lugar no quisiese ir, cuando lo llamen, entonces debe hacerse el inventario ante tres testigos, que conozcan a los herederos. Ha de ponerse al fin que todos los bienes están inventariados fiel y legalmente, y deben los herederos firmar esta diligencia: y si alguno no supiere, debe rogar a un escribano público, que lo haga por él ante dos testigos, *l. 5.* Juzga Lopez, *glosa 8. de esta ley*, que tambien debe citarse a los acredores, *l. ult. C. de jur. delib.* Si los legatarios no hubiesen estado presentes a la confeccion del inventario, y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que jure el heredero haber procedido fielmente, y los testigos estar bien hecho el inventario, *l. 6.*

29. Por Cédula de 20 de Enero de 1792 se manda: que cuando el padre nombra en su testamento contador y partidor extrajudicial, y las partes están conformes en que tenga efecto, no debe impedirse por la justicia, aunque halla menores ausentes, quedando salvo el acto de la aprobacion de la cuenta y adjudicaciones, que se practiquen por el comisionado, y el poder reparar entonces cualquiera agravio, que justamente se notase, por ser esto lo mas conforme a las leyes, y a las amplias facultades que por ellas se conceden a los testadores, y señaladamente a los padres, por efecto de la patria

potestad, tan recomendada siempre en el derecho; sin que a ello obsta, que el Contador haya remutado su oficio con la expresa condicion de intervenir en los inventarios y particiones de los milicianos igualmente que de los demas vecinos; por deberse entender esto en unos y otros, siempre que los testadores en uso de aquella facultad, no hubiesen nombrado contador y partidor extrajudicial, a reserva de aprobarse su operacion por la respectiva justicia, y repararse entonces cualquier agravio que se notare. En cuanto a los bienes y herencias de los que mueren *abintestato*, dice la *l. ult. tit. 4 lib. 5 R.* que se entreguen a los parientes que deban heredarios, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo a la calidad, caudal y circunstancias del difunto: y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela a ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido, se mezcle ninguna justicia eclesiastica ni secular en hacer inventario de los bienes. Y solo asistan cuando haya que recotar dinero ó inventariar bienes y alajas preciosas, para lo cual se considera que bastan dos dias: y en estos casos solo puedan llevar 30 reales por mañana y otros tantos por la tarde; y que en los demas inventarios, tasas y simonias no es necesaria asistencia del juez, pues basta la de los interesados: y siendo menores ó ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores por ellos.

30 Con respecto a las herencias de los militares, debe distinguirse las que dejan estos, de las que se dejan a ellos. Por reales órdenes de 19 de Junio de 1764, y 6 de noviembre de 1786 se manda: que la jurisdiccion militar debe conocer en los inventarios y pleitos de liquidacion, particion, adjudicacion ó nulidad de inventario de los bienes que dejen los militares testados ó intestados; y la ordinaria en los inventarios y pleitos que ocurriesen en las herencias que se dejen a militares por personas extrañas de esta jurisdiccion, ó les pertenecieren *ex-testamento* ó *abintestato*, aunque fueren de sus padres ó hermanos: todo lo cual es conforme a varios *art. del trat. S. tit. 11. de las Ordenanzas del Ejército*, que en el 14 atribuyen a la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de los inventarios y herencias por muerte de cualquiera criado militar, asecida fuera de campaña.

31 Y en cuanto a los eclesiásticos, por cédulas de 13 de junio de 1775, y 15 de noviembre de 1781 se manda que los jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamento ó inventarios, secuestro y administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiásticos y algunos de los herederos.

ros ó legatarios sean comunidades, ó personas eclesiásticas u obras pías.

32. Hasta que no se cumpla el tiempo para hacer el inventario, nada pueden pedir el heredero aquellos á quienes se deja algo en el testamento, y nada pierden ellos de su derecho durante este tiempo. Tampoco debe el heredero pagar las mandas del testador, hasta que haya pagado sus deudas, *l. 7. d. tit. 6. P. 6.* que trata tambien de la *falcidia*. Los gastos que hubiese hecho el heredero por el entierro ó por otra justa razon, no debe traerlos en el inventario; y si acciesse alguna contienda sobre ellos, deberá probarlos por testigos ó por su juramento; y si toviere algun derecho contra el difunto, le quedará salvo, *l. 8. á diferencia del heredero*, que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se confunden con los del difunto, por la admision de la herencia, *l. 10.* bien que ahora por la *l. 19 tit. 6. lib. 5. R.* que manda, que los gastos del entierro se saquen del quinto y no del cuerpo, solo dejarán de notarse estos gastos en el inventario, cuando el testador no dejase á nadie el quinto; porque si lo hubiese dejado, deberian notarse como cargo, que habria este de tomar sobre si en la division de la herencia. Si se probare que el heredero hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes, deberá pagar el doble de ellos á los que deban recibir algo del testador. Y el juez debe sentenciar cuando mas dentro de un año los pleitos que ocurran sobre inventario, *l. 9.* Y si el heredero hubiese admitido la herencia, sin inventario, quedan obligados tanto sus bienes como los del testador á pagar cumplidamente las deudas y mandas de este, sin que pueda tomar para sí la *falcidia*, *l. 10.*

33. El heredero por testamento ó abintestato puede admitir la herencia por escrito ó de palabra ó solo de hecho, usando los bienes de cualquiera modo, §. 6. *Inst. de her. qual.* Pero si usase de ellos por piedad, para que no se pierdan ó menguaban, como si cuidase de los siervos enfermos ó diese de comer á los animales, no por eso se le tendrá por heredero, bien que convendrá que manifieste ante algunos, que no lo hace con intencion de ser heredero, *l. 11.* Los Romanos llamaron el primer modo *adicion*, y el segundo, *gestion por heredero*, *L. 5. §. 7. de adq. her.* El heredero por testamento ó abintestato, que duda de la muerte del testador, ó de si pudo hacer testamento, y el instituido bajo condicion, que se halla pendiente, no pueden entrar en la herencia, ni renunciarla, aunque quieran, *l. 14.—d. §. 6.* debiendo ser siempre la admision de cualquiera herencia pura y llanamente, segun la *l. 15.* que añade: que el heredero no pue-

de ganar la herencia por procurador, excepto el Rey ó Consejo; pero que despues de haber otorgado que quiere ser heredero, bien puede tomar la posesion de la herencia por personero. Siendo dos extraños establecidos en uno por herederos, y renunciando el uno (sin sustituto), el otro no puede entrar en su parte, sin que entre en la de aquel, pues debe tener toda la herencia, ó dejar su parte *l. 18.* mas siendo descendientes del testador, aunque la hya dimitido, puede recuperarla dentro de tres años siguientes, con tal que los bienes no estén enagenados, pues si lo están, no podrá a menos que sea menor, *l. 20.* Ultimamente, la herencia se desecha por los mismos dos modos que se admite: de hecho, ó por escrito ó de palabra. *l. 18.—§. 6. eod.*

84. Si alguno estableciese por heredero al hijo que está en poder de su padre, con intencion que gane la herencia para su padre, no podría ganarla para sí, sino para su padre, con su otorgamiento, y sera peculio profecticio. Pero si la madre ó cualquiera otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él, y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia, y tenerla sin consentimiento del padre, y no estando el hijo en el Lugar, puede entrar en ella el padre, y sera peculio adventicio del que tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufructo. Si el heredero fuere loco, mentecato, ó menor de 7 años, debera entrar en la herencia a su nombre el padre ó el que lo tenga en su poder. Y si fuere menor de 14 años, podrá entrar en ella; pero con otorgamiento de su padre ó de aquel que lo tuviese en guarda *l. 13.* Si muriese alguno intestado, dejando a su mujer en cinta, ó creyendo que lo esta, debe esperarse el parto; y entretanto nadie puede entrar en la herencia, *l. 16* y *la 17.* explica las diligencias que han de practicarse para la custodia y seguridad del parto, y evitar todo engaño.

85. Despues de la institucion de heredero, de los beneficios que este tiene para entrar en la herencia con seguridad, y de los modos de admitirla, debemos tratar de la desheredacion, que es: *excluir de la herencia á aquel, que tenía derecho á ella, l. 1. tit. 7. P. 6.* Los ascendientes pueden desheredar a sus hijos y mas descendientes, si dieren justa causa, y fueren de edad de 10 años y medio a lo menos, y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto a sus ascendientes, *l. 2.* Debo hacerse la desheredacion, nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal, de modo que pueda saberse ciertamente quien es, y sea hombre ó mujer, y esté ó no en poder de quien deshereda. Y aunque el padre habla mal del hijo, vale la desheredacion, como si teniendo

un solo hijo, dijera: *Desheredo á mi hijo ladrón,* que no merece llamarse mi hijo, *L. 3. de liber. et posth.* Debe ser la desheredacion sin condicion, *L. 3. §. 1. de inoffic. testam.* y de toda la herencia, y no de una cosa solamente, y si no fuese asi, no valdria. *l. 9.—L. 19. de liber. et posth.*

36. Si el padre alegare varias causas justas, basta que el heredero, escrito en el testamento, pruebe una, para que produzca efecto la desheredacion del hijo, *l. 8. d. tit. 7. Las ll. 4. 5. 6. y 7.* refieren 14 causas que puede tener el padre para desheredar á su hijo, y añade la 8, que por ninguna otra le puede desheredar, *Nov. 115. Cap. 3.* Pero hay otras dos causas mas recientes; notadas de pasó en el *lib. 1. tit. 4. n. 10.* y son: el contraer matrimonio clandestino, y casarse los hijos sin el consentimiento de los padres, *Præmatica de 1776* en aquella edad en que es necesario, segun el *décreto de 1805.*

37. Respecto á que se permite á los padres varias cosas mas que á los hijos, solo son 3 las causas, para que estos deshereden á aquellos, referidas en la *l. 11. tit. 7.—Nov. 115. cap. 3.* y si los padres ó los hijos no expresan en la desheredacion alguna de aquellas causas, son nulos sus testamentos, *ll. 10. y 11.* En cuanto á la desheredacion de los hermanos, establece la *l. 12.* que puede desheredar un hermano á otro con razon ó sin ella, con tal que no instituya heredero á hombre de mala vida ó infame: en cuyo caso podrá el hermano quebrantar su testamento, sino es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas, que expresa la misma *l. 12.* y la probase el heredero escrito, *Nov. 115. cap. 4. §. 1. et seqq.*

38. Si el testador tiene ó descendientes ó ascendientes; y no los instituye herederos, ni los deshereda, sino que los omite, sin mencionarlos, é instituye heredero á otro, será nulo el testamento, en cuanto á su herencia, *ll. 10. tit. 7. y 1. tit. 8. P. 6.* Pero si los preteriera, sin nombrar heredero alguno, juzgamos seria valido, despues de la *ley Recopilada,* que no exige institucion de heredero, para que valga el testamento. Asi lo sientan, entre muchos, *Matién. en d. l. 1. glosa 10. n. 49. Ayllon, ad Gom. 1. var. cap. 11. n. 2. y Pichar. in §. igitur quarta de inof. test. n. 24.* y la razon es, porque en el ultimo caso se entiende instituido el hijo, con la obligacion de pagar las mandas, en cuanto no menguen su legitima, sin que en esto reciba agravio, como en el primero, en que nombra el padre un extraño en su lugar.

39. El testamento valido se rompe: 1.º Cuando al testador le nace un hijo, á quien habia preterido. Este hijo se llama *postumo,* aunque en rigor solo es tal el que nace despues de muerto el padre, *l. 20. tit. 1. P. 6.—L. 3. §. de injur.*

rap. et h. fac. test.—2.º Por otro testamento perfecto que otorgare después el testador, l. 21.—§. 2.º *Inst. quib. mod. test. inf.* porque su voluntad es libre, y no hay hombre que haga testamento tan firme, que no pueda mudar lo cuando quisiere, l. 25.—L. 22 de *legat.* 3.—3.º Cuando el testador quebranta á sabiendas el sello del escribano, raya las firmas ó las rompe; pero si esto fuese por casualidad, no perdería su valor, l. 24.—L. 3. de *his que in test. del.*

40. Pero aun cuando el segundo testamento sea perfecto, no se rompe el anterior: 1.º En el caso de d. l. 21. en que el testador nombra otro heredero en el segundo, porque creyó había muerto el que nombró en el primero, y resulta que estaba vivo; pero valdrán las mandas de ambos testamentos, L. ult. de *her. inst.* 2.º Cuando el padre no hace mención en el segundo testamento del primero, en que instituyó á sus hijos, l. 22.—Nov. 107. cap. 2.—3.º Cuando el primero contiene cláusula derogatoria; porque entonces para romperse por el segundo, es necesario que se reboque expresamente en éste; mas como esto pende de la voluntad del testador, dicen Covarrub. de *testam. part.* 2. rub. § n. 57. y Lopez, *glosa* 2. d. l. 22. que derogará el segundo al primero, siempre que se conjeture, que así lo quiso el testador. 4.º El caso 8.º de d. l. 22. está derogado por las ll. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. R. sobre los testigos testamentales.

41. También puede rescindirse el testamento á instancia del desheredado, que le acusa de inoficioso, esto es, hecho contra la piedad ó merced que debía guardarle el testador en el testamento; lo que llamaron los Romanos, *querela inofficiosa testamenti*. Tiene lugar esta querrela, cuando pretende el desheredado que es falsa la causa de la desheredación, y se rescindirá el testamento, si el heredero instituido no probase que es cierta, pues á él toca esta prueba, ll. 8.10 y 12. tit. 7.—Nov. 115. cap. 1.—La l. 1. tit. 8. dice: que si el hijo del testador fuese desheredado á tuerto y sin razón, puede querellarse para quebrantar el testamento, y el juez debe emplazar al heredero establecido, y si hallare que fué desheredado á tuerto, ó que no fué hecha mención de él, debe juzgar que no vale el testamento. Pero si el testador, cuando estableciese el heredero, no hiciese mención de aquel que tenía derecho de heredar, heredándolo ni desheredándolo, tal testamento no vale ni es nuda, y por eso no se puede quebrantar, y debe ser entregada la herencia al hijo ó nieto de quien no fué hecha mención: lo que se entiende también de los ascendientes que fuesen desheredados á tuerto y sin razón, ó de quienes no se hizo ninguna mención en el testamento de los descendientes. Y aunque dijimos en el n. 37.

que son nulos los testamentos, en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin expresar causa alguna, fundados en las *ll. 10. y 11. tit. 7. segun la l. 1. que hemos transcripto*, parece que deben rescindir, para que no valgan: de cuyo modo queda todavía en pié la cuestion, tan renida entre los Romanos, de si eran nulos ó necesitaban rescindir, y nos inclinamos á lo ultimo.

42 Si el desheredado callase dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querrela de inoficioso testamento, *L. 8. ult. seq. de inof. test.* salvo si fuese menor de 25 años, que puede hacerlo en su menor edad y 4. años despues. *l. 4. tit. 8.* Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo, para si ó para otro, algun legado, que se deje en él, ó defendiendo el testamento, como Abogado ó Procurador de otro, ó lo consintiese de cualquiera otro modo, no podrá querrellarse contra él, *l. 6.—L. 23. §. 1. eod.* Si el padre instituye heredero al hijo en menor cuantia que en su legitima, es valido el testamento, y el hijo tiene derecho de completar su legitima; porque no esta preterido, ni desheredado, *l. 5.—Nov. 115. cap. 1.* Quebrantado el testamento, va la herencia á los herederos abintestato; pero se conservan los legados, *l. 7.—D. Nov. cap. unde, aut. ex causa de lib. prater.* y las mejoras de tercio y quinto, *l. 8. tit. 6. lib. 5. R.*

43 Cualquiera que impide á otro testar, pierde cualquiera derecho que tenga en los bienes de aquel á quien impidió; y lo que pierde es para la camara del Rey. *l. 26. tit. 1.* Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan, ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño; probado esto, tendria obligacion de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *l. 28. d. tit. 1. La 27. del mismo tit.* refiere los modos reprobados de impedir.

NOTAS.

(1) *Por el sistema decimal puede hacerse esta operacion con toda la perfeccion de que es susceptible. Es de desearse que penetrados de las ventajas de este sistema, indicado por la naturaleza en los diez dedos de nuestras manos, nos sirviésemos de él en todos los pesos, medidas, monedas &c. como ya se practica en otras partes.*

(2) *Por la l. 1. tit. 8 lib. 5. R. los ascendientes legitimos suceden por testamento y abintestato á sus descendientes, y estos á ellos, en todos sus bienes, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legitimos, ó que hayan derecho de heredarles. Los autores que archie-*

yen á la madre, incluyen al sustituto pupilar en estas últimas palabras: ó que hayan derecho de heredarles: los que estan á favor de la madre, dicen: que ordenando esta ley, que los ascendientes legítimos sucedan por testamento á sus descendientes, como los descendientes á ellos: y siendo tambien sucesion por testamento la pupilar, ordenada por el padre en el testamento, que hace por el pupilo; está obligado por la misma ley á instituir á la madre como heredera forzosa del pupilo. Contrayendose Domat á este caso, dice: que el privar á la madre de la herencia del hijo es una dureza de la jurisprudencia Romana, que hiere el espíritu de la jurisprudencia Francesa; pues que por favorecer la libertad de los testamentos, da tal extension al caso de esta sustitucion, que hace ceder los primeros sentimientos del derecho natural á una pura sutileza; porque es conforme á este derecho que la madre, que sobrevive á su hijo, tenga parte de sus bienes, y es inhumano despojarla de ellos, para hacerlos pasar á un extraño, sin otra razon que la de no ser el hijo el que hace esta injusticia á su madre, sino su padre; como si el poder de hacer el testamento de un hijo, incluyese el derecho de hacerlo tal como lo haria un enemigo de la madre de este mismo hijo; y como si testando el padre por su hijo, pudiese hacer por el una disposicion, que en su persona habria sido inhumana, si hubiese podido testar. Se puede en verdad hacer justicia sin semejantes reglas. Sin embargo, estas mismas sutilezas se tenian por tan buenas razones en el espíritu de esta jurisprudencia Romana, que se llamaban interpretaciones benignas, de las que hay un ejemplo en otro caso, y contra una madre: tal es aquel en que se trata tambien de una sustitucion pupilar hecha, por un padre en codicilo. El sustituto pedia los bienes contra la madre, que sostenia, que la sustitucion era nula, y lo era en efecto, porque el padre no podia hacerla por codicilo; pero la benigna interpretacion fué contra la madre, y esta disposicion, que no podia valer como una sustitucion en un codicilo, fué confirmada como un fidecomiso, por una sutileza &c. Las leyes civiles en su orden natural, lib. 5. tit. 2. al princ. El derecho Romano ha hecho trascendentales sus sutilezas al derecho de otras naciones; mas el Código de Napoleon ha sacado de este caos á los Franceses, aboliendo enteramente las sustituciones, art. 896, y decidiendo, que la disposicion, por la que es llamado un tercero á un legado ó herencia, en defecto de otro, no sea considerada como sustitucion, y se tenga por valida, art. 898.

(8) Si en la sustitucion pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y nombra desde luego un

extraño, tenemos que este excluye a los hermanos del pupilo, que le heredarían forzosamente, si muriese en la edad pupilar, y no hubiese tal sustitución: este ejemplo, y mucho mas el de la exclusion de la madre por el mismo extraño, contrarian la doctrina de la sustituciones forzosas y de suidad, por la que no siendo libre el padre á nombrar por heredero al que quiera, tampoco puede nombrar por sustituto sino al inmediato sucesor. V. las Instit. de Castilla de Asso y de Manuel. lib. 2, tit. 5. cap. 1.

TITULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDECOMISOS, FALCIDIA Y CO- DICILOS.

Tit. 6. Lib. 5. Recop.—Tit. 9. P. 6.

1. De las legitimas de los hijos y de los padres; y como pueden disponer unos y otros de sus bienes.—2. Que mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.—3. Como puede hacerse la mejora; cuando es revocable ó no; y de la promesa de mejorar ó no.—4. De que bienes se sacan las mejoras y los legados.—5. Señalamiento de bienes en que ha de hacerse la mejora.—6. 7. Como debe imputarse las donaciones de los padres á sus hijos: y la diferencia entre varones y mugeres.—8. 9. Tres ejemplos sobre el modo de dividir la herencia paterna entre los hijos.—10. 11. 12. Cosas que no se llevan á colacion, ni se imputan en mejoras.—13. Qué es legado, quienes pueden legar y á quienes.—14. 15. Del legado de cosas ajenas ó empeñadas, de escritura y de cosas que no existen.—16. del legado de cosas que estan fuera del comercio humano, y de las incorporales.—17. Del legado general.—18. Del error del testador en el nombre de la persona ó de la cosa.—19. 20. Del legado con causa ó con modo cuando pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y es le deben sus frutos, y cuando se lega á dos

una misma cosa.—21. Cuando se extinguen los legados.—
 22. Cuando se lega dos veces una cosa.—23. Donde se
 puede pedir la cosa legada.—24. 25. De la ley Falcidia.—
 26. 27. De los Fideicomisos.—28. De lo que se puede hacer
 por Codicilo.

1. Todos los bienes de los padres son legitima de los hijos, excepto la quinta parte, de que pueden disponer como les paresca, y no mas, *l. 12. tit. 6. lib. 5. R.* Y son legitima de los padres todos los bienes de su hijo, que no tiene descendientes, excepto el tercio, del que puede disponer libremente, y no mas, *l. 1. tit. 8. lib. 5. R.* tambien puede el padre, [entiendase siempre lo mismo de la madre] dejar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, y aun á sus nietos, aunque á estos les sobreviva su padre, *l. 2. Molina de Hispan. primog. lib. 2. cap. 11. n. 5. y Covarrub. lib. 1. var. cap. 19. n. 4.* anaden, que en el caso de tener un padre un solo hijo, y de él uno ó muchos nietos, podra dar el tercio al nieto, que le pareciere, cuya opinion seguimos contra Gomez en *d. l. 2.* porque el tercio no es legitima de ningun descendiente en particular, sino de todos.

2. Si el padre mejora en tercio y quinto, se saca primero el quinto, *l. 214. del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse introducido esto á favor del alma del testador, segun Gomez, *l. 17. de Toro*. Pero exceptua bien Angulo, *de meliorat.* en la *l. 9. glosa 2. n. 45.* el caso en que el testador hubiese hecho antes irrevocablemente la mejora del tercio; porque entonces la del quinto habria de sacarse del patrimonio, que le restaba al testador, despues de extraida la del tercio. Tambien se sacará con antelacion la mejora del tercio, siempre que el testador lo quiera; porque estando instituido en su favor, que se saque el quinto antes que el tercio, por ser mayor de este modo, puede renunciar este beneficio, Cifuentes en la *l. 25. de Toro*.

3. Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, pueden revocarlas hasta que mueran; porque hasta entonces pueden variar su testamento. Tambien pueden revocar las que hacen por contrato entre vivos, excepto si hubiesen entregado la posesion de las cosas de la mejora al mejorado ó su procurador; ó á lo menos la escritura de la mejora; delante de escribano; ó que la mejora sea por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse, cuando el padre se haya reservado derecho para ello, ó cuando sobreviniere alguna de las causas, que revocan las donaciones per-

fectas, según detecho, *l. 1. d. tit. 6. l. 5. R.* Y en cuanto á promesas de mejorar ó no, establece la *l. 6.* que el padre está obligado á cumplir la promesa que hizo, por escritura pública, á alguno de sus descendientes, de que á ninguno mejoraría, y que si mejorase á alguno, no valdría: que también debe cumplir la promesa á alguno de sus descendientes, de que le mejoraría por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha despues que muera. Se exceptua de esto ultimo la promesa del padre á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4. Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l. 7.* y de aqui es que no se sacan las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones, que los hijos trajeron á colacion y particion, según la *l. 9.* porque estas salieron ya del patrimonio del padre, cuando se otorgaron. Y en la misma razon se funda la *l. 5. d. tit. 6.* cuando dispone, que los mejorados sufran á prorata el pago de las deudas del difunto, por la bien sabida regla, de no decirse bienes, sino lo que sobra despues de pagadas las deudas, *L. 39. §. 1. de verb. sign.* Pero los legados y gastos del entierro se han de satisfacer de solo el quinto, *l. 13. tit. 6.* porque no son deuda, que disminuia los bienes del testador, sino una carga, que impone el mismo. Ni puede dejar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravamen á la legitima de sus hijos, *l. 11. tit. 4. P. 6.—L. 32. C. de inof. testam.* y siendolo todos sus bienes, á excepcion del quinto, es preciso se saquen de él estos gastos. Debe advertirse aqui la especial doctrina de la *l. 11. d. tit. 6.* que permite á los padres gravar la legitima de sus hijos en el orden siguiente: 1.º A favor de sus descendientes legitimos. 2.º De los ilegítimos, que tengan derecho de suceder. 3.º De los ascendientes. 4.º De los parientes. 5.º De los extraños. Mas esta imposicion de gravamen perpetuo ha cesado, por cédula de 1789. cit. en el *tit. sig. n. 2.*

5. Está permitido á los padres señalar las mejoras, que hicieren, en cosa cierta ó en la parte de su herencia, que quisieren; pero no el cometer á otra persona esta facultad, *l. 3. d. tit. 6.* que no admite, á nuestro dictamen, la restriccion de Acev. en *d. l. 3. n. 32.* y Angulo de *mejorat. l. 3. glosa 4. n. 1.* de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo que tiene lugar la especial; porque debieron haber observado, que dicha *l. 3.* tuvo los mismos autores, y fué establecida en el mismo tiempo y ciudad de Toro, que la *5. tit. 4. d. lib. 5. R.* y de consiguiente,

que si la intencion de sus autores hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrian expresado, asi como lo hicieron en la citada l. 5. hablando de la facultad de mejorar, desheredar y otras. Pero juzgamos, que esta prohibicion no llega à impedir al padre, que faculte al mismo hijo mejorado, para que escoja los bienes de su mejora, y asi vemos practicarse (1) Mas cuando hubiere señalamiento de bienes, deberá pagarse la mejora con ellos; y si nó lo hay, con parte de la herencia del difunto, sin que sea permitido à los demas descendientes de éste pagarlas en dinero efectivo, a menos que la cosa no pueda dividirse comodamente l. 4. d. tit. 6. Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renuncie la herencia, pagando à prorata las deudas del difunto, l. 5. y tambien quedan validas, aun cuando se anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como dijimos, tit. ant. n. 42.

6. Si el padre hiziere donacion simple à alguno de sus hijos, se entiende que lo mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare à la legitima, l. 10. d. tit. 6. Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legitima, despues se aplica al tercio, y ultimamente al quinto. Y cualquiera donacion que exceda estos cotos de legitima y mejoras de tercio y quinto, es inoficiosa en cuanto al exceso, y debe restituirse à los demas interesados; porque ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, l. 3. tit. 8. lib. 5. R. Pude verse à Acev. en d. l. 10. n. 26. y à Covarrub in cap Raynaldus §. 2. n. 16. et seqq. que concilian de esta manera las cit. II. 26. y 29. de Toro, que à algunos han parecido contrarias. Y es muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento à su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tacita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiera, lo haya perdido ó pierda, l. 1. tit. 2. lib. 5. R.

7. No prohibe esta ley à los padres que mejoren à sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto à la dote en fraude de ella, como lo prueba Acev. quien examina en los nn. 6. y siguien. la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa, que el padre dotante hace à su hija y al marido de esta, que no mejorará à ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la afirmative, que defiende, y refiere estar Gutierrez por la contraria. Nosotros nos inclinamos à la de este ultimo, por la poderosa

razon de que siendo el espíritu de *d. l. 1.* coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia mas bien con estrechéz, que con amplitud. La ventaja, que tienen los varones sobre las mugeres de que las donaciones *propter nuptias* pueden aprovecharles para mejoras, cuando á las mugeres no pueden servir sus dotes á este fin, se compensa muy bien por estas, cuando las dotes que se les dan ó prometen, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre, conforme á la estimacion que tenian en el tiempo de su concesion ó promesa, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas. En las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l. 3. tit. 8. lib. 5. R.*

8. Pongamos tres ejemplos, que abrazan casi toda la doctrina anterior. 1.º Un padre deja tres hijos, Pedro, Juan y Diego, y mejora á Pedro en el tercio y á Juan en el quinto. Tenia 1,700 pesos: debia 200: legó 100, y se gastaron 50 en su entierro. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baja quedaran 1,500, de los cuales tocan á Juan 300 por su quinto y de los restantes 1,200 pertenecen á Pedro 400 por el tercio y los 800 sobrantes se dividirán en partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon del quinto, del que solo le quedarán 150. Si en este ejemplo tuviere el testador un nieto, podrá dejarle las mejoras, y habria de pagar con la del quinto, los legados y gastos del entierro.—2.º El mismo padre tuvo, á mas de lo referido, una hija á quien dotó en 400 pesos. El quinto y tercio serán los mismos, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se unirán pues estos 400 pesos á los 800, que quedaron despues de extrahido el quinto y tercio, y resultará un cumulo de 1,200, que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocaran á cada uno 300. Y como la hija tenia ya recibidos 400, hábrá de restituir 100, por ser la dote, en este exceso inoficiosa; sino es que eligiese el tiempo en que se le dió ó prometió la dote, en el cual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podía bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 pesos dotales, y los restantes 800 se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9. 3.º El mismo padre, no habiendo dejado mas hijos, que los tres del primer ejemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1,000 pesos, y otra de 300 á Juan, por causa. Pedro se entenderá mejorado en los 1,000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legitima. Y como las mejoras solo dicen respecto al patrimonio del difunto á tiempo de su muerte, que, segun hemos visto, solo importa-

ba 1,500, serán el tercio y quinto los mismos que en los dos ejemplos anteriores; y se ejecutará la division en el modo siguiente: de los 1,500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1,300, importe de las dos donaciones, y resultará el cumulo de 2,100, que divididos en tres partes da una legitima de 700 pesos á cada uno de los tres hijos. Segun esto, de los 1,500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que con los 1,000, que tenia por su donacion, forman su total haber de 1,400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legitima. A Juan se darán 400, que unidos á los 300 de su donacion, le forman la legitima de 700, que le corresponde. Y á Diego se darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legitima.

10. Es constante que los hijos no deben llevar á colacion los bienes, que hubieran recibido de sus padres en razon de mejoras, porque la colacion está instituida para la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias* ú otra causa, que los hijos han recibido de sus padres; y no pertenecen á mejoras, es preciso se colacionen, para que aumentado con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron, se quisieren apartar de la herencia, lo podrán hacer; salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demas herederos el exceso en que fueren, *d. l. 3. tit. 8. lib. 5. R.* Asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l. 3. tit. 15. P. 6.* pero no el castrense, ni cuasicastrense, ni el adventicio; porque estos le quedan libres para sí, sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, *l. 5. d. tit. 15.*

11. Tampoco está obligado el hijo á llevar á colacion, lo que hubiese gastado el padre en sus estudios y libros relativos á ellos, y armarle caballero, *l. 3. tit. 4. P. 5.* Los interpretes quieren que se impute estos gastos por mejora; pero no es esto conforme á las palabras de *d. l. 5. no gelos pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, y á mas vemos, que la misma ley compara estos gastos al peculio castrense ó cuasicastrense, exento de toda imputacion. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en cuanto á los libros, en el caso de que existan en sí, ó en equivalente, en poder del mismo hijo, porque aumentan su patrimonio; y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion siempre; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, de los que no hay imputacion.

12. Y por la misma razon de que no aumentan el patrimonio los grados de las universidades ó cualesquiera otras dignidades, que no tienen salario, ni otros frutos civiles, y antes son una especie de carga de honor; somos tambien de dictamen, que lo gastado por el padre en estos grades ú officios, no debe imputarlo al hijo, ni aun en cuenta de mejora, y debe pagarse de la herencia comun, como lo pensó Papiniano, *L. 1. §. 16. de collat.* Por lo que, si un hijo así condecorado, fuese mejorado en tercio y quinto, sacaría sus mejoras integras, sin que las disminuyese en parte alguna lo gastado en su grado: y así lo dispusimos en una division que arreglamos.

13. En el nombre general de *mandas* se comprenden los legados y los fidecomisos, igualados en sus efectos por Justiniano, *§. 3. Inst. de legat.* Sin embargo, la manda que deja el testador con palabras directas, se llama *legado*, y se define: *una manera de donacion, que deja el testador en testamento ó en codicilo á alguno.* Puede hacerlo todo el que puede testar, y puede dejarse á todo el que puede ser instituido heredero, bastandole á este la capacidad de adquirirlo á tiempo en que muriere el testador, *l. 1. tit. 9. P. 6.* y para que valga el legado debe constar ciertamente de la persona del legatario, *l. 9.—L. 9. §. 8. de her. inst.* como se dijo del heredero al n. 9. del *tit. ant.*

14. Puede el testador legar sus cosas, las de su heredero y las de otro cualquiera. Mas para que el legado de estas valga, es menester sepa el testador que no son suyas, á menos que las legue á persona que tuviere alleganza con él, como su mujer ó algun pariente, en cuyo caso valdria, aunque lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si se dudase que el testador sabia ó nó que eran suyas, toca al legatario probar que lo sabia. Y cuando este legado vale, debe el heredero comprar la cosa legada, para darla al legatario: y no queriendo venderla su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dará su estimacion, á juicio de dos peritos, al mismo legatario, *l. 10. tit. 9.—§. 4. Inst. de legat.* Debe el legatario probar la ciencia, porque es el actor á quien toca la prueba, *l. 1. tit. 14. P. 3.—D. §. 4.* y porque el heredero tiene á su favor la presuncion, *D. §. 4.* Si el testador legare una cosa empeñada, por tanto ó mas de lo que valia, debe redimirla el heredero, y darla franca al legatario, sea que el testador supiese que estaba empeñada, sea que lo ignorase. Pero si estaba empeñada por menos de lo que valia, solo en el caso que supiere el testador, que estaba empeñada, tendrá esta obligacion; porque si lo ignoraba, deberá redimirla el mismo legatario, *l. 11.—§. 5. eod.* Si tenien-

T

do el testador alguna cosa empeñada, por dinero, que hubiese dado sobre ella, la legase al que la empeñó, vale el legado, en cuanto á que se debe entregar la cosa al legatario; pero queda este con la obligacion de pagar á los herederos del difunto el dinero, que sobre ella habia recibido, *l. 16. de suerte que solo se entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el testador tenia alguna carta ó escritura probatoria de lo que se debía, y la legase al deudor, se entiende que le condona la deuda, l. 47.— L. 3. §. 1. de liber. leg.*

15. Tambien se puede legar las cosas que están por venir, como los frutos, que han de nacer de tal campo, *l. 12.— §. 7. Inst. de legat.* Si dijere el testador, que legaba cien pesos, que tenia en arca, debe darlos el heredero al legatario; pero si encontrase menos, cumplirá dando lo que haya: y si encuentra mas, solo debe darle los cien pesos, *l. 18. la que con esta decision da mucha prueba de que en caso de duda, siempre está la presuncion á favor del heredero.*

16. No se puede legar las cosas que están fuera del comercio de los hombres absolutamente, por todo respecto, como las sagradas: y á esta clase pertenecen de algun modo las cosas, que señaladamente son de los Reyes, como los palacios &c. Tampoco las que son del pro-comunal de alguna ciudad ó villa, como las plazas y los ejidos. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio solo por cierto respecto, como los marmoles, pilares ó maderas, que están puestas como parte integrante de los edificios; de suerte que ni su estimacion se deberá dar al heredero, *l. 13.— §. 4. Inst. de legat. l. 41. §. 1. cum duab. seqq. de legat.* 1. habiendose prohibido este ultimo legado, para conservar la hermosura de la ciudad, *l. 16. tit. 2. P. 3.* Si la cosa legada mudase de condicion, sin culpa del heredero, como si siendo profana, cuando se legó, quedase consagrada á tiempo de la muerte del testador, de ningun modo valdrá el legado, *d. l. 13.— §. 2. Inst. de inst. stipul.* Tambien se puede legar las cosas incorporales, como: derechos, deudas y servidumbres. Si se pidiere y cobrare la deuda legada, se entiendo revocado el legado, *§. 21. Inst. de legat.* Pero si el deudor la paga de su grado, sin habersele pedido, debe el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion, que hubiese cobrado el testador; porque se entiende, que este la guardó con este fin, *l. 15.*

17. Cuando el testador lega una cosa en general, como un caballo &c. es del legatario el derecho de escogerlo, si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor; mas, si no tenia, podrá el heredero comprar uno, regular ó

comunmente bueno, para darlo al legatario, l. 28. debiendo tener lugar esta doctrina en las cosas naturales, mas no en las obras de los hombres, en que hay otra regla; porque si el testador lega una casa sin señalarla, debe el heredero dar una de las del testador, cualquiera que sea; si solo tuviese una, aquella misma (2) y si no tuviese ninguna, no vale el legado, *L. 13. l. 71. de legat. 1.* Si faculta el testador al legatario para que escoja de dos cosas la una, no podrá arrepentirse despues de haberla escogido, *L. 5. de legat. 1.* y si el facultado fuese un tercero, y no escogiese dentro de un año, por no poder ó no querer, pasa esta facultad al legatario, *l. 25.—L. ult. §. 1. C. commun. de legat.*

18. Para que valga el legado, basta que el testador señale la persona del legatario, y la cosa legada, si el legado no es general, de modo que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarce el haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular, por su voluntad, como si dijese Pedro al que se llama Juan, ó cam-po Tusculano al que se llama Ticiano, siempre que conste de la persona y cosa por otras señales seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres, en todas las tierras, sin imposicion particular, como: pan, paño, laton, oro &c. no valdria el legado, aunque quisiese probar el legatario, que el testador quiso legarle oro en lugar de laton, *l. 28.—§. 29. Inst. de legat. l. 4. de legat. 1.*

19. A veces añade el testador en los legados algunas expresiones, que forman condicion, causa ó modo. De las condiciones hemos tratado en el *tit. ant.* Causa es: motivo que expresa el testador haber tenido para legar, como: *lego á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios;* y en este caso, aunque la causa sea falsa, el legado es valido, *ll. 20. y 21.—§. 31. Inst. de legat.* Modo es: expresion del fin para que se hace el legado, como: *lego á Juan 50 pesos, para que me haga un sepulcro;* y entonces debe entregarse el legado á Juan, dando fiador de que cumplirá lo que le mandó el difunto; y gana su dominio luego que lo cumpliere, ó hiciese cuanto estuvo de su parte por cumplirlo, *l. 21.* Y en todo legado de cosa cierta, que se deja sin condicion, pasa el dominio de la cosa al legatario, luego que muere el testador; de modo que, aunque el legatario falleciese antes de que el heredero entrase en la herencia, ó antes de que el mismo entrase en la posesion de su legado, este será siempre de su heredero. Pero en los legados condicionales, si muriere el legatario antes de cumplida la condicion, no vale el legado, y queda su dominio en el heredero, *l. 34.—L. un. §§. 1. 5.*

et 7. C. de cad. tol. l. 5. *quam dies leg. v. fulcic. cedat.* Si se legase el usufructo de alguna cosa, se deberá al legatario desde que el heredero entrara en la herencia, y no antes, l. 35.—§. 19. *Inst. de legat.*

20. Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento, por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, l. 37.—d. l. un. §. 6. Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el día en que el heredero entró en la herencia, d. l. 37. en cuya *glossa* 4. juzga Lopez ser muy probable, que despues de la l. 1. tit. 4. lib. 5. R. se le deben desde la muerte del testador. Si esta lega á dos una cosa, la partirán igualmente, sea que los haya nombrado juntos, ó á cada uno por separado: y la parte que deja de tomar el uno, por muerte ó renuncia, acrece al otro, l. 33.—§. 8. *Inst. de legat.* El legatario es libre á admitir ó no la cosa legada; pero no puede admitir una parte de ella, y desechar la otra, aunque sea un cuerpo, que contiene en si muchas cosas, como una manada, que contiene muchas cabezas, L. 6. de legat. 2. mas de sus herederos, puede uno admitir la suya, y desechar otro la que le toca. Si el legado consta de muchas cosas, puede el legatario tomar la que quiera, y dejar las otras, á menos que le dejen una cosa con carga, y otra sin ella, en cuyo caso no podria tomar esta, y dejar aquella, l. 36.

21. Veamos ahora como pierda el legado su valor:—
1.º Por la revocacion del testador, sea que borre la escritura en que estaba escrito; sea que la haga en codicilo, conservando el testamento en que lo dejó, l. 39.—L. 16. de adim. vel transf. leg.—2.º Si lo legado se perdió ó murió sin culpa del heredero, l. 41.—3.º Si de la cosa legada hiciese el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse á su primer estado, como de lana, paños; de madera una casa, nave &c. l. 42.—L. 85. de legat. 3.—4.º Si lega el testador un carro ó carreta, se debe dar al legatario con la bestia, que lo traia; pero si esta muere, se extingue el legado, á menos que el testador la remplace, d. l. 42. por que se considera la bestia como principal; y es bien sabida la regla, de que sin lo principal no tiene lugar lo accesorio, L. 129. §. 1. de div. reg. jur.—5.º Si diere el testador la cosa que tenia legada, se entiende que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará extinto; pero se presume lo contrario, si la vendió ó empeñó, y deberá el heredero dar al legatario el precio en que fué vendida ó empeñada; bien que tanto en el caso de donacion, como en el de venta ó empeño, podrá probar contra la presuncion el

que se interese en ello, *l.* 17 y 40—§. 12. *Inst. de legat. l.* 8. *l.* 24. §. 9. *de adim. v. transf. leg.*—3.º Se extingue finalmente el legado, si despues de hecho el testamento adquiriese el legatario el dominio de la cosa, por titulo lucrativo, pero no por titulo oneroso; porque entonces puede pedir al heredero la estimacion de ella, *l.* 34.—§. 6. *Inst. de legat.* Titulo lucrativo es el que nada cuesta, como: donacion, legado; y oneroso, el que cuesta algo, como: compra, permuta. Se extingue en el primer caso por el axioma: *de no poder concurrir dos causas lucrativas en una persona, acerca de una misma cosa, l.* 17. *de oblig. et act.* En conformidad de esto, si dos testadores legasen à Pedro una misma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad, en terminos que no se podria quitarsela, segun derecho, nada podia pedir por ella en virtud del otro testamento; pero si primero lograrse por uno de ellos la estimacion de la cosa, bien podria pedir despues la misma cosa en virtud del otro, *l.* 44.—d. §. 6. *Inst.*

22. Si á uno mismo legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña, no está el heredero obligado á darla mas de una vez. Lo mismo seria si le legara muchas veces cierta cantidad de dinero, ú otra cosa de las que se puede contar, pesar ó medir, à menos que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces lo expresó, *l.* 34. §. 3. *de legat. 1.* Pero si habiendole legado en el testamento cierta cuantía, se la legara otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, à menos que probare haber sido la voluntad del testador, que solo le diera una vez *l.* 45. de suerte que en el primero de estos dos casos está la presuncion à favor del heredero; y del legatario en el segundo.

23. Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en el lugar donde existiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se hallare la cosa legada: y si el heredero mudase enganosamente la cosa de un lugar á otro, para perjudicar al legatario, debe llevarla à su costa al lugar donde estaba, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en general, como: *lego á Pedro un caballo*, sin expresar cual, ó se legare cierta cantidad de cosa, que se puede contar, medir ó pesar, podrá pedir Pedro el legado en el lugar de la morada del heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquier otro, en que el heredero empezare á pagar los legados: y si el testador señaló lugar y tiempo, se ha de cumplir este señalamiento, *l.* 45.

24. Es muy famosa en el derecho romano la *ley Falcidia*, que mengua los legados, para asegurar la adición de la herencia, sin la cual no podia subsistir testamento alguno, *Pr. Inst. de leg. Falcid.* Tambien se trata de ella en el *tít. 11. P. 6.* pero como por la *l. 1. tit. 4. lib. 5. R.* tantas veces citada, no es necesaria en el dia la adición de la herencia, para que valga el testamento; opinan Gomez, *lib. 1. var. cap. 12. n. 11.* y otros, que esta *ley Falcidia* ya no tiene lugar entre nosotros. Sin embargo, nos parece mucho mas probable la opinion contraria de Pichard, *in Inst. pr. de lege Falcidia, n. 83.* Matienzo, *in d. l. 1. glos. 19. nm. 18. et 19.* Molina, *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 17. nm. 10. et 11.* Castillo, *de Usufr. cap. 60.* y otros muchos. Admitida esta opinion, decimos: que por esta ley debe quedar al heredero la cuarta parte de la herencia, que se llama, *cuarta falcidia.* Si el testador pues, distribuyera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará esto á cada legatario la cuarta parte de lo que se le deja, para formar su falcidia; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion de lo que le falte para completarla. Si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador, á quien se debe su legitima, segun hemos explicado, tratando de las mejoras de tercio y quinto, deberá sacar esta, pero no la falcidia ademas, como lo prueba Lopez, *glosa 3. l. 1. d. tit. 11.* la que añade, que tambien se saca la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte, *L. 2. C. de don. mort. caus.*

25. Antes de que el heredero saque su cuarta, se debe bajar y pagar las deudas del difunto, los gastos de su muerte, y los del testamento ú otros escritos pertenecientes, á sus bienes, *§. 2. Inst. de leg. Falc.* asi lo dispone la *l. 2. d. tit. 11.* pero en quanto á gastos de entierro, tengase presente lo dicho en el *tít. ant. n. 32.* que solo rebajan la herencia, cuando a nadie se deja el quinto, porque si se deja, se sacan de este, *l. 13. tit. 6. lib. 5. R.* Para sacar la falcidia, debe considerarse el valor de los bienes del difunto, segun el tiempo de su muerte; de modo que el aumento ó disminucion que tengan despues de esta, es en beneficio ó perjuicio del heredero, y no del legatario, á quien queda siempre la misma porcion, *l. 3. d. tit. 11.—2. cod.* No están sujetos á la deducion de la falcidia los legados siguientes: 1.º Los que se dejan á Iglesias, pobres, lugar religioso, ú otra obra de piedad.—2.º Los que se dejan en testamento militar, *l. 4. Aut. simil. C. de leg. Falc. l. 12. C. de test. mill.—3.º Los de cosa cierta, cuya venta ó enagenacion prohiba el testador al legatario, l. 6.—*

Nov. 119. cap. 11. Si paga el heredero algunos legados sin deducir su cuarta, porque creyó que alcanzaba la herencia sin esta deducción, deberá pagar los otros del mismo modo; a menos que después que empezó à pagar así, se descubra alguna gran deuda del difunto; porque entonces la podría sacar de aquellos legados, que no hubiese pagado todavía, *d. l. 6.* Pierde la falcidia el heredero, que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados, para que no valiesen; y el que hubiese hurtado alguna de las cosas legadas, ó la negase maliciosamente, si fuere vencido en juicio, por cualquiera de estas causas. Tampoco se saca la falcidia cuando lo prohíbe el testador, *d. l. 6.*—*Nov. 1. cap. 2.* y cuando el heredero no hubiese hecho inventario, *l. 7.*—*L. ult. C. de jur. delib.*

26. Tratemos ahora brevemente de los fidecomisos, que se dividen en universales y singulares. De los primeros hablan las *ll. 14. tit. 5. y 8. tit. 11. P. 6.* y de los segundos la *3. y otras del tit. 9. d. P. 6.* Fidecomiso en general es: *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto, que se diese á alguno.* Universal ó hereditario es aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro. Cuando esto suceda, tiene el heredero derecho de retener la cuarta parte de la herencia, que se llama *trevelianica*, y es muy semejante à la falcidia. Debe contar el heredero en esta parte las cosas que le mandó el testador, y que percibió. Si los frutos que tomó de la herencia, mientras la tuvo, montaren tanto quanto la cuarta, nada puede tomar de la herencia, y debe entregarla íntegra. Si importasen menos, los tendrá á cuenta de la cuarta, y completará esta, tomando de la herencia lo que falte. Si valieren mas que la cuarta, se quedará con todos ellos, siempre que entregue la herencia en el día, que hubiese señalado el testador. Pero si el testador no señaló día cierto, y aquel á quien debía entregarse la herencia, fué negligente en pedirla, sabiéndolo; tendrá el heredero los frutos, sin contarlos en su cuarta. Y si el heredero fué rebelde, difiriendo maliciosamente la entrega de la herencia, debe dar los frutos con esta, aunque valgan mas que la cuarta. Toda esta doctrina es de la *l. 8.* que añade: no debe entenderse en el caso de ser hijo del testador, el que debe restituir la herencia; porque este retendrá todos los frutos, que hubiese percibido de la herencia, sin hacer por ello descuento alguno de la legitima, que se le debe. Nos parece que deberá decirse lo mismo, si el heredero fuese ascendiente del testador, puesto que concurre la misma razon de ser su heredero forzoso; pero convenimos con Lopez, *glosa 9. d. l. 8.* en que el hijo no podrá sacar á un tiempo la lo

gítima y la cuarta trebelianica, según dijimos de la falcidia. n. 24.

27. La diferencia de la misma l. 8. sobre que solo el heredero, que admite la herencia por su voluntad, puede sacar la cuarta y tomar frutos, y no el que es apremiado, no tiene lugar en el día, en que cesa la presión de apremiar, y puede admitir la herencia el sustituto, aunque su principal la deseche, l. 1. tit. 4. lib. 5. R. Advertimos finalmente, en cuanto á fidecomisos universales, que el heredero, que restituye, debe pagar las deudas del difunto á proporcion de su cuarta, d. l. 8. Fidecomiso singular es aquel en que el testador ruega al heredero, ó á aquel á quien lega algo, dé á otro una ó mas cosas singulares: en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella quinta, que montare lo que se le legó, §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. vel.* Y notese, que se puede gravar con fidecomisos no solo en testamento, sino en codicilo, y tanto á los herederos abintestato, como á los testamentarios. l. 3. tit. 9. P. 6.—§. 10. *Inst. de fideic. her.*

28. Concluamos este Tit. añadiendo á lo que hemos dicho en el 4. n. 10. sobre codicilo: que puede hacerlo el que no tiene prohibición de testar, ya sea antes ó despues del testamento: que no se puede dar ni quitar directamente la herencia por codicilo, l. 3. C. de testam. pero que si puede darse y quitarse indirectamente, como: si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato diese la herencia á Pedro: que sucederia lo mismo, si habiendolo otorgado, mandase ó rogase esto mismo al heredero que instituyó, en cuyo caso debe sacar este la cuarta trebelianica, ll. 2. tit. 12. y ult. tit. 11. P. 6. Finalmente, no se rompe el codicilo por otro posterior, á menos de constar, que quien lo hizo, quiso que no valiera el primero, l. 3. C. de codic. ni por haber nacido despues un hijo al que lo otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, l. 3. d. tit. 12. como hemos visto.

NOTAS.

(1) Funda el autor esta opinion en las dos razones siguientes: 1a. Dicha l. 3. cuando prohibe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: á otra persona alguna, sin hacer la menor mención del hijo mejorado, en quien podía haber mayor dificultad; y por ello no es creíble quisiese incluirlo en la prohibición general; puesto que en la obligación general no se comprenden las cosas, que por

no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mención especial, l. 5. tit. 13. P. 5.—L. 6. de pignor. lo que con algunos símiles prueba Barbosa, en el axioma 106.—Semejante raciocinio, indigno aun del tiempo de Sala y de una obra como esta, cuyo principal objeto debe ser enseñar á discurrir sobre las leyes, da lugar á este otro: la ley prohíbe en general que se mate á un hombre, sin hacer mención ninguna del hijo, en quien hay mayor dificultad de que mate á su padre: luego los hijos están facultados por esta ley, para matar á sus padres. Por otra parte ¿como es posible decir, que no es verosímil, que la ley pensase en el hijo y su mejora, cuando se contras expresamente á uno y otro?—2a. Porque la facultad de señalar bienes, en que consiste la mejora, se versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. El autor debió tener presente, que tambien se versa esta facultad en perjuicio de los hijos no mejorados. Palacios, en la Inst. de Cast. de Test. cap. 2. sienta, que no se puede cometer esta facultad, por ser personalísima. Febrero, part. 1. cap. 1. §. 4. dice: que la prohibición de cometer la consignación, y hacerla, se entiende cuando la comisión fue general para testar: lo que no sucederá, si fue especial para mejorar á cierto descendiente, en cantidad determinada, y consignarlo, segun dicen los A.A. y sin embargo de esto añade: que la ley de Toro habla indistinta y absolutamente.

(2) En el texto de la ley hay un error de imprenta en usar de plural por singular. Lopez traduce esta ley, como sigue: domo autem in genere legata, vel edificio: si unam habet testator, illa debetur, si plures habet, quam haeres elegerit, si vero nullam habet, non valet legatum.

TÍTULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tít. 7. Lib. 5. R.

1. Los mayorazgos se semejan á los fidecomisos familiares, y su definicion.—2. No se pueden fundar sin licencia del Rey, como antes.—3. Origen de los mayorazgos.—4. 5. 6. 7. 8. Division de los mayorazgos en varias especies, y sus definiciones.—9. Regla 1a. Todos los mayorazgos deben gobernarse, en caso de duda, al tenor del regular, como el de la sucesion á la corona.—10. Reg. 2a. Los mayorazgos son indivisibles.—11. Reg. 3a. La sucesion es perpetua, y ahora se puede enagenar los bienes.—12. Reg. 4a. Se debe tener presente cuatro cosas: linea, grado, sexo y mayor edad.—13. Reg. 5a. Concluida una linea, se pasa á otra, con exclusion de los legitimos.—14. Reg. 6a. El hijo legitimado por subsecuente matrimonio, se entiende llamado desde su legitimacion. Y lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del principe, y en el arrogado.—15. Otras lineas que han inventado los intérpretes.—16. Reg. 7a. La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del ultimo poseedor.—17. Reg. 8a. No se sucede al ultimo poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.—18. Reg. 9a. Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes al inmediato sucesor por ministerio de la ley, sin ser necesaria voluntad en este.—19. Reg. 10a. Todas las mejoras de cosas de mayorazgo ceden al mayorazgo.—20. Reg. 11a. Modos de probarse el mayorazgo.—21. Reg. 12a. Todas las leyes ceden á la voluntad del testador.—22. 23. 24. y 25. Del mayorazgo incompatible y sus especies.

1. Es muy célebre en España el asunto de mayorazgos, por los muchos que hay, y las graves cuestiones, que se suscitan sobre ellos, aunque ahora está coartada la libertad de fundarlos. Los romanos no los conocieron; pero tuvieron fidecomisos familiares, que se les semejan bastante, y por eso cuando nuestros autores no pueden apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las de los fidecomisos romanos (1). En lo que desde luego hacen bien, porque las leyes romanas inspiran mas confianza, por su sabiduria, que el modo de pensar de los autores particulares; de suerte que Lopez no tuvo reparo en decir, en la glosa 10. l. 10.

tit. 5. P. 6. que no era la intencion de las leyes de Partida corregir las romanas, cuando no lo expresan, sino que antes bien deben suplirse, entenderse y limitarse por estas. Molina en su famoso tratado de primog. Hispan. lib. 1. cap. 1. n. 22. define el mayorazgo: *derecho de suceder en los bienes que se dejan con la obligacion de perpetuarse integros en la familia, de modo que pasen á cada primogénito por razon de sucesion.* Y añade, que no debe abandonarse esta definicion, porque haya mayorazgos, en que no sucede el primogenito, sino el segundogenito, y otros, que no son perpetuos, sino temporales; porque estos no son mayorazgos, ó lo son impropiamente. Por otra parte, las definiciones en el derecho todas son peligrosas, L. 202. de div. reg. jur. (2) pues no pudiendo formarse con la exactitud, que las de la filosofía, basta que expliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

2. No era necesaria la licencia del Rey para fundar mayorazgos, como lo prueba Mol. d. cap. 1. n. 25. mas por cédula de 14 de mayo de 1789 se manda: que en adelante nadie pueda fundar mayorazgos en ninguna clase de bienes, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto: y que tampoco se pueda prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raices ó estables, por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del Rey, la cual se ha de conceder á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el fundador puede, por su situacion, aspirar á esta distincion, para emplearse en las carreras militar ó política con utilidad del Estado, y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices: lo que se deberá moderar, disponiendo, que las dotaciones perpetuas se situen principalmente sobre efectos de redito fijo, como: censos, juros, efectos de villa, acciones de banco, ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su perdida ó deterioracion; y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad publica. Y se declaran nulas las vinculaciones, que se hicieron en contrario, con derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas, y suceder libremente. En 3 de julio de 1795 se declaran validas las vinculaciones anteriores á 1789, aunque los fundadores murieren despues. Y en 24 de agosto de 1795 se manda, que estas vinculaciones anteriores á 1789 se sujeten al pago de quince por ciento, para aumentar el fondo de amortizacion de vales reales; del mismo modo que las que se hagan conforme á la citada cédula de 14 de mayo de 1789.

3. El derecho de primogenitura es tan antiguo, que lo mencionan los cap. 25 y 27 del Genesis; pero los mayorazgos

de España se diferencian mucho de él, y prueba Crites, en 1646, que la mayor antigüedad de los mayorazgos particulares no pasaba de 300 años. El origen pues, y la pauta de estos mayorazgos debe buscarse, según el común sentir, en la antigua sucesión á la corona, fijada por la sig. l. 2. tit. 15. P. 2. *Los nobres é entendidos tuvieron por derecho que el señorío del Reyno no lo oviese sino el fijo mayor despues de la muerte de su padre, e por excusar muchos males, pusieron que el señorío del Reyno heredasen siempre aquellos, que viniesen por línea derecha. E por ende establecieron, que si el fijo mayor muriese antes que heredase, si dejase fijo o fija, que oviese de su muger legitima, que aquel ó aquella lo oviese, e non otro ninguno; pero si todos estos falleriesen, debe heredar el Rey, el mas propinco pariente, seyendo ome para ella, non habiendlo fecho cosa porque lo debiese perder.*

4. Los mayorazgos latamente considerados se dividen en regulares é irregulares. Regulares son aquellos: en que se sucede según el orden prescrito para la sucesión á la corona. Regulares, aquellos: en que se desvia mas ó menos de este orden de sucesión. De estos refiere Roxas de Almansa de incompat. disp. 1. quest. 1. n. 9. nueve especies principales: 1a. De agnación verdadera: 2a. De agnación fingida: 3a. De línea masculina nuda: 4a. De línea femenina: 5a. De elección: 6a. Alternativo: 7a. Por salto: 8a. De segundogenitura: 9a. Incompatible.

5. El de agnación verdadera es aquel: *á cuya sucesión son admitidos únicamente los varones descendientes del fundador de varon en varon, sin que medie muger alguna.* La ley de las XII tablas hizo tal distinción entre la agnación y cognación, que llamaba á la legitima sucesión y tutela á los agnados, y excluía totalmente á los cognados, aun en el caso de no haber agnados; de suerte que ni á los hijos admitía á la sucesión de sus madres. *V. lib. 1. tit. 7. n. 14.* Este rigor se fué mitigando, hasta que Justiniano abolió toda diferencia entre agnados y cognados, y los llamó indistintamente á la sucesión, *Nov. 118. cap. 4. et 5.* y aunque nuestras leyes han adoptado esta abolición, hay entre nosotros muchos mayorazgos de rigurosa agnación, en que las mugeres y sus descendientes se excluyen del todo, sin otro objeto, por parte del fundador, que el de la conservación de su nombre. De agnación fingida es aquel: *á cuya sucesión llama el fundador en primer lugar á un cognado suyo, ó algun extraño, ó tal vez á una muger, mandando que sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes de varon su varon.* Se llama así, porque el fundador finge esta ag-

nacion á falta de la propia, regularmente con el mismo vano objeto de conservar un nombre, que tal vez carecia de mérito. Roxas, d. *quasi*. l. 5. 4. n. 103. recuerda la legitimacion por oblation á la Curia, y la adopcion, y añade que á veces, empieza este mayorazgo irregular, cuando ha concluido la linea de agnados verdaderos, como en el ejemplo de la l. 5. tit. 7. lib. 5 R. que varió de este modo la sucesion de la Monarquía.

6 6. De linea masculina pura es: *aquel á cuya sucesion se admiten solo los varones, vengan de varon o de muger.* De linea femenina: *aquel en que solo suceden las mugeres, ó por lo menos son preferidas á los varones.* Roxas, d. 5. 4. n. 150. refiere tres especies; y todas se desvian del objeto del mayorazgo regular, que es conservar los bienes en una familia.

7 Electivo es: *aquel cuyo poseedor está facultado por el fundador para elegir á cualquiera de sus propios parientes, que sea tambien pariente del fundador; de suerte que aunque la facultad sea indefinida, no puede el poseedor elegir á un extraño, si hay parientes del fundador, segun Roxas, y entre otros muchos, Aguila, que refiere haberse decidido así en un mayorazgo.* Alternativo: *aquel á cuya sucesion llama el fundador á uno de una linea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra, alternandose así siempre.* Por salto es: *aquel en que no se atiende á la primogenitura, sino solo á la mayor edad entre los parientes del fundador, de modo que muerto el poseedor, sucede el mas viejo de sus parientes, sin consideracion á las lineas.* De segundogenitura: *aquel á cuya sucesion son siempre llamados los segundogenitos.* Finalmente, incompatible es: *aquel que no puede estar con otro en una misma persona: hay varias especies, y su irregularidad solo consiste en su incompatibilidad, porque en lo demas son regulares.*

8. Estas son las principales especies de mayorazgos irregulares: hay otras muchas, segun la voluntad de los fundadores, que pueden imponer las condiciones que á bien tengan, con tal que sean posibles y honestas; pero como el conocimiento de la especie á que pertenezcan estos mayorazgos forma un tratado dilatado y difícil: nos remitimos á Roxas de Almansa, Molina, Torre y otros, y nos contraemos á las reglas principales de los mayorazgos regulares, tocando de paso los irregulares.

1 Regla 1a. El Reyno de España es un verdadero mayorazgo, cabeza de los demas mayorazgos, al que han de conformarse en el modo de suceder, de suerte, que en caso de duda, el mayorazgo es regular, l. 19. tit. 7. lib. 5. R.

debiendo decidirse según las leyes de la sucesion del reyno, Mol. *lib. 1. de primog. cap. 2.* y otros. Pero se advierte, que por estas leyes se entiende la 2. *tit. 15. P. 2.* y no la 5. *tit. 7. lib. 5. R. cit.* en el n. 5. porque esta se limita á la sucesion de la monarquia, y no sirve de ejemplo á los mayorazgos regulares.

10 Regla 2a. Los mayorazgos son indivisibles por su naturaleza, porque así lo es el del royno, y porque esta es el medio de conservarlos. Esta regla se entiende tambien en cuanto al ejercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo, Mol. *d. l. 1. cap. 11.* Solo un caso muy raro exceptua el mismo *lib. 3. cap. 1.* de que naciesen dos varones ó en su falta, dos mugeres en un parto, y no se pudiese saber quien nació primero: entonces el mayorazgo y demas derechos de primogenitura, se habrian de dividir entre los dos, *l. 12. tit. 33. P. 7.*

11. Reg. 3a. La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos los de la familia del fundador. Por lo que, si este hubiese llamado solamente á su hijo primogenito y sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos; no deberá creerse era su voluntad, que faltando la descendencia del primogenito, quedasen sus bienes libres, y no pasasen á sus demas descendientes; de suerte que de sola la palabra mayorazgo, se infieren todas las sucesiones necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador, por las mismas razones de la regla anterior, Mol. *d. l. 1. cap. 4.* Gomez, *l. 40. de Toro, n. 64.* y otros. De aquí es que los bienes amayorazgados eran inagenables, y que solo el Rey podia enagenarlos por utilidad publica ó del mismo mayorazgo, con conocimiento de causa, citacion del inmediato sucesor, y á falta de bienes libres, Molina, *l. 4. cap. 3. y 7.* Mas por cédula de 24. de setiembre de 1798 se concede á los poseedores de mayorazgos y bienes vinculados, facultad para enagenarlos, imponiendo precisamente su producto en la real caja de amortizacion al redito anual de tres por ciento. Por otra de 11 de enero de 1799 se concede á los poseedores, que así, y bajo de esta calidad los enagenasen, la octava parte de la cantidad, que entrare en tesoreria; para que dispongan libremente de esta parte, que se les da por via de premio. Y por otra de 10 de junio de 1805, que es la *l. 20. tit. 18. lib. 10. de la novis. Rec.* se habilita á todos los poseedores de mayorazgos, vinculos ó patronatos de legos y de cualesquiera otras fundaciones, con cualquier titulo, que se denominen, para que sin embargo de cualesquiera clausulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones, por mas especiales que sean, puedan comprar las fincas que les acomode

de sus mismos mayorazgos en los terminos de los cinco art. sigui. 1.º Que este permiso es sin perjuicio del premio de la octava parte que les concede las *ll. 17. y 19. d. tit.* dispensandose la subasta y toda otra formalidad, despues de justipreciadas las fincas, mas que la de aprobarse la venta por el juez de la provincia en que se hallen situadas. 2.º Que los aprecioes sean con autoridad judicial, por los peritos que nombren el vinculista y sucesor, con citacion del administrador de la caja de Consolidacion; pero sin admitir al sucesor otras contradicciones, ó instancia que las respectivas à los aprecioes. 3.º Que en caso de ser menor el sucesor, ó larga ausencia de este, se cite al procurador síndico del pueblo, donde está la finca, y se haga nombramiento de perito, con un curador judicial, que se elija con citacion de dicho administrador, y tercero en caso de discordia, siempre por el juez que autorice las diligencias. 4.º Que el redito al tres por ciento del capital en que se ejecuten estas enagenaciones, nunca baje del importe del producto liquido de las mismas fincas, regulado por el ultimo quinquenio, y deducidos los gastos del cultivo, conservacion, derechos reales, administracion y demas de que está esento el redito de la imposicion subrogada. 5.º Y que se divida ó espere el pago de los bienes asi vencidos, por el termino de cinco años à plazos iguales, satisfaciendo la caja de Consolidacion, en la que ha de entrar el importe de aquellas, los reditos correspondientes; asi como el comprador y sus sucesores abonarán el interes respectivo à la cantidad del capital que no haya satisfecho.—Los bienes de mayorazgo no se prescriben por la prescripcion de 10 ó 20 años, ni por la de 30 ó 40, segun Gomez, *d. l. 40.* quien conviene con todos, en que tiene lugar en ellos la inmemorial, y Lopez, *glosa 3. l. 10. tit. 26. P. 4.* da por razon, que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio, *L. 9. §. 4. de aq. quot. et usuf.*

12. Reg. 4a. Debe tenerse presente en los mayorazgos cuatro cosas, que recomienda mucho Mol. *lib. 3. cap. 4.*—1a. La linea, porque los de la del ultimo poseedor prefieren à los de las otras lineas. 2a. El grado, porque el mas proximo pariente del poseedor excluye al mas remoto. 3a. El sexó, porque siempre el varon excluye à la muger, aun siendo de la misma linea y grado; pero si la muger fuese de mejor linea y grado, prefiere al varon, especialmente despues de la *l. 13. tit. 7. lib. 5. R. de 5 de abril de 1615,* que ordena, que en los mayorazgos, que se funden, no se entiendan excluidas las mugeres, à menos que el fundador las excluya literalmente, sino que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas por fuertes, que sean. Y la 4a. La mayor

edad en los que son iguales en línea, grado y sexo. Y adviértase que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea recta, sino en la transversal; y de ahí es, que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto antes de fundarse el mayorazgo, a menos que el fundador previniese lo contrario literalmente, sin que basten presunciones por fuertes, que sean, en las nuevas fundaciones, segun la *l. ult. d. tit. 7.* del mismo 5 de abril.

13. Reg. 5a. Acabada la línea del primogenito, se pasa á la del segundogenito, y así en las demas, Mol. *lib. 3. cap. 6.* prefiriendo los que estan en la línea recta del fundador; mas para esta preferencia es necesario sean legitimos, aunque el fundador llame simplemente á sus descendientes, sin añadir legitimos; porque cuando se trata del honor de la familia, como en los mayorazgos, no se entienden los ilegítimos bajo la apelacion de hijos, Lopez, *glosa 10. d. l. 2. tit. 15. P. 2. Mol. d. lib. 3. cap. 3.* Y tambien se entienden por hijos legitimos los nacidos de legitimo matrimonio putativo, esto es, contraido segun los ritos de la Iglesia, é ignorando el uno ó los dos contrayentes el impedimento que tenian, *l. 1. tit. 13. P. 4.* lo que dice Mol. *d. lib. 3. cap. 1.* debe ampliarse al caso en que el fundador diga, que solo debian suceder los nacidos de legitimo matrimonio.

14. El legitimado por subsecuente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde que sus padres lo legitimaron por su matrimonio; pero si el padre de Juan ilegítimo, se casa, y tiene á Pedro legitimo, y enviuda, y legitima á Juan por segundo matrimonio; Pedro, como legitimo, será preferido á Juan legitimado; porque seria injusto despojarle del derecho de primogenitura, radicado en él desde que empezó á existir, no debiendo retrotraerse la legitimacion en perjuicio del legitimo, Mol. *d. lib. 3. cap. 1.* Gomez, *l. 9. de Toro,* y otros. Los de la familia del fundador excluyen al legitimado por rescripto, que no quita el derecho que otro pudiera tener, Herm. Roxas, *de incompatib. part. 1. Cap. 6. Mol. lib. 1. cap. 4. lib. 3. cap. 3.* El arrogado ó adoptivo esta enteramente excluido, Roxas, *d. part. 1. §. 10.*

15. A mas de las líneas recta y transversal, han inventado otras los interpretes, como: actual, habitual, paterna, materna, contentiva, de sustancia, cualidad, masculina simple, femenina y de eleccion. Los explica Roxas, *d. cap. 6.* Todas pertenecen a la recta ó á la transversal; y como contribuyen mas á la confusion, que á la claridad de esta materia; las omitimos aqui, pareciendonos, que cuanto caso ocurra, podrá decidirse por las reglas que vamos dando, oca

16. Reg. 7a. La proximidad de parentesco, por la que se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador, *d. l. 2. tit. 15. P. 2. propinquos parientes de los Reyes al tiempo de su finamiento*. Y tiene lugar esta regla también en los laterales; pero solo en el caso, que el mas proximo al poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solos pertenece el mayorazgo, *Mol. d. lib. 3. cap. 9.*

17. Reg. 8a. En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre, *d. l. 2. Doquier que el senorio hubieron por linage e mayormente en España, l. 9. tit. 7. P. 2. Por razon de linage*. De ahí es, que el mayorazgo pertenece al primogenito del poseedor, aun que este lo desherede; pero respecto del fundador, todos suceden por derecho hereditario, en virtud de su voluntad, *Mol. d. lib. 1. cap. 8.* de lo que se infiere, que el poseedor debe pagar todas las deudas á que está obligado el fundador, á menos que las hubiese contruido despues de fundado el mayorazgo irrevocablemente; y al contrario, no está obligado á satisfacer las que contrajo su antecesor, á menos que fuese por necesidad precisa, para conservar los bienes del mayorazgo, *Mol. d. lib. 1. cap. 10. y Gomez, l. 40. de Toro.*

18. Reg. 9a. Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes, al sucesor, sin ser necesaria voluntad en este, ni ningun acto de aprehension, aunque algun otro haya sido posesionado de ellos por el mismo tenedor ó de cualquier otro modo *l. 6. tit. 7. lib. 5. R.* y por eso se llama esta posesion civilísima, conviniendo todos en que tiene lugar aunque el sucesor la ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó postumo, *Mol. d. lib. 3. cap. 12. Gomez, d. l. 45. Mieres de mayorat. part. 3. quest. 2. y segun Mol. lib. 1. cap. 1. y Covar lib. 3. var. cap. 5. contra Gomez, d. l. 45.* tambien tenia lugar en los mayorazgos fundados sin licencia del Rey. Finalmente, se extiende á la cuasi-posesion de las cosas incorporales ó derechos, segun la *cit. l. 8. O de otra cualquier calidad que sean.*

19. Reg. 10a. Todas las fortalezas, cercas y edificios, que se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, reparando ó reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor no está obligado á dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las mugeres de los que los hicieron, por razon de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos, *l. 6. tit. 7. lib. 5. R.* Aunque esta ley habla de solo las mejoras y gastos de edificios, es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse en general de to-

dos los bienes del mayorazgo, entre los cuales no hay diferencia, habiendo citado los edificios solo por via de ejemplo, como sucede regularmente. Mol, *d. lib. 1. cap. 26. Acev. d. l. 6. n. 2. Gomez d. l. 46. n. 4.*

20. Reg. 11a. El mayorazgo se puede probar de tres modos:—1.º Por las escrituras de su institucion y licencia del Rey.—2.º Por testigos, que depongan sobre el tenor de dichas escrituras.—3.º Por costumbre inmemorial, acreditada con testigos que juren haberse poseido aquellos bienes segun las reglas de mayorazgo: que así lo vieron por espacio de 40 años, y así lo oyeron á sus mayores, quienes tambien así lo habian visto y oido, sin cosa en contrario, de publica voz y fama &c. *l. 1. d. tit. 7.* Advertimos con Molina:—1.º Que no es necesaria la licencia del Rey en los mayorazgos del tiempo en que pudieron fundarse sin ella, aunque seria muy raro, que faltase.—2.º Que perdida la escritura, los testigos deben deponer, que la vieron con todas las circunstancias necesarias, y que no estaba borrada en parte alguna.—3.º Que no es necesario, que la escritura sea publica; porque la ley solo requiere que haga fé: *siendo tales las dichas escrituras que hagan fé*; y es bien sabido, que algunas escrituras privadas la hacen.—4.º Que tambien puede probarse el mayorazgo por otros modos, de los cuales refiere varios Mol. *cap. 3.*—5.º Que el modo de probar la prescripcion inmemorial, segun esta ley, es peculiar de este asunto; porque en los otros no es necesario, que los testigos digan, que así lo oyeron á sus mayores, *Acev. d. l. n. 27. Covar. cap. Possesor, part. 2. §. 3. n. 7.* y convendria se mandase omitir esta circunstancia, pues hemos advertida, que se hace contestar á los testigos sobre ella, aunque la ignoren ó no la advierten.

21. Reg. 12a. En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, *lí. 5. y ult. d. tit. 7.* que puede poner las condiciones posibles y honestas, que le parezca, obligando de tal modo, que no cumpliendolas, pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre, Mol, *lib. 2. cap. 12.* donde examina, cuando son condiciones, y cuando modos las leyes del fundador. De aqui es que son innumerables las especies de mayorazgos irregulares, que se llaman de *clausula*; para los cuales sirven tambien estas 12 reglas, exceptuada la circunstancia por la que son irregulares, como en el de linea femenina, en que se observan todas las reglas, excepto la de preferir el varon á la muger.

22. La incompatibilidad del mayorazgo es: 1.º Por la ley ó por el hombre. 2.º Expresa ó tacita. 3.º Personal ó real. 4.º Absoluta ó respectiva. 5.º Para adquirir ó para

retener. Incompatibilidad por la ley es la que establece la 7. d. tit. 7. mandando, que si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es, 56,828 reales, ó 6,347 ducados, 6 reales y 18 maravedies, como explica Herm. Roxas *de Incomp. part. 6. cap. 1.* se deben dividir entre los hijos, tocando al primogenito elegir el que quiera, y pasando el otro al segundogenito, y en su falta á la hija. Y si hubiese un solo hijo, tendrá los dos, disfrutiéndose la division para sus hijos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en caso de juntarse dos mayorazgos no por matrimonio, sino por derecho de sucesion, es cuestion bien difícil: Roxas, *d. cap. 1.* está por la afirmativa, y por la negativa Roxas de Almansa, *disp. 3. cuest. 2. n. 5.* el que desde el n. 10. explica, que esta incompatibilidad alcanza á los mayorazgos, que despues de contraido el matrimonio, se desieren al marido ó á la muger, aunque añade, *cuest. 3. n. 14.* no estar ella en uso. Incompatibilidad por el hombre es: *la que viene por voluntad del fundador.*

23. Expresa es: *la que se expresa con palabras de la ley ó del fundador.* Tacita: *la que no expresandose con palabras, se infiere de las condiciones ó clausulas de la fundacion.* Sucede esto cuando el fundador manda, que el poseedor lleve sus armas solas: en cuyo caso será incompatible con otro, que debe llevar las de su fundador; porque es imposible llevar las armas solas de uno, y al mismo tiempo las de otro, Herm. Roxas, *part. 1. cap. 1. n. 52.*

24. Personal es: *la que impide á una sola persona, que tiene un mayorazgo, que obtenga otro, pasando su derecho, en quanto al que no quiere, á su primogenito ó inmediato sucesor.* Real ó lineal es: *la que impide, que el poseedor de un mayorazgo y toda su linea obtenga otro, que deben por lo mismo pasar á su hermano segundo-genito ó á su linea.* Si la incompatibilidad es personal ó real, es cuestion de las mas difíciles, que debe resolverse interpretando bien la mente del fundador. Roxas de Almansa se inclina, *disp. 1. cuest. 4. y 5.* á que en duda se ha de reputar antes real, que personal, y al n. 92. *d. cuest. 4.* da la razon por la que la incompatibilidad de los edificios y dignidades, es personal y no real. Absoluta es: *la que impide que el poseedor de un mayorazgo tenga otro, sea el que fuere.* Respectiva: *la que solamente impide al que posee un mayorazgo, que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas.*

25. Incompatibilidad para adquirir es: *la que impide al poseedor de un mayorazgo, que adquiriera otro de cualquier-*

ra manera que sea. De ahí es, que si vacase otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, se deferiria al otro mas proximo, que le seguia. Incompatibilidad para retener es: *la que solo impide al poseedor de un mayorazgo que lo retenga juntamente con el otro que le viene despues.* En este caso se debiere el segundo, y el dominio y posesion de sus bienes pasan à él por ministerio de la *l. 8. d. tit. 7.* en los terminos del n. 18. y solo està obligado à dejar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la *c. l. 7. Roxas de Almansa d. disp. 1. cust. 3. y disp. 2. cust. 10.* Los modos de fundar los mayorazgos, son los mismos de las mejoras de tercio y quinto, n. 3. *tit. ant. l. 4. d. tit. 7.*

NOTAS.

(1) Jovellanos, Informe sobre la Ley Agraria, dice: Apenas hay institucion mas repugnante à los principios de una sabia y justa legislacion que la de mayorazgos..... Es preciso confesar, que el derecho de transmitir la propiedad en la muerte no està contenido ni en los designios ni en las leyes de la naturaleza. El Supremo hacedor, asegurando la subsistencia del hombre niño sobre el amor paterno, del hombre viejo sobre el reconocimiento filial; y el del hombre robusto sobre la necesidad del trabajo, excitada de continuo por su amor à la vida, quiso librarle del cuidado de su posteridad, y llamarle enteramente à la inefable recompensa, que le propuso por último fin. Y he aquí porque en el estado natural los hombres tienen una idea muy imperfecta de la propiedad, y ¡oxalá que jamas la hubiesen extendido! Pero reunidos en Sociedades, para asegurar sus derechos naturales, cuidaron de arreglar y fixar el de propiedad, que miraron como el principal de ellos, y como el mas identificado con su existencia. Primero le hicieron estable é independiente de la ocupacion, de donde nació el dominio: despues le hicieron comunicable, y dieron origen à los contratos; y al fin le hicieron transmitible en el instante de la muerte, y abrieron la puerta à los testamentos y sucesiones. Sin estos derechos: ¿como hubieran apreciado, ni mejorado una propiedad siempre expuesta à la codicia del mas astuto, ó del mas fuerte? Los antiguos legisladores dieron à esta transmisibilidad la mayor extencion. Solon la consagró en sus leyes, y à su exemplo los Decenviros en las de las doce tablas. Aunque estas leyes llamaron los hijos à la sucesion de los padres intestados, no pusieron en favor de ellos el menor limite à la facultad de testar, porque creyeron que los

buenos hijos no le necesitaban, y los malos no lo merecian. Mientras hubo en Roma virtudes prevaleció esta libertad, pero cuando la corrupcion empezó a entibiar los sentimientos, y á disolver los vinculos de la naturaleza, empezaron tambien las limitaciones. Los hijos entonces esperaron de la ley lo que solo debian esperar de la virtud, y lo que se aplicó como un freno de la corrupcion, se convirtió en uno de sus estímulos. Sin embargo, ¿cuanto dista de estos principios nuestra presente legislacion? Ni los griegos, ni los romanos, ni alguno de los legisladores antiguos extendieron la facultad de testar fuera de una sucesion; porque semejante extension no hubiera perfeccionado, sino destruido el derecho de propiedad, puesto que tanto vale conceder á un ciudadano el derecho de disponer para siempre de su propiedad, como quitarle á toda la serie de propietarios que entrasen despues en ella. A pesar de esto el vulgo de nuestros jurisconsultos, supersticioso venerador de los institutos romanos, pretende derivar de ellos los mayorazgos, y justificarlos con el exemplo de las substituciones y fideicomisos. ¿Pero que hay de comun entre unos y otros? La substitucion vulgar no era otra cosa, que la institucion condicional de un segundo heredero en falta del primero, y la pupilar, el nombramiento de heredero á un niño, que podia morir sin nombrarle. Ni una ni otra se inventaron para extender las últimas voluntades á nuevas sucesiones, sino para otros fines, dignos de una legislacion justa y humana: la primera para evitar la nota que manchaba la memoria de los interesados, y la segunda para asegurar los pupilos contra las asechanzas de sus parientes. Otro tanto se puede decir de los fideicomisos que se reducian á un encargo confidencial, por cuyo medio el testador comunicaba la herencia al que no la podia recibir por testamento. Estas confianzas no tuvieron al principio el apoyo de las leyes. Durante la república la resistencia de los fideicomisos estuvo sujeta á la fidelidad de los encargados. Augusto, á cuyo nombre la imploraron algunos tasadores, la hizo necesaria, y fué el primero que convirtió en obligacion civil este deber de piedad y reconocimiento. Es verdad, que los romanos conocieron tambien los fideicomisos familiares, mas no para prolongar, sino para dividir las sucesiones, no para fixarlas en una serie de personas, sino para extenderlas por toda una familia, no para llevarlas á la posteridad, sino para comunicárlas á una generacion limitada y existente. Por su el emperador Justiniano, ampliando este derecho, extendió el efecto de los fideicomisos hasta la cuarta generacion, pero sin mudar la naturaleza y sucesion de los bienes, ni refundirlos para siempre en una sola cabeza. ¿Quien, pues,

verá en tan moderadas instituciones, ni una sombra de nuestros mayorazgos? Ciertamente, que conceder á un ciudadano el derecho de transmitir su fortuna á una serie infinita de poseedores; abandonar las modificaciones de esta transmision á su sola voluntad, no solo con independencia de los sucesores, sino tambien de las leyes: quitar para siempre á su propiedad la comunicabilidad y la transmisibilidad, que son sus dotes mas preciosas: librar la conservacion de las familias sobre la dotacion de un individuo en cada generacion, y á costa de la pobreza de todos las demas, y atribuir esta dotacion á la casualidad del nacimiento, prescindiendo del mérito y la virtud, son cosas no solo repugnantes á los dictámenes de la razon, y á los sentimientos de la naturaleza, sino tambien á los principios del pacto social, y á las máximas generales de la legislacion y política. En vano se quieroh justificar estas instituciones, enlazándolas con la constitucion monarquica; porque nuestra monarquia se fundó y subió á su mayor esplendor sin mayorazgos. El fuero juzgo, que reguló el derecho publico y privado de la nacion hasta el siglo XIII. no contiene un solo rastro de ellos; y lo que es mas, aunque lleno de máximas del derecho romano, y casi concordante á él en el orden de las sucesiones, no presenta la menor idea ni de substitutiones, ni de fideicomisos. Tampoco la hay en los códigos que precedieron á las partidas, y si estas hablan de los fideicomisos es en el sentido en que los reconoció el derecho civil. ¿De donde pues pudo venir tan bárbara institucion? Sin duda del derecho feudal. Este derecho que prevaleció en la Italia en la edad media, fué uno de los primeros objetos del estudio de los jurisconsultos boloñeses. Los nuestros bebieron la doctrina de aquella escuela, la sembraron en la legislacion alfonsina, la cultivaron en las escuelas de Salamanca, y he aquí sus mas ciertas semillas. ¡Oxalá que en esta inoculacion hubiesen modelado la sucesion de los mayorazgos, sobre la de los feudos! La mayor parte de estos eran amovibles, ó por lo menos vitalicios: consistian en acostamientos, ó rentas en dinero, que llamaban de *honos y tierra*, y cuando territoriales y hereditarios, eran divisibles entre los hijos, y no pasaban de los nietos, de tan débil principio se derivó un mal tan grande y pernicioso. La mas antigua memoria de los mayorazgos de España no sube del siglo XIV, y aun en este fueron muy raros. La necesidad de moderar las mercedes enriqueñas, reduxo muchos grandes estados á mayorazgo, aunque de limitada naturaleza. A vista de ellos aspiraron otros á la perpetuidad, y la soberania les abrió las puertas, dispensando facultades de mayorazgar. Entonces los letrados empe-

zaron à franquear los diques, que oponian las leyes à las vinculaciones: las cortes de Toro los rompieron del todo à fines del siglo XV, y desde los principios del XVI el furor de los mayorazgos ya no halló en la legislación límite, ni freno.—Es ciertamente digno de admirar el trastorno causado en el derecho español por aquellas mismas leyes que se hicieron para mejorarlo. Nuestros letrados, dados enteramente al estudio del derecho romano, habían embrollado el foro con una muchedumbre de opiniones encontradas, que ponían en continuo conflicto la prudencia de los jueces. Las cortes de Toro con el deseo de fixar la verdad legal canonizaron las opiniones más funestas. Sus leyes, ampliando la doctrina de los fideicomisos y de los feudos, dieron la primera forma à los mayorazgos, cuyo nombre no manchó hasta entonces nuestra legislación. Autorizando los vínculos por vía de mejora en perjuicio de los herederos forzosos, convidaron los celibes à amortizar toda su fortuna. Admitiendo la prueba de inmemorial contra la presunción más fuerte del derecho, que supone libre, comunicable y transmisible toda propiedad, convirtieron en vinculada la propiedad libre y permanente de las familias. Y por último extendiendo el derecho de representación de los descendientes à los transversales, y de la cuarta generación al infinito, abrieron esta sima insondable, donde la propiedad territorial va cayendo, y sepultándose de día en día &c.

(2) *Sobre la jurisprudencia romana han escrito Gravina, Terrason, Heineccio y otros muchos; mas Gibbon, en su excelente historia de la declinacion y caída del Imperio Romano, cap. 40. da en pocas paginas una idea de ella verdaderamente filosofica. Son tres las épocas principales de la jurisprudencia romana: 1a. Desde las 12 tablas hasta Ciceron: 2a. Desde Ciceron hasta Severo Alejandro: 3a. Desde este Emperador hasta Justiniano. La 2a. es la época en que resplandeció la jurisprudencia romana, porque en ella se formó un sistema de esta, se establecieron escuelas, y se compusieron libros; pero divididos los jurisconsultos en sectas, del espíritu de estas y del ingenio y sutileza de aquellos, salían las reglas, las máximas y las definiciones, que servían para la dilucidacion de los intrincados casos, que se proponían; hasta que reducida la jurisprudencia a un caos, trató Justiniano de sacarla de él, por medio de la redaccion de sus codigos, confiada à los jurisconsultos más celebres. Pero los cambios e interpretaciones, que Triboniano y sus colegas hicieron en la jurisprudencia à pretexto de uniformidad, han sido insuficientes, y las contradicciones del Codi-*

go y *Pandectas*, las dejan todavía como una ciencia misteriosa, que ejercita la paciencia y la sutileza de los civilistas modernos. También en la 2a. época empezaron las leyes romanas, desde Augusto, á resentirse de su tendencia á una monarquía absoluta, hasta el caso, que desde Adriano hasta Justiniano, la jurisprudencia pública y la privada se amoldaron á la voluntad del príncipe de tal modo, que fueron pocas las instituciones humanas ó divinas, que se dejaron sobre su base primitiva: lo que hizo, que encontrados estos códigos en Amalfi, en el siglo 12. los rechazaron tenazmente los Ingleses. De Lolme, *Constit. Inglesa*. lib. 1.º cap. 9. á pesar del entusiasmo con que los adoptaron los pueblos despotizados, entre quienes era un extraordinario privilegio leer los originales con la cabeza descubierta. Desde aquella época divide Gravina, en su *Espir.* de las leyes romanas, la jurisprudencia romana en 4 escuelas: de *Irnerio*, *Acursio*, *Bartolo* y *Cuacio*: la *barbarie* de las tres primeras y las *rebuscadas sutilezas*, que *Bartolo* había hecho pasar á la suya de las otras escuelas y sobre todo de la *filosofía Árabe*, no impidieron que la España proclamase á este juriconsulto por laz del derecho humano, y que adoptase sus sentimientos por regla á falta de ley; y aunque la misma España dió despues nacimiento á *Antonio Agustín*; los juriconsultos Españoles cayeron también bajo el yugo de la corrompida filosofía de *Aristoteles*, que tenia tiranizada la república de las letras, en la que voces barbaras, sentencias oscurisimas, razonios vanos y sutiles eran, como dice el inmortal *Jovellanos*, *Elogio de Car.* 8.º la gloria del peripato y la delicia de sus creyentes. Por esta rápida ojeada de la jurisprudencia romana se ve, que si no hay razon para consultar las leyes romanas, como siempre excelentes en todo respecto, la hubo para que las definiciones en derecho fuesen peligrosas, mientras que alejada la jurisprudencia de la verdadera filosofía, se hallaba en los laberintos del arbitrio y de la opinion; porque los juriconsultos no ocurrían á sus verdaderas fuentes, que son una sana logica y el conocimiento del hombre en su ser físico y moral.— Aunque los gobiernos americanos han extinguido los mayorazgos, y derogado todas las leyes que permiten vincular la propiedad territorial, quedan todavía vigentes las capellanías; y como en estas se sucede por las reglas de los mayorazgos, ha sido necesaria la reimpression de este título. Febrero, part. 1. Cap. 11. §. 3.

TITULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTTESTADAS; DE LA PERDIDA DE LA HERENCIA, Y DEL ALBACEAZGO.

Tit. 13. P. 6.—y Tit. 8. Lib. 5. de la Recop.

1. Intestado. Cual es la sucesion en estirpe y cual en cabeza. El 1r. orden de sucesion es de los descendientes.—
2. Quien no es abortivo.—3. De los legitimados.—4. De los naturales, espurios y adoptivos.—5. De la cuarta marital.—6. El 2.º orden de sucesion es el de los ascendientes.—7 8. El 3r. orden de sucesion es el de los laterales.—9. 10. 11. Como suceden en este 3.º los legitimados a los naturales, ó al contrario.—12. Grado en que termina el derecho de sucesion de los laterales.—
13. Los religiosos profesos y sus conventos están enteramente excluidos de la sucesion intestada.—14. De la contribucion sobre legados y herencias.—15. 16. y 17. De la obligacion del conyuge sobreviviente de reservar a favor de sus hijos los bienes que adquiere, trayendo causa del difunto ó sus mismos hijos, en el caso de contraer segundo matrimonio.—18. Casos en que el heredero pierde la herencia.—19. Que es albacea.—20. Quien no puede ser albacea.—21. Deberes del albacea.

1. Intestado es aquel que no hizo testamento, ó lo hizo nulo, ó si lo hizo valido, se rompió ó rescindió, l. 1. tit. 13. P. 6. Nuestras leyes, siguiendo la naturaleza, han adoptado con corta diferencia, los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, establecidos por Justiniano, Nov 128. Así, estan en el primer orden de sucesion abintestado los descendientes varones ó mugeres, en la patria potestad ó fuera de ella, hijos, nietos &c. Pero los hijos suceden por cabeza, y los nietos, biznietos y demas grados por estirpes ó troncos. Suceder por cabeza es: suceder por su propia persona: suceder por estirpes es: suceder por su padre en virtud del derecho de representacion, el cual es: una ficcion del derecho, por la que se supone, que los descendientes mas remotos ocupan el lugar de su difunto padre: por lo que, cuando se sucede por cabeza se hace tantas partes cuantas son las personas; y cuando por estirpes, tantas cuantas son estas. Segun esto: 1.º Si fallece Juan, dejando un hijo, dos nietos de otro hijo ya difunto, y tres viznietos de

otro sin padre ni abuelos sucederá el hijo por cabeza, y los nietos y biznietos por estirpes, dividiéndose la herencia en tres partes iguales; una para el hijo, otra para los dos nietos, y otra para los tres biznietos; *ll. 2.ª y 3.ª d. tit. 13.—5.ª ut. Inst. de her. quia ab int. def.—2.ª* Aunque Juan no deje hijo alguno, sino muchos nietos y biznietos de dos ó mas hijos, se dividirán siempre sus bienes en tantas partes cuantas fueron estos.

2. El abortivo no hereda á sus padres, y para que no lo sea es necesario: 1.º Que haya nacido todo vivo. 2.º Que haya vivido á lo menos 24 horas. 3.º Que haya sido bautizado. Mas si por ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento, se probare claramente, que nació en tiempo, en que no podía vivir naturalmente, no será habido por natural ni legitimo, aunque concurren en él las tres circunstancias anteriores, *l. 2.ª tit. 8.ª lib. 5.ª R.* en la que examina Acevedo, con relacion á la *4.ª tit. 23.ª P. 4.* si es tal el que nació en el octavo mes de la preñez de su madre, y se inclina á la afirmativa.

3. Los legitimados por matrimonio suceden á su padre y madre con los legitimos; y prefieren á los legitimados para heredar á sus padres por rescripto, aunque este sea anterior al nacimiento ó legitimacion matrimonial; mas para suceder á los otros parientes, y en las horas y presencias, son iguales á los legitimos, *l. 10.ª d. tit. 8.ª que corrige á la 11.ª d. tit. 13.ª P. 6.* en cuanto llamaba á los hijos naturales junto con los legitimos á la sucesion de la madre.

4. Si el padre solo deja hijos naturales, le sucederan en dos partes, de las doce en que regularmente se divide la herencia, y las partirán igualmente con su madre, *l. 9.ª d. tit. 13.ª* sin que pueda embarazarlo la viuda del difunto, *l. 9.ª* No hallamos que los espurios estén llamados á la sucesion del padre; antes prueba lo contrario la *l. 7.ª d. tit. 8.ª lib. 5.ª R.* que solo los llama á la sucesion de la madre. *V. tit. 5.ª nn. 3.ª 4.ª 5.ª 6.ª y 7.ª de este lib.* Las *ll. 8.ª y 9.ª tit. 16.ª P. 6.* dan á los adoptivos el derecho de suceder á su padre adoptivo; pero los interpretes, atendiendo á las *ll. 5.ª tit. 6.ª lib. 3.ª 1.ª tit. 22.ª lib. 4.ª del Fueno Real*, y á la *1.ª y 10.ª tit. 8.ª lib. 5.ª R.* juzgan que esto debe entenderse, cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legitimos y naturales, López glosa *5.ª d. l. 8.ª Pichardo, lib. 3.ª inst. tit. 1.ª §. n. 4.* y aun en este caso es de dictamen Acevedo *d. l. 1.ª R. n. 66.* que los ascendientes legitimos y naturales del padre adoptivo excluyen á dichos hijos, bien fundado en *d. l. 1.ª (1).*

5. Aunque este primer orden excluye á los otros dos, admite á la viuda del finado, que no tuviese de lo suyo

con que poder vivir bien y honestamente, correspondiéndole la cuarta parte de los bienes de su marido, que no ha de pasar de cien libras de oro. Covar. *de verbor. man. col. cap. 6.* Gomez, 2. *ror. cap. 4. n. 6.* Ayllon &c. tratan del valor de estas libras; mas Gutier. *de jure confirm. part. 1. cap. 4.* quiere que en esto se esté á la costumbre. Debe sacarse esta cuarta de todos los bienes, porque es deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos ellos, aunque el marido haya testado, sino es que fuese tan rico, que pudiese vivir ella con menos que le dejase *d. l. 7. tit. 13. que si no dejare á tal muger con que pudiese bien y honestamente vivir.* Las leyes de la *Recop.* no derogaron este derecho, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, cual es la muger; pero se sujeta esta cuarta á la reservacion, n. 15. y segun algunos expositores compete igualmente al viudo pobre.

6. El segundo orden es de los ascendientes del difunto, segun la proximidad de su grado, porque no tiene lugar en él la representacion, y el mas cercano excluye siempre al mas remoto; pero si lo tiene la sucesion en líneas, por la que la una mitad de la herencia va á la linea paterna, y la otra á la materna, cuando concurren los abuelos de ambas; de lo que se sigue: 1.º Que el padre y la madre dividen la herencia con igualdad. 2.º Que si solo el uno sobrevive, se la lleva toda, con exclusion de los abuelos. 3.º Que existiendo un abuelo de una linea y los dos de la otra, aquel tomara una mitad, y estos dos la otra. 4.º Que sobreviviendo un solo abuelo, la tomará toda; sin que en ningun caso se haga distincion de bienes paternos y maternos, salvo donde es costumbre tornar los bienes al tronco, *ll. 1. y 4. d. tit. 13. P. 6.* Asi, este modo de suceder en líneas, no es por estirpes, porque no da lugar á la representacion, excluyendo el proximo al remoto; y no es por cabezas, porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. A falta de ascendientes legitimos, suceden los naturales en los mismos terminos, que los hijos naturales suceden á sus padres, *l. 8. d. tit. 13.* mas el padre adoptivo no sucede al hijo adoptado.

7. El tercer orden es de los parientes laterales ó de traveso, que aunque sean hermanos del difunto, nunca concurren con sus ascendientes, *l. 4. d. tit. 8.* que corrige á la *4. d. tit. 13.* que llamaba á los hermanos y sus hijos junto con los ascendientes. A falta pues de descendientes y ascendientes del difunto, le suceden: 1.º Los hermanos de ambos lados y sus hijos. 2.º A falta de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. 3.º Si concurriéren hermanos de padre ó sus hijos, con hermanos de madre ó sus hijos, se di-

vidirán los bienes de modo, que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demas bienes se partirán entre todos con igualdad, *ll. 5. y 6. d. tit. 13.—4.* Si el difunto no dejase hermano sino hijos de hermanos, le sucederán estos por cabezas, haciendo tantas partes iguales entre ellos, cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tíos, que suceden por estirpes, *d. l. 5. tit. 8. lib. 5. R.* con exclusion de los tíos del difunto *l. 6. d. tit. 13.* que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por solo la razon de su mayor proximidad. De lo expuesto resultan dos axiomas muy importantes: 1.º *En la línea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos, cuando concurren con sus tíos.* 2.º *La preferencia que da el doble vinculo ó parentesco por parte de padre y madre no pasa de los hermanos.*

8. Mas tengase presente, que si Pedro deja su casa á tres hermanos suyos, y sobrevive á los dos, el tercero hereda toda la casa, y nada los hijos de aquellos; porque el derecho no concede representacion por testamento entre los transversales, sino abintestato, y esto en el caso y grado referidos y no en otros. Se acrecerán pues al hermano sobreviviente, las partes de los dos hermanos que murieron antes que Pedro, así por esta razon, como por las mas que aduce Febrero, *part. 1. cap. 1. §. 3. n. 174.*

9. Pero al natural suceden los hermanos naturales y sus hijos por este orden: 1.º Los naturales por ambos lados excluyen á los naturales por un lado, segun Lopez, *l. ult. d. tit. 23. glosa 3.* y Gomez *l. 9. de Toro, n. 50.—2.* Los del lado materno, *d. l. ult.* debiendo ser preferidos los que de estos sean legitimos, como se prueba por el *vers. Fuerras ende y sig. d. l. ult.* y lo advierte Lopez, *glosa 2.* bien que Gomez *n. 49.* defiende lo contrario. 3.º Los de parte de padre, debiendo ser preferidos los legitimos, segun ley expresa, *d. vers. Fuerras ende.*

10. Si se trata de un legitimo, que no deja parientes legitimos, le suceden los naturales por parte de madre, *d. l. ult. al fin,* con absoluta exclusion de los de parte de padre, aunque sean hermanos. No sabemos, que otro alguno defienda esta opinion; pero la sostenemos con firmeza por conforme á *d. l. ult.* porque 1.º dice: *otrosi, que los hijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legitimos.* ¿A que deberá referirse la palabra *legitimos* sino á la de *hijos*, que no era necesario repetir, y decir: *de los hijos legitimos?* 2.º continua: *ni de los parientes otrosi, que les pertenecen por parte de su padre:* estas palabras, añ

otros, prohíben que sean heredados los parientes paternos, despues de haber prohibido esto mismo á los hijos legitimos, que son los hermanos paternos del natural, que no puede heredarlos.

11. Lopez, *glosa* 7. Gomez, n. 48. y otros defienden lo contrario, fundados en que sucediendo el hermano legitimo al natural, debe este suceder al legitimo; pero esta sucesion no es reciproca, porque 1.º Si la hubiese querido la ley, la habria expresado, como la 8. *del mismo tit.* hablando de la linea recta. 2.º No se comparán aqui naturales con naturales, como en la 8. sino naturales con legitimos, y la condicion de estos es mejor, segun la misma *l. ult.* que tal vez por esto quiso esta desigualdad. 3.º La reciprocidad es regular, mas no precisa; y asi vemos que el adoptado hereda al adoptante, y no al contrario.

12. El derecho de suceder de los parientes colaterales terminaba en el 10 grado, por la *l. 6. tit. 19. P. 6.* mas por la *6. tit. 23. lib. 10. N. R.* se limita á los que están dentro del 4.º (2) Si este grado sea civil ó canonico, no se ha declarado todavia expresamente: pero puede servir de gobierno: 1.º Que el art. 2 de la cedula de 25 de setiembre de 1798 que impone contribucion sobre los bienes que heredan los transversales por sucesion testada ó intestada, manifiesta que esta debe extenderse mas allá del cuarto grado. 2.º Que por sentencia de 15 de julio de 1802 declaró el Superintendente general de los referidos bienes, que los de un abintestato pertenecian á las hijas de dos primos hermanos del difunto intestado, las cuales segun la computacion civil estaban en quinto grado.

13. La *l. 17. tit. 20. lib. 10. N. R.* prohíbe que los religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes abintestato, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicandose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos: quedando por consecuencia los conventos sin accion á los bienes de los parientes de sus religiosos, con titulo de representacion, ni otro concepto. Parece que esta prohibicion debe extenderse á las sucesiones testamentarias por la solidísima razon de esta ley, que tiene igual lugar en estas sucesiones; y si asi se mandase expresamente, cesarian innumerables pleitos, que no edifican al pueblo, al paso que turban la tranquilidad de los religiosos, y les impiden abstraerse de las cosas del mundo, como deben. Con este mismo objeto deberia prohibirseles, que testasen antes de su

profesion, para disponer de aquellos bienes, que adquirirían sino hubiesen profesado (3).

14. Se debe entregar los bienes al heredero, haciéndose la deducción de la cédula de 24 de noviembre de 1800, que arregla la contribucion sobre legados y herencias, de los parientes transversales, y dispone lo siguiente: art. 3.º De todos los bienes libres en las sucesiones se cobrará un dos por ciento de su total liquido. 4.º Cuando el importe de las herencias y de cada legado, sea de once mil reales de vellón ó mas, y recaiga en persona que no sea pariente del testador, se pagará un cuatro por ciento, en lugar del dos. 5.º En las sucesiones transversales de mayorazgo, vínculo, patronato de legos, fidecomiso ó cualquiera otro de su clase, se exigirá la mitad de la renta líquida de un año. 6.º Si la muger sucediere ó heredase al marido, ó el marido á la muger, ó fueren legatarios entre sí, cumplirán con pagar una cuarta parte de la renta de un año en las vinculaciones, y el uno por ciento en las herencias y legados. Sobre la entrega de la herencia por comisario, V. los nn. 15. y 16. III. 4.

15. La sucesion de los bienes que el conyuge, que queda con hijos, y pasa á segundo matrimonio, debe reservar, se gobierna por las reglas de la sucesion intestada. Esta reserva tiene lugar. 1.º En los bienes que adquiere del conyuge difunto, por arras, testamentos fidecomiso, legado, donacion entre vivos ó por causa de muerte ó por otro cualquier titulo lucrativo, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio ó por cualquiera otro legado, ó fidecomiso, pues los debe reservar privativamente para sus hijos del primer matrimonio, excluido cualquier otro. 2.º En los dados á la muger por los parientes ó amigos del marido, Gomez, l. 15. de Toro, n. 7.—3.º En los que han pertenecido al conyuge, por sucesion intestada de alguno de sus hijos, l. 1. tit. 2 lib. 3. del Fuero Real, Gomez, n. 2.—L. 3. C. de secund. nupt. con tal que este los haya heredado de su padre ó madre, Gomez, n. 2.—Authent. ex testam. C. de secund. nupt. No tiene lugar: 1.º En la mitad de los gananciales adquiridos durante del matrimonio, que pertenece á cada uno de los conyuges, l. 6. tit. 9. lib 5. R. porque esta ganancia no va al ou conyuge por el otro, sino por la ley. 2.º En los bienes del hijo, que van al conyuge por titulo, que nace de la voluntad del mismo hijo, como testamento, porque sucede en ellos como cualquier extraño, Gomez, n. 2. d. Auth. no debe decirse, que por esta misma razon podria disponer el conyuge de los bienes, que adquiere por testamento del otro; ya por la especie de injuria que

le hace pasando aquel á segundo matrimonio, ya porque es natural que el conyuge testado repugne, que los bienes pasen á hijos extraños con perjuicio de los propios.

16. En seguridad de la reserva están hipotecados los bienes del conyuge á favor de los hijos, *l. 26. tit. 13. P. 5.* y si enagenare los que debe reservar, se sostendrá la enagenacion hasta la muerte, despues de la cual se revocará, porque podria suceder que sus hijos muriesen antes que él, y entonces subsistiria la enagenacion, Gomez, *d. 1. n. 3.* Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad sin mejorar á ninguno, Gomez, *n. 3. Auth. Lucrum. C. de secund. nupt.*

17. Como la reserva es en favor de los hijos, cesa: 1.º si estos no existen, cuando muere el conyuge, á menos que haya descendientes de dichos hijos, para los cuales continua, *Acev. l. 4. tit. 1. lib. 5. R.—2.º* En caso de que el conyuge finado hubiese concedido licencia al sobreviviente, para que contraiga segundo matrimonio. 3.º Si lo contragese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reserva, Gomez, *n. 6. l. 14. y Acev. d. l. 4.* donde se inclina á que basta que el consentimiento sea tacito, comprobado por algun hecho. En estos casos la muger, que por el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez, *d. n. 3. Acev. d. l. 4. n. 36.—Auth. Sed et si cod. lib. 2. Digest.* Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados y velados, *Acev. n. 35.* Se disputa si ha lugar á la reserva, cuando la viuda vive luxuriosamente, Gomez, *n. 16.* está por la negativa, pero nos inclinamos á la afirmativa de *Acev. n. 10.* El lecho cotidiano, que por muerte del un conyuge queda al otro, se debe restituir por mitad, si se dedujo de los bienes gananciales; y por entero, si á falta de estos se sacó de los propios del difunto, á los herederos del mismo, en caso de que el sobreviviente vuelva á casarse, *l. 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.*

18. En general todo heredero debe perder la herencia: 1.º Si entrase en ella antes de querrelarse judicialmente de la muerte que causaron al testador los de su familia; ó si cometida por extraños, no se quejase dentro de cinco años, lo que no se entiende con los menores; con los que no son poderosos para demandar la muerte; con los ausentes, con las mugeres, *l. 11. tit. 8. lib. 5. R.* ni con el heredero, que puesta la querrela se apartase de la causa, *l. 16. tit. 7. P. 6.—2.º* Si constandole de los que mataron al testador, abriese el testamento sin acusarlos, pero no en el caso de ser un simple aldeano, *l. 13. d. tit. 7.—3.º* Si acusa de falsa la

escritura del testamento en que era establecido heredero, sea como actor, ó como abogado, y continua la acusacion hasta que recaga sentencia sobre ella: á no ser que lo haga en calidad de fiscal ó de guardador de algun huérfano *d. l. 13.*—4.º Si entrega la herencia á quien prohíbe la ley, aunque sea á ruego del testador, porque entonces pierde los derechos que tenga *l. 13.*—5.º Si comete adulterio con la muger del testador ó da la muerte á este, *l. 13.* La herencia que se pierde por alguna de estas causas, se aplica á la Cámara, *l. 11. tit. 8. lib. 5. R.* y en lo demas se cumple la voluntad del testador.

19. Testamentario, alvacea ó cabezalero es: el encargado de cumplir lo que el testador ordena en su testamento ó otra última disposicion. Son de tres clases, *legítimos*, aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador, como los herederos: *testamentarios*, los elegidos por el testador; y *dalivos*, los que nombra el juez de oficio, en caso que el legítimo ó testamentario no quieran cumplir lo dispuesto por el testador.

20. No puede ser alvacea, regularmente hablando, el que no puede testar, *V. tit. 4. n. 18.* notandose: 1.º Que el religioso de San Francisco no puede serlo, aunque tenga licencia de su prelado: 2.º Que puede serlo la muger por costumbre *inconcusa*: 3.º Que tambien puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho ser procurador en cualquiera negocio extrajudicial, 4.º Que puede serlo el escribano, que autoriza el testamento; pero, no si le resulta comodidad, y se tendrá por no escrito el testamento, excepto en algunos casos, *Febrero, part. 1. cap. 1. §. 13. n. 250.*

21. El alvacea 1.º es libre á aceptar ó no el cargo; pero una vez aceptado expresa ó tacitamente, esta obligado á evacuarlo en el termino que el testador le presije, y cuando no, dentro de un año, despues de su muerte. 2.º El alvacea universal debe hacer inventario de los bienes del testador ante escribano y dos testigos, *V. tit. 5. n. 28. y sig.* y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque el testador lo releve de ello, *Febrero, n. 258.*—3.º Las facultades del alvacea son las que le da el nombramiento. 4.º Aunque el testador le confiera facultad de vender sus bienes, en caso necesario, no podrá hacerlo sino en publica subasta, *l. 62. tit. 18. P. 3.*—5.º No puede comprar ninguno de los bienes del testador, so pena de nulidad de la venta, y del cuatro tanto para el fisco, *l. 23. tit. 11. lib. 5. R.*—6.º No puede conmutar lo que se deja para causas pias, en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador

se puede cumplir justamente (4).—7.º El ordinario eclesiástico puede compelerlo, siendo negligente, al cumplimiento de las disposiciones póstumas del testador, aunque este lo prohíba, l. 7. tit. 10. P. 6. porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho publico, civil ó eclesiástico.—8.º Si procede con negligencia ó malicia, debe ser privado judicialmente del cargo, y resarcir el daño que cause; y si tiene manda, la pierde para el alma del testador, á no ser hijo, pues á este no puede quitarse la legitima que naturalmente le compete; pero si no hay manda, debe pagar dos mil mva. para la cámara, l. 14. tit. 4. lib. 5. R. extendiéndose esta pena al que retiene el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la justicia dentro de un mes después del fallecimiento del testador.—9.º El cargo de albacea espira por remoción, á causa de ser sospechoso, por revocación del testador, transcurso del termino asignado, &c.—10. Está en práctica dar salario al albacea. (5).

NOTAS.

(1) *Febrero*, part. 1. cap. 1. §. 11. dice: que aunque no deje el padre descendientes legítimos, si los tiene legitimados por el príncipe ó adoptivos, le sucederán estos, muriendo intestado, y no los naturales, como afirma *Matienzo*, en la l. 9. tit. 9. lib. 5. R. á quien, en cuanto á lo que deberán haber de sus padres los legitimados por el príncipe, se podrá ver, en la sig. l. 10.

(2) Dice *Sala*: que habiendo considerado mas atentamente el art. 9. de esta ley, no le parece seguro que la sucesion se limite al 4.º grado. El cit. art. es como sigue: y porque suele acontecer que la justicia real quiere tomar conocimiento de las causas de abintestado; y sobre esto se originan competencias, estarán advertidos los subdelegados de que han de recibir informacion clara de dos circunstancias. 1a. De haber muerto la persona sin hacer testamento. 2a. Que si difunto no le conocen parientes dentro del 4.º grado, para que con esta justificacion pasen á inhibir á la justicia real; y si en sus autos, que le harán entregar, se enunciare tener algunos parientes el difunto, el subdelegado los hará citar á lo menos por edictos y pregones. Si estos parientes de que habla ultimamente el art. están dentro del 4.º grado, tocan á ellos los bienes, y no hay lugar á la causa de abintestado. ¿Para que es pues la citacion? Para averiguar, si estan ó no dentro del 4.º grado, y por consiguiente este art. no da derecho ninguno á los parientes que estan fuera de aquel grado. Sin embargo, atendiendo á

Z.

las demás razones de Sala, convenimos en que esta ley no está en uso, ó que debe entenderse del 4.º grado canónico y no del civil; siendo lo mejor que en las sucesiones transversales no hubiest limitacion de grados, porque si en la adopcion de los bienes abintestato se ha de seguir por regla el afecto del difunto, es natural ama este a sus parientes, mas que al fisco.

(3) Ni del que está vivo no hay herencia, legados ni herederos, el que va a entrar en religion no debe disponer de una herencia, que no le corresponde todavía, ni puede corresponderle despues de profeso, por la incapacidad absoluta de adquirir en que se halla entonces. Hay prohibicion expresa de instituir herederos a los religiosos de San Francisco. Trid. Ses. 25. cap. 3. de Regul.—A mas de la cit. l. 17. parece, que por la cedula de 22 de enero de 1784, tampoco puede ser instituido heredero ningun otro religioso. Por esta cedula se declara á los excoadjutores de la compañía, que por la bula de extincion quedaron seculares, y habian tomado algunos el estado de matrimonio, capaces para adquirir los bienes libres y vinculados, que recayesen en ellos por herencias de sus padres, parientes ó extraños, mandas, legados ó con cualquier otro titulo. Tambien se declaró á los exjesuitas sacerdotes con la misma capacidad para adquirir los dichos bienes. Si los jesuitas pues, necesitaron de esta habilitacion, a pesar de haberseles obligado á secularizarse; mucho mas bien debera necesitarla cualquier otro profeso, que continua en su convento.

(4) El legislador puede conmutar, y tambien el Obispo, Ses. 22. del Trid. de ref. cap. 6. Deseariamos que esta facultad se ejerciese principalmente en favor de la educacion, como obra de toda preferencia, que envuelve en sí toda otra clase de obras buenas: el que deja diez mil pesos para limosnas, por exemplo, hace esta buena obra por una vez; pero el que los deja para la educacion, ataca á la pobreza en su raiz, y reproduce para siempre su limosna; porque los unos educan á los otros, y todos estos son utiles y benéficos.

(5) En América se da comunmente el cuatro por ciento, ó mas al arbitrio del juez, atendidas la cantidad y calidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo.

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL Y DE LAS TRANSACCIONES.

Tit. 16. lib. 5. R.—Tit. 14. et. 15. lib. 3. Inst.

1. De la obligación.—2, 3, 4. Obligación natural, civil y mixta.—5. De la Convención y del Pacto.—6. División de los contratos en siete clases.—7. Del Cuasi-Contrato.—8. Del Contrato expreso y del tácito.—9. Del Contrato nominado y del innominado.—10. Del Unilateral y del Bilateral.—11. Del Consensual, verbal, real y literal.—12.—Del de buena fe y de estricto derecho.—13. Del Absoluto y condicional.—14. Causas de la obligación.—15. Del simple pacto.—16. Pactos reprobados.—17. Cosas esenciales, naturales y accidentales en los contratos.—18 y 19. Del dolo, culpa y caso fortuito.—20. De la transacción.—21 y 22. Quiénes pueden transigir y de qué cosas.—23. De la transacción sobre delitos.—24. La transacción es de estricta interpretación.—25. Causas por las cuales se rescinde, y si lo es la lesión enormísima.

1. Obligación es: un vínculo del derecho que nos liga a dar ó hacer alguna cosa de modo que se nos pueda apremiar eficazmente a su cumplimiento. Princ. Inst. de oblig. Es de tres especies: meramente natural, meramente civil y mixta, ll. 5. tit. 12. y 56. tit. 5. P 5.

2. Meramente natural es la que nos impone el derecho natural por sí solo. Esta obligación nace de los contratos de personas que sin embargo de tener algún juicio, son de circunstancias tan débiles, que el derecho civil no ha querido dar fuerza alguna á sus contratos: tales, como los que celebran los pupilos próximos á la pubertad, sin autoridad del tutor; los prestamos de los que están en la patria potestad; y las fianzas que otorgan las mugeres. Debemos cumplir naturalmente esta obligación, aunque no se nos pueda apremiar en juicio; y ella también impide á veces la repetición de lo que se paga, porque se debía naturalmente, como se verá en su lugar.

3. Meramente civil es la que nos impone el derecho civil por sí solo; tal es la obligación de los que celebran por fuerza algún trato: ella produce acción, pero tan débil, que lo que se hace en su virtud se deshace con facilidad, l. 56.

A.

tit. 5. P. 5. y de ahí es que se puede considerar que no la produce.

4. *Mista* es la que nos imponen el derecho natural y el civil juntamente. Es tan eficaz que quedamos obligados, de modo que se puede apremiarnos á su cumplimiento; y ésta es la que se entiende bajo el nombre *jeneral de obligacion*.

5. Todas las obligaciones nacen pues de la ley natural ó civil; pero unas nacen de ella *inmediatamente*, y otras mediante algun hecho nuestro obligatorio. Este hecho es *licito* ó *ilicito*: aquel se llama *convencion*, este *delito*. Convencion es: *el consentimiento de dos ó mas personas en dar ó hacer ó no hacer alguna cosa*. Se divide en *pacto simple* y en *contrato*. Pacto simple es *la mera promesa de una cosa ó de un hecho para lo futuro*. Contrato es *la convencion que tiene nombre cierto, ó causa civil de obligar, esto es, dacion ó hecho*.

6. El contrato se divide de siete modos:—1.º Verdadero y presunto.—2.º Espreso y tácito.—3.º Nominado é innominado.—4.º Unilateral y bilateral.—5.º Consensual, verbal, real y literal.—6.º De buena fé y de estricto derecho.—7.º Absoluto y condicional: notandose, que unos contratos transfieren la propiedad de la cosa, como: la venta, el cambio, el mutuo; que otros solo transfieren el uso, como: el comodato y el precario; y que otros no transfieren la propiedad ni el uso, como, el depósito.

7. Todo contrato se apoya en el consentimiento, y este es verdadero ó presunto: del verdadero nacen los contratos verdaderos, y del presunto los quasi-contratos. Contrato verdadero es, pues, el que produce obligacion por un consentimiento espreso ó tacito. Quasi-contrato es aquel hecho que produce obligacion, aunque no haya consentimiento espreso ó tacito, sino solo el que presume la ley por utilidad privada ó pública.

8. Contrato espreso es aquel en que se espresa la voluntad; tácito, aquel en que ésta se entiende, como cuando se devuelve la obligacion, se entiende remitida la deuda.

9. Contratos nominados son los que tienen nombre propio, como: venta, compañía &c. Innominados, los que no lo tienen; y son de cuatro especies: *doy para que des; doy para que hagas; hago para que des; hago para que hagas* l. 5. tit. 6. P. 5.—l. 5. de *prescrip. verb.* Este *dar ó hacer* es la causa de la obligacion; y el que la cumplió por su parte tiene derecho de escojer, pudiendo apremiar al otro á que cumpña, ó á que le pague los perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento; y debe ser creido por su juramento con la tasa del juez d. l. 5.

10. Unilaterales son aquellos en que uno solo de los con-

trayentes queda obligado, como el mutuo. Bilaterales, aquellos en que ambos, como: la compra, el arrendamiento &c. Estos se llaman tambien lucrativos y onerosos. Y se advierte que hay algunos contratos en que al principio se obliga uno y despues por incidencia se obliga el otro, como: el comodato y el depósito.

11. Consensuales son los que se perfeccionan por el simple consentimiento: los verbales, por palabras: los reales, por la entrega de la cosa: y los literales por la escritura. Mas tengase presente que los consensuales se llaman así, no porque se requiera el consentimiento, porque entonces todos los contratos serian consensuales; sino porque basta el consentimiento para que se perfeccionen, sin necesidad de tradicion de la cosa, ni de solemnidad de palabras, ni de escritura; de donde se sigue que son de buena fé, y que se pueden celebrar entre ausentes por simple aprobacion y tacitamente.

12. Contrato de buena fé es aquel en que se puede pedir lo que no se ha expresado, con tal que sea conforme á la equidad. De estricto derecho, al contrario, aquel en que solo se puede pedir lo que se ha expresado; así, en los contratos de estricto derecho no se deben intereses sin un convenio expreso; y en los de buena fé se deben en virtud de solo la mora, l. 46. tit. 28. P. 5. El dolo que da causa á un contrato de buena fé, lo anula *ipso jure*, l. 57. tit. 5. P. 5. Mas si el contrato es de estricto derecho, lo rescinde. Los contratos bilaterales son de buena fé, como: la compra y venta, el comodato, la prenda y todos los contratos consensuales. Los unilaterales son de estricto derecho, como: el mutuo, la obligacion por escrito &c.

13. Contrato absoluto es el que no pende de ninguna condicion; y condicional, el que pende de ella.

14. Contrayendonos ahora á las causas de la obligacion, debemos decir que son de dos clases: unas principales y regulares, y otras irregulares: las regulares son cinco: contrato, quasi-contrato, delito, quasi-delito y el pacto simple, serio y determinado. Las irregulares son las que dicta la equidad ó alguna consideracion al bien público, como las que producen la obligacion de escribir la cosa que alguno pide como suya, ó la de pagar el duplo de los materiales ajenos, que compete al que los puso en su edificio.

15. Hemos numerado el simple pacto entre las causas y regulares de la obligacion (se entiende siempre la civil y natural) porque por la famosa ley recopilada, 2 tit. 16. lib. 5. que es la norma en esta materia, queda abligado el que de

AA

cualquiera manera parezca que quiso obligarse á otro, aun entre ausentes. " Pareciendo, dice, que alguno se quiso obligar á otro por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción que no fué hecha estipulacion, que quiere decir, *promittimento con cierta solemnidad de derecho*, ó que fué hecho el contrato u obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano publico, ó que fué hecha á otra persona privada á nombre de otro entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro, ó hacia alguna cosa: mandamos, que todavia vaia la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro. "

16. Es necesario notar que hay pactos reprobados, que no producen obligacion; como: 1.º El de *quota litis*, que hace el litigante con su abogado, de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleito, el cual imposibilita al abogado de abogar por otro, como infame, *l. 14. tit. 6. P. 3.—2.º* El *antichrescos*, que se hace para que el acreedor perciba los frutos de la cosa empeñada mientras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, *l. 2. tit. 13. P. 5.* El derecho canónico tambien lo reprueba como usurario, *capp. 1. y 2. de usar. capp. 4. y 6. Decret. Gregor. 9.—3.º* El de la futura sucesion de uno que vive, hecho sin su consentimiento, *l. 13. tit. 5. P. 5.—4.º* Jeneralmente los que se hacen por dolo ó fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, *ll. 23 y 38 tit. 11. P. 5.* como el de no prestar el dolo en un contrato. A estos pactos pueden referirse algunos, que espresamente reprobaron las leyes romanas, y no hallamos en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde, *L. 7. §. 7. l. 28. de pact.—L. 9. C. de Profes. et Med.* de los cuales trata Ant. Gomez, *l. 22. de Toro*:

17. En los contratos hay circunstancias *esenciales*, sin las cuales no subsistirian; *naturales*, las que se suponen aunque no se espresen; y *accidentales*, que solo están por mera voluntad de los contrayentes. Así en la venta es circunstancia esencial el precio; porque si este falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra venta, como si se dijese: *te vendo mi caballo devalde*: es circunstancia natural, la eviccion, y accidental el pagar en oro.

18. Los contrayentes están obligados no solo á cumplir lo prometido, sino tambien á resarcir el daño. Hay daño cuando las cosas de nuestro patrimonio padecen algun menoscabo por otro; lo que puede suceder por *dolo*, por *culpa*, ó

por caso fortuito, l. 11. tit. 33. P. 7. Dolo, que las ll. de Partida llaman engaño, es: maquinacion que se hace para engañar a otro. Culpa: hecho con que se daña a otro sin razon; pero sin intencion de dañarlo. Y caso fortuito: aventura que no puede precaverser. Hay tres especies de culpa. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necedad, que es semejante al engaño: cuando se deja de poner el cuidado, que pone cualquier hombre regular. Leve es cuando no se cuida como los hombres diligentes. Y levisima, cuando no se cuida como los hombres diligentísimos.

19. Prestar el dolo, la culpa, &c. significa resarcir el daño causado por el dolo, la culpa ó el caso fortuito: bajo este supuesto decimos:—1.º Que el dolo se presta en todos los contratos.—2.º Que el caso fortuito no se presta en ninguno, a no ser que se halle culpa ó turdanza en el que debe restituir.—3.º Que la culpa lata se presta cuando toda la utilidad es del que da la cosa: la leve, cuando la utilidad es de ambos; y la levisima, cuando es solo del que recibe, l. 2. tit. 2. P. 5. de suerte que la lata se presta en todos. Sin embargo se ha de atender á la intencion de los contrayentes, que pueden convenirse en que se preste mas ó menos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato.

20. La transacion ó concordia, que pertenece á los contratos innominados, es: *Decision convenida, no gratuita de cosa dudosa*, Lopez, glos. 1. l. 5. tit. 6. P. 5. Valeron de transact. tit. 1. quest. 3 v 4 Mas claro, es: *un contrato voluntario en que se convienen los litigantes acerca de algun punto dudoso, decidiendolo mutuamente á su voluntad*. Se dice *decision*, porque termina los pleitos, de suerte que tiene tanta fuerza, como la cosa juzgada: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, porque no la hay sin que los transijentes se den, reciban ó remitan mutuamente alguna cosa: de *cosa dudosa*, esto es, de cosa de que hay ó puede haber pleito. Puede haber una transacion jeneral, pero debe ser con respecto á los pleitos que puedan dimanar de un litijio actual Valeron, tit. 2. quest. 1. n. 22.

21. Como la transacion es una especie de enajenacion, no pueden hacerla los que no pueden enajenar como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autorizacion de sus tutores. De los procuradores dice espresamente la l. 19 tit. 5 P. 5 puede transijir el que tuviere poder especial para el y tambien el que lo tenga jeneral, para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito, que el mismo otorgante podria hacer Pero Lopez glos. 8 y 9 dice: que aunque se concede esta facultad á tales procuradores jenerales, no

debe entenderse en aquellos casos, que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos, que suelen poner estas palabras por sí solo, sin noticia de los mismos otorgantes: tambien son de esta opinion Covar. 1. var. resol. cap. 6. n. 3. y Valer. de transact. tit. 4. quæst. 5. nn. 27 y 28 y en efecto, en práctica nadie quiere transjir con procurador que no tiene poder especial.

22. No se puede transjir, ni vale la transacion; 1.º sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse este; l. 1. tit. 2. P. 6. y creemos que los otorgantes no pueden renunciar la vista del testamento, porque la ley prohibitiva no se puede renunciar; (1) y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños: 2.º sobre los alimentos futuros, que se deben por testamento, sin autoridad del juez. Las leyes romanas lo establecieron así, L. 8. de transact. para evitar el engaño del alimentario; y aunque no tenemos esta prohibicion en las nuestras, se halla recibida en la practica, Valer. tit. 3. quæst. 3. Castillo, de aliment. cap. ult. No se estiende esta doctrina a los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, L. 9. C. cod. y el juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa, D. l. 8. de transact.

23. Puede transjirse sobre los delitos pasados, cuando se trata de ellos civilmente, en cuyo caso puede el juez imponer al reo que transjió, la pena correspondiente al delito, porque lo confiesa transjiendo, l. 22. tit. 1. P. 7. que escop-tua el delito de falsedad, el cual no se estiende confesar el que transije sobre él. Y añade, que si uno transije solo por librarse de la vejacion de seguir el pleito, y pudiese probar su inocencia, no merece pena, y el acusador debe pagarle el cuádruplo de lo que recibió, si se lo pide dentro de un año, y si despues el duplo. Si el delito fuese tal, que mereciese el reo pena de muerte ó de perdimiento de miembro, y de temor de ella quisiese transjir, dando algo á su acusador, puede hacerlo; porque es justo que cada cual pueda redimir su sangre, á escepcion del adulterio, que no admite transacion en que se reciba dinero; bien que puede el marido perdonar el delito sin precio alguno, d. l.

24. La transacion es de estricto derecho, y por ello solo tiene su efecto en lo que espresa, sin estenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, Castillo, tomo 4. controv. cap. 42. Valeron, de transact. tit. 5. quæst. 2. Su efecto es terminar el pleito, l. 54. tit. 14. P. 5. de suerte que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la escepcion de pleito acabado, y se considera muy favorable, como dirigida á evitar pleitos.

25. Se rescinde la transacion: 1.º Cuando se otorgó en vista de falsos instrumentos; pero si estos solo tuvieren relacion con algunos capitulos, quedarán firmes los otros. 2.º Cuando se hizo por dolo ó por miedo que cae en varon constante, l. 34. tit. 14. P. 5. Disputan algunos si se rescinde la transacion por la lesion enormisima; pero d. l. 34. dice: "que la avenencia é el pleito que asi fuese hecho, debe ser guardado, e cuanto quier que montase aquella parte que quitase el demandador, non la podria despues demandar;" y Lopez añade: que despues de esta ley no ha lugar á opiniones; porque las palabras *cuanto quier* nada escluyen; y asi no se rescinde la transacion aun cuando la lesion sea enormisima. Se hablará de la lesion al fin del titulo siguiente.

NOTA.

(1) No se puede renunciar la ley prohibitiva en los casos siguientes: 1.º Cuando es en beneficio del bien comun. 2.º Cuando la materia es mala. 3.º Cuando es irritante. 4.º Cuando interviene dolo ó en gaño. 5.º Cuando el legislador expresa que no permite que se renuncie la ley, ó que se obre contra ella aun renunciando, ó que no se pueda transijir sobre lo que manda. En este último caso se incluye el pacto ó transacion sobre lo que se deja en testamento cerrado antes de que se abra y lea. En otros casos se puede renunciar la ley prohibitiva, esto es, el privilejio ó derecho particular que resulte de ella.

TÍTULO X.

DE LA COMPRA Y VENTA.

Tit. 5. P. 3.—Tit. 11. y 12. lib. 5. R.—Tit. 24. lib. 3. Inst.

1. Definición de la compra y venta.—2. Del precio.—3. y 4. Del precio legal y natural.—5. y 6. Del monopolio y de la usura.—7. Del consentimiento y sus consecuencias.—8. Quienes no pueden comprar ni vender.—9. Nadie puede ser precisado a vender sus cosas, excepto en los casos que se expresa.—10. Cosas que no se puede vender.—11. Cosas que se puede comprar y vender.—12. Cosas que se puede comprar y vender con alguna limitación.—13. De la compra con dinero ajeno.—14. De la cosa que se vende a dos.—15. De la cosa ajena que vende el Rey.—16 y 17. Del Dolo.—18. De la cosa que se vende como cuerpo cierto ó medida.—19. De la venta por miedo ó fuerza.—20 y 21. De los pactos de la ley comisoria y de adición en día.—22. Del pacto comisorio.—23 y 24. Casos a que se extiende la venta.—25 26. y 27. A quien pertenece el daño.—28. 29 y 30. De la evicción.—31 hasta 34 de las acciones redibitoria y cuantit minoris.—35 y 36. Casos en que cesan estas acciones.—37 sobre. el empeño y venta de la cosa.—38. y 39. De la lesión enorme y enormísima.—40. Casos en que no ha lugar la lesión enorme.—41. En el fuero de la conciencia se debe reparar la lesión.—42. La lesión enorme se prescribe en 4 años, y en 20 la enormísima.—43. Derecho de Indias.

I. Los contratos consensuales son cuatro: compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato. La compra y venta es: un contrato consensual por el que uno da una cosa determinada a otro, recibiendo de este un precio fijo. Por lo que se debe tener presente: 1.º Que el consentimiento, la cosa y su precio son tres requisitos de la esencia de este contrato. 2.º Que este contrato es oneroso á ambas partes. 3.º Que se presta en él la culpa leve.

2. En cuanto al precio: 1.º Debe ser en dinero; porque si se dice otra cosa sería cambio. 2.º Debe ser cierto, aunque no absolutamente, pues vale el contrato si se dice: te vendo mi caballo por lo que me costó, ó por tanto cuanto tenga en esa caja; bien que en ambos casos faltaría el contrato, si el vendedor tuvo el caballo por donación ó herencia, ó no se encontrase dinero en la caja, *ll.* 1, 9. y 10.

Nú. 5. P. 5.—L. 7. §. 1. de const. empl.—3.º No vale el contrato si se deja el precio á voluntad de alguno de los contrayentes; pero valdrá, si ambos convienen en que lo señale otra persona determinada; bien que si lo señalare desiguadamente, mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, debería ser regulado á arbitrio de hombres buenos. Y si el tal muriese antes de señalar el precio, no valdría la venta, *d. l. 9.—§. 1. Inst. de empl. et vend—4.º* Aunque el vendedor entregue la cosa al comprador, no se transfiere á este su dominio hasta que pague el precio; á menos que compre al fiado, ó con prenda ó fiador.

5. El precio es legitimo ó natural. *Legitimo* es el fijado por la ley; no puede aumentarse ni disminuirse, y deben observarlo todos, aunque sean clérigos ó comunidades. *Natural* es el que depende de la estimacion comun, y este puede ser medio, infimo y supremo, como: 45—50—y 55. El equitativo es el medio, aunque se puede comprar en el infimo, pero no en menos; y se puede vender en el supremo, pero no en mas.

4. Dependiendo de la estimacion comun el valor de cada cosa, la escasez de esta y la multitud de compradores aumentan su valor; y al contrario, la abundancia de la cosa y la falta ó escasez de compradores disminuyen su valor. Tambien cuando una cosa se vende por menor, se compra y vende en mas; y al contrario se compra y vende por ménos, cuando se vende por mayor. Y se puede comprar y vender en el precio que corre actualmente, aunque se sepa de cierto que luego ha de aumentar ó disminuir, *Molina, de just. et jur. disp. 354.*

5. Tambien se puede comprar un grano en tiempo de cosecha, para venderlo despues á mejor precio, con tal que sea al precio corriente, pero el monopolio esta prohibido por todo derecho, y consiste en que uno recoja toda la cantidad de una especie ó jenero para vender él solo en lo que quiera; ó en que se pacten ó combinen todos los comerciantes ó vendedores en no rebajar del precio que ellos determinen. Por las *ll. 1. 2. 3. y 4. tit. 14. lib. 8. R.* se castiga con diez mil maravedis de multa y destierro del reino por un año, y penas mas graves, si se añaden otras circunstancias.

6 6. El que vende al fiado en mas de lo que vende al contado, comete usura; á no ser que el exceso sea solo para compensar el lucro cesante efectivo, ó el daño emergente que resulte del fiado. Del mismo modo, el que por adelantar el precio compra en menos, comete usura; á no ser que

solo se compense el daño ó lucro cesante que sufre por adelantar el dinero.

7. De la naturaleza consensual de este contrato se deduce—1.º Queda perfeccionada la venta luego que los contrayentes consienten en la cosa y en el precio. Si convinieron en que se perfeccione la venta por escritura, es necesaria esta para su perfeccion; pero si convinieron en que quedaba perfecta desde el momento, y en que constase despues por escritura, no puede arrepentirse un contrayente, y el otro puede obligarlo á que otorgue la escritura. Pero si se hizo mencion simplemente de escritura, no se tendrá por perfecto el contrato hasta que esta se verifique, *Hermosilla l. 6. tit. 5. gloss 1. n. 5.*—2.º Si el contrato no se ha perfeccionado todavia, pueden arrepentirse los contrayentes, aun cuando hayan dado alguna señal, que comunmente se llama arras, *l. 6. tit. 5. P. 5—Princ. Inst. de empt. et vend. y entónces, si se arrepiente el comprador que la dió, debe perderla; y si el vendedor, debe volver la señal con otro tanto; pero si la señal se dió en prueba de estar perfeccionando el contrato, no hay lugar al arrepentimiento, y se imputa ella en parte del precio.*—3.º No puede deshacerse este contrato por carta del Rey, ó porque el vendedor ofrezca el precio doble, *l. 61. d. tit.—L. 3. et 6. de rescind. vend.*—4.º Puede celebrarse entre ausentes por cartas ó por procurador, y no estando presente la cosa, *l. 8. d. tit. y si no se señala precio, se entiende que el procurador ha de hacer la compra en su justo precio, segun se practica, Lopez, gloss. 5. l. 46.—§. 1. Inst. de empt. et vend. et l. 16. §. ult. de pignor.* 5.º El error ó dolo que causa el contrato, lo anula, pero no el que incide en él—6.º Se puede rescindir el contrato por la lesion enorme, como se verá luego.

8. Pueden comprar y vender los que no tienen prohibicion legal absoluta ó respectiva, por lo que: 1.º No puede haber compra y venta entre el padre y el hijo que tiene en su poder, excepto en las cosas que son del peculio castrense ó cuasi castrense de este, *l. 2. tit. 5. P. 3*—2.º Tampoco puede el menor vender, ni comprar, ni fiar, ni hacer otro contrato alguno sin licencia de su tutor ó curador, siendo nulos tales contratos y cualesquiera fianzas y seguridades dadas para su firmeza, bajo las penas de la *l. 22. tit. 11. lib. 6. R.*—3.º Esta misma ley prohibe á los mayores las compras y préstamos á pagar en tiempos inciertos, por las siguientes palabras: *Y otro sí, porque somos informados que los mayores ó menores que no están bajo el poder paterno ó tutelar ó curador toman en fiado para quando se casaren*

heredaren, ó sucedieren en algun mayorazgo, ó para cuando tuvieren mas renta ó hacienda; mandamos que no lo puedan hacer, ni ningún mercader, ni platero, ni otra persona alguna de cualquier estado ó condicion, no den en fiado, ni presten dineros, plata, oro, ni ningún pueero para lo pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos; y los contratos que sobre ello se hicieren ó fianzas ó seguridad sean ningunas, y mandamos á los dichos mercaderes y plateros y otras cualesquiera personas y escribanos que no den lugar que se otorguen ni juren, so-pena que pierdan sus oficios, y no puedan usar mas de ellos de ahí adelante; y los mercaderes y plateros demas del perdimiento de sus oficios, incurran en pena de cien mil maravedis."—4.º Los tutores ó curadores, albaceas y cualquier otro administrador de bienes de otro, no pueden comprarlos pública ni privadamente, bajo pena de nulidad y devolucion del cauto tanto del valor de lo comprado, *l. 23. y Azevedo prueba que por compra se entiende cualquier contrato en que se transfiere dominio.*

5.º Los gobernadores, corregidores, sus oficiales ni otro alguno de su compañía no pueden, por sí ni por otro, comprar fincas, ni usar el trato de mercaderías, ni traer ganados, ni edificar casa en el territorio de su jurisdiccion, bajo la pena de su perdimiento para la cámara del Rey, *l. 5 d. tit. 5. y 2. tit. 6. lib. 3. R.*—6.º Los jueces no pueden comprar los bienes que se venden en almoneda por su mandato. Tampoco pueden comprar á los que litigan ante ellos, excepto en los casos que trae Hermosilla, *l. 5 tit. 5. glos. 1. 2. 3. y 4*—7.º Los corredores no pueden comprar ó vender mercaderías por su cuenta bajo pena de su pérdida y diez mil maravedis; ni comprar las cosas que se dieron á otro corredor, ni dar á vender uno de ellos á otro las que se le habian dado para que él las venda, bajo pena de diez mil maravedis, *l. 26 tit. 11. lib. 5. R.*—8.º Los ropavejeros no pueden comprar por sí ni por otro en las almonedas, *l. 17, tit. 12. lib. 5. R.*—9.º Los clérigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion, *l. 46. tit. 6. P. 1. Azevedo en la l. 7. tit. 18. lib. 9. R. Concil. Trid. Ses. 22. cap. 1 de Reform. Benedicto 14. Const. Apostólica servatus, y de comprar, y adquirir bienes raíces sin licencia del Rey, ni retener sin ella los que llegren á sus manos por testamentos, aniversarios y capellanías, antes bien deben vender estos dentro de un año siguiente: y lo mismo milita para con las iglesias.*

9. Por la *l. 8. tit. 5. P. 5—L. 11. C. de const. empt.* nadie puede ser precisado á vender sus cosas sino es para

que su esclavo obtenga la libertad ó por sevicia §. *ult. Inst. de donat.* mas Covar. *var. lib. 3. cap. 14. n. 7. et 8. Gomez var. lib. 2. cap. 2. n. ult. Hermosilla, glosa 1a. d. l. 3.* cuentan las siguientes causas por las que se puede precisar al dueño á la venta de su cosa. 1.º Necesidad pública en tiempo de mucha hambre y carestia, en cuyo caso se manda extraer los viveres no solo de las casas de los seglares, sino de los clérigos, obispos, comunidades é iglesias, *l. 1. tit. 25. lib. 5. R. 2.º* En favor de la religion se puede precisar á un vecino á que venda su casa para edificar iglesia ó lugar pio. 3.º Por utilidad pública, como si fuese necesario un camino.—En cuanto á la compra, no pueden los jueces compeler á nadie á que compren los bienes de los delincuentes con ningun pretexto, siendo nulas las ventas contra esta prohibicion, *l. 18. tit. 1. lib. 8. R.*

10. Para que se pueda vender una cosa es necesario que esté en el comercio de los hombres, esto es, que pueda adquirirse su dominio á lo menos por el comprador: de aqui es que no se puede vender: 1.º El hombre libre. 2.º Las cosas sagradas, religiosas y santas, sino es como accesorias, *l. 15. d. tit. 5.* bien que la *l. 1. tit. 14. P. 1.* refiere algunos casos en que pueden ser vendidas, como para el pago de una gran deuda de la Iglesia, construccion de ésta y alimento de pobres en tiempo de hambre. 3.º Las que son de uso público, como plazas, caminos, rios, &c. *ll. 8. tit. 15. P. 1. y 16. tit. 5. P. 5.—4.º* Las nocivas, *l. 17. tit. 5. P. 5. 5.º* Las robadas, *l. 17. tit. 14. P. 7.—6.º* Las cosas litijiosas, *ll. 13, 14, 15, y 16. tit. 7. P. 3.* que dan la cosa por litijiosa con solo la citacion, sin necesidad de *litis contestacion*: y que tambien disponen, que el que antes del emplazamiento vende ó enajena á persona mas poderosa su accion ó derecho contra otro, pierde su derecho; y el demandado no tiene obligacion de contestar.—7.º Las de mayorazgo ó fideicomiso.—8.º Las piedras ó maderos que constituyen algun edificio, *l. 16. tit. 5. P. 5.—9.º* Por la *l. 14. tit. 5. P. 5.* sobre la venta de molino ó casa ó otro edificio derribado, ó de arboles arrancados, el que compra sabiendo que la cosa está destruida, se halla obligado al precio: si el comprador y vendedor ignoraban, y la cosa está totalmente ó en su mayor parte destruida, no vale la venta: si está destruida en su menor parte vale; aunque se deduce del precio el valor de la deterioracion: si el vendedor sabe, y la cosa está totalmente destruida, no vale, y debe resarcir el menor esbo y los daños al comprador en cuanto éste jure, y estime el juez.

11. Pueden ser vendidas: 1.º Todas las cosas que están

en el comercio de los hombres: no solo las existentes, sino tambien las futuras, como el fruto que dice este año cierta viña; pero si esta viña no diese fruto alguno en aquel año, no tendria el comprador obligacion de dar el precio, sino es que lo hubiese comprado á su ventura, *l. 11. d. tit. 5.* porque en este caso solo se entiende comprada la esperanza, Lopez, *glosa 5.* como cuando un pescador vendiese lo que sacase por primer vez. 2.º Por la misma razon se pueden vender las herencias que de cualquiera parte puedan venir, excepto la de cierta y determinada persona, sino es con su consentimiento, *l. 13. d. tit. 5.—5.º* Las cosas incorporales, como servidumbres, créditos, derechos y acciones. 4.º Las cosas ajenas, sujetas á eviccion.

12. Hay algunas cosas que solo se pueden comprar y vender con alguna limitacion, de las que se trata principalmente en los *tit. 11. y 12. lib. 5. R.* como el trigo y otros granos, la seda cruda, las carnes vivas, el abasto de la Corte, &c. mas el progreso de los conocimientos en la economia política ha hecho algunas variaciones en los reglamentos de comercio y en los municipales. Los ropavejeros no pueden vender ni deshacer la ropa que hubieren comprado, sin tenerla antes colgada á su puerta a lo menos por diez dias, para que se pueda ver por todos. *l. 16. tit. 12. d. lib. 5.*—Finalmente las cosas que estanca el rey, solo se pueden vender por las personas destinadas para ello, bajo las penas establecidas contra los infractores. (1)

13. La compra con dinero ajeno es válida, y la cosa es del comprador, si la compró en su nombre, á menos que el dueño del dinero sea militar en servicio del rey, ó menor de 25 años, ó iglesia, y el comprador sea el tutor del menor, ó el prelado, ó guardador de la iglesia: en estos casos la cosa es del militar, del menor ó de la iglesia; pero está en su eleccion tomar la misma cosa ó el dinero, *l. 49. tit. 5. P. 5.*

14. Con respecto á la cosa que se vende á dos está dispuesto: 1.º Si uno vende su cosa á dos y ambos pagan su precio, la cosa será de aquel á quien se dió la posesion, aunque fuese el comprador posterior, y el vendedor deberá devolver el precio y los perjuicios al otro. Si la cosa fuese ajena, es preferido el que primero tuviese la posesion, aunque no haya pagado el precio; pero siempre que venga su dueño, le queda salvo su derecho, *l. 50. tit. 5. P. 5.—2.º* Si Pedro vende una cosa ajena, y da su posesion, y si despues de haber adquirido el mismo Pedro su dominio por cualquier título justo, la vende á otro, será del primer com-

prador, porque tuvo la posesion; aunque el segundo alegue que Pedro se la vendió, cuando ya era dueño de ella, *l. 51. d. tit. 5—3.º* Por la *l. 7. tit. 7. P. 7.* hace falsedad, ó comete estelionato, el que vende una cosa á sabiendas á dos personas y toma precio de ambas: la cosa debe quedar con el primer comprador, y el vendedor debe volver el precio al segundo, y ser desterrado por tiempo cierto en alguna Isla al arbitrio del juez; pero esto se entiende cuando no hay tradicion; pues habiendola, es preferida la primer venta, aunque la segunda sea jurada, Lopez, *glos. 8.—4.º* Los practicos con arreglo á estas leyes dicen: que como los contratos, por lo regular, no transfieren el dominio sin la tradicion, prefiere el poseedor al primero que contrató; porque el poseedor tiene un derecho pleno mediante el título y la tradicion, mientras que el otro solo tiene título, que no le da derecho alguno actual en la cosa, sino el *jus ad rem* ó accion personal contra el que vende, dona, &c. Covar. *var. resal. lib. 2. cap. 19.* Gomez, *lib. 2. var. cap. 2. n. 20.* Hermos. *d. l. 50. glosa. 1.* cuyas ampliaciones y limitaciones pue- den verse:

15. Si el rey vende ó dona alguna cosa ajena, adquiere desde luego su dominio el comprador ó donatario; pero el que antes era su dueño, puede pedir su estimacion hasta cuatro años y no mas, y el Rey se la debe pagar, *l. 53. d. tit. 5—§. ult. Inst. de usucap.*

16. El dolo da causa al contrato ó solo incide en él. El 1.º es aquel sin el cual no se habria celebrado el contrato, porque recae en la sustancia de la cosa, como cuando se vende laton por oro. Este anula el contrato, porque impide el consentimiento. El 2.º es aquel con el cual se habria celebrado el contrato, porque solo recae en los accidentes de la cosa, como cuando se vende oro malo por bueno. Este no anula el contrato, porque no impide el consentimiento, y así lo deja válido, y solo produce accion para que se resarsa el daño, *l. 57. d. tit. 5.* Lopez, *glosa 1. §. ult. de usucap.*

17. Esta *l. 57.* dice: que si uno indujese engañosamente á otro á vender una cosa que no tenia ánimo de vender, ni tenia noticia de su precio, ni la habia visto, esta venta seria nula, sea hecha ella por menos de lo que valia la cosa ó nó; pero que si tenia ánimo de venderla, y el engaño consistiese en encubrirle alguna de sus pertenencias, valdría la venta, bien que el comprador estaria obligado á denunciar el engaño; como si dijera, que si el engaño da causa al contrato, es nulo éste; pero que si interviene engaño

por incidencia, ó acompaña accesoriamente al contrato, entonces es válido, y ha lugar á la reparacion del daño

18. Bien que es necesario distinguir cuando la cosa se vende por cuerpo cierto ó por numero ó medida. Si la cosa se vendió por cuerpo cierto, como un tal terreno, no ha lugar al aumento ó disminucion del precio, aunque resultase un terreno de cien fanegadas en lugar de ochenta ó al contrario; pero lo habrá, si la venta se hubiese hecho con respecto á la medida, como un cierto numero de fanegadas. Asi lo probamos en nuestro Digesto, *lib. 18. tit. 1. n. 4.* con Gomez, 2. var. cap. 2. n. 16. Covar. *pract. quest. cap. 3.*

19. De las ventas que se hacen por miedo ó fuerza habla la l. 56 y ya hemos dicho que se rescinden por la rescision *in integrum*, *lib. 1.º tit. 8. n. 7.* Ahora añadimos: que para que la fuerza ó miedo dé lugar á la rescision de los contratos, son necesarias cuatro circunstancias. 1.ª Que el miedo sea grave. 2.ª Injusto. 3.ª Inferido por hombre ó mujer que tenga uso de razon. 4.ª Con el fin de obtener el consentimiento para aquel acto ó contrato. Faltando una de estas circunstancias el miedo no daña el contrato.

20. Cualquier pacto que se ponga en las ventas, debe cumplirse, como no sea contra las leyes ó buenas costumbres. Los mas frecuentes son el de la *ley comisoría*, el de *adición ó echamiento de día*, y el de *retroventa*. El 1.º es una convencion de que si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia, se deshaga la venta; y en su virtud, si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado, tiene el vendedor la eleccion de pedir todo el precio, ó de revocar la venta, reteniendo para sí la señal ó la parte de precio que hubiese recibida; y hecha la eleccion no puede arrepentirse. *l. 4. § 2. l. 7. de leg. commis.* Si el comprador hubiese recibido algunos frutos, los debe tornar al vendedor, sino es que este no quisiese tornar la señal ó parte del precio recibido, en cuyo caso no debería tener los frutos. Estos se vuelven deducidas las espensas, y el comprador debe pagar el empeoramiento de la cosa, que sobreviniese por su culpa *d. l. 36. tit. 5. P. 5.—V. tit. 12. n. 4.*

21. El de adición en dia es: una convencion de que si hasta cierto dia hallase el vendedor quien le diese mas por la cosa, pueda venderla a este; en cuyo caso debe ser preferido por el mismo precio el primer comprador, quien si no aceptare el aumento ha de volver la cosa con los frutos, deducidas las espensas, *l. 40. d. tit. 5.—L. 5. el 8. de in diem addic.*

22. Está reprobado el pacto comisorio, por el que empeñada una cosa, y pasado el día señalado sin redimirse, sea del acreedor por aquello solo que dió, cuando la recibió á peños, y no segun el justiprecio de hombres buenos *l. 40. tit. 5. y 12. tit. 15. P. 2.—L. ult. C. de pact. pign.*

23. El comprador debe pagar el precio, pues de otro modo si aun con la posesion de la cosa se hace dueño de ella, a no ser que el vendedor se la hubiese fiado, sea con fianza ó prenda, sea sin ellas. El vendedor debe entregar al comprador la cosa vendida con todo lo que le pertenece ó le está unido. Si es una casa con los canales, caños, aguaduchos y todas las demas cosas acostumbradas para su servicio, estan dentro de ella ó fuera. Tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueron de ella. Pero no los que no hubieren estado puestos en la casa, aunque el vendedor los hubiese llevado á la misma casa para ponerlos en ella, *l. 28. d. tit. 5.—L. 17. §. 10. de acti. emp. et vend.* Esta misma distincion se observa con respecto á las pérticas ó palos para levantar las vides, pues entran en la venta los que estuviesen metidos, ó los que han de volver á ponerse, y no los otros, aunque estuviesen destinados y preparados á este efecto, *l. 31. tit. 5.* Tampoco entran los peces que se hallaren en alguna alberca de la casa y heredad vendida, ni las gallinas, ni otras aves ó bestias, que hubiere en ella, *l. 30. L. 15. cod.* Ni los muebles que no están unidos á la casa, como las mesas, armarios, cubas ó tinajas que no estuvieren fincadas ó soterradas en la casa; pero si estuvieren, entran en la venta, *l. 29.*

24. Si se vende una caballeria, se entienden vendidos los aparejos y adornos, que se hayan puesto con el fin de venderla, y no con el de viajar ó trabajar; y si es una vaca, yegua, oveja, &c. se entienden vendidas las crías que están mamando, con tal que sean de aquellas que no pueden servir para comer, porque en estas no puede ser la intencion de los contrayentes separarlas de sus madres. Nuestras *ll.* no tocan estas cuestiones. Vase nuestro *Digesto, lib. 19. tit. 1. n. 8.*

25. Perfeccionada la venta, pertenece desde entonces al comprador todo el daño y provecho, aun antes de su entrega, *l. 23. tit. 5.* menos en los casos siguientes, en que el daño es del vendedor: 1.º Cuando hubo dolo ó culpa ó tardanza en el vendedor; pero si despues de la tardanza quisiese entregarla el vendedor sin daño, y él comprador tardase en recibirla, será suyo el daño que suceda entonces, *ll. 27. y. 39.—LL. 15. et 17. de per et com. rei vend.—*

2.º Cuando el vendedor tomó sobre sí el peligro.—3.º Si la venta fuese condicional, y empeorase ó mejorase la cosa antes de cumplirse la condicion, pertenezca al comprador el daño; pero si se perdiere ó destruyese toda por cualquier manera que fuese, el daño sería del vendedor *l. 26. tit. 5.º*

4.º Cuando la cosa fuese de las que se gustan, miden ó pesan, y se perdiere ó empeorase antes de ser gustada, medida ó pesada, aunque se haya convenido en el precio, *L. 55. § 6.º de contr. empt;* pero si falta el comprador al día señalado para gustar, medir, ó pesar, ó al día para que se le requirió delante de testigos, es suyo el daño que suceda despues, *l. 24. tit. 5.*

26. Esta ley añade varias particularidades: 1a. No acudiendo el comprador requerido, puede el vendedor vender la cosa á otro, y recobrar del comprador moroso el menoscabo que tuviere en esta venta. 2a. Puede el vendedor alquilar vasos ó cubos á costa del comprador moroso, si necesitase los suyos, en que está el vino vendido. Y si no hallare vasos de alquiler, y los hubiere menester para poner otro fruto, que no tiene donde meter, podrá echar en la calle ó camino, lo que tanta vendido, pesandolo ó midiendolo antes. 3a. Si la venta fuese de oro, plata, trigo ú otra cosa que se vende por peso ó medida, y antes de pesarse ó medirse, se pierde en todo ó en parte, es del vendedor el peligro. Pero si conservándose la cosa, abaratase ó encareciere el precio de las de su clase, la mejora ó menoscabo que habria por esta razon, sería de solo el comprador: es decir, que si bajase el precio, deberá pagarlo entero, segun la convenion; y si subiere, no ha de pagar mas que el convenido, Lopez, glosa 11. y Hermosilla, glosa 4. y ambos recomiendan esta ley, y dicen: que estas ventas no se entienden perfectas en cuanto al peligro; y si en cuanto al aumento ó baja del precio.

27. Pero en las cosas que se venden á ojo, como todo el vino de una bodega ó acyte de un almacén, pertenece al comprador todo el daño ó provecho que acaeciere despues de haberse convenido, como sucede generalmente en las cosas que no se pesan ni miden, *L: 36. § 5.º de contr. empt.*

28. El vendedor está obligado á la eviccion y saneamiento de la cosa vendida; á la eviccion, porque debe defender á sus espensas al comprador; si le fuese movido pleito sobre la propiedad, posesion ó goce de ella; y al saneamiento, porque en defecto de la cosa vendida está obligado á darle otra igual en todo, y cuando esto no pueda, á restituirle el precio y las costas, gastos y perjuicios, con sus intereses: y si se impuso la pena del doble, á pagarle la esti-

macion dupla de la cosa, aunque valga mas que el precio que recibió, *l. 32. tit. 5. P. 5.* con tal que el comprador haga saber al vendedor la ocurrencia antes de la publicacion de probanzas, cuando mas tarde. Si el vendedor no quisiere entrar en juicio podrá el dueño litigar con el comprador, quedándole a éste salvo su derecho, para precisar al vendedor al saneamiento de la cosa, *l. 32. Hasta la 37.* Y si el vendedor es clérigo puede ser reconvenido de eviccion por el juez del comprador, aunque este sea secular, si ante este pende el pleito sobre la posesion ó propiedad de la cosa vendida, *l. 57. tit. 6. P. 1.*

29. La obligacion de la eviccion cesa en los casos siguientes. 1.º Si el comprador pone el pleito en manos de árbitros, y lo pierde sin consentimiento del vendedor, á no ser que este se hubiese obligado de cualquier modo que se quitase la cosa, Lopez, *glos. 3. d. l. 33.* y Hermosil. *id.—3.º* Si el comprador pierde por su culpa ó por un caso fortuito la cosa comprada ó su posesion. 4.º Si el comprador no alegó la prescripcion que tenia ya ganada; y Lopez, *glos. 7a.* estiendo esta doctrina á las espensas y mejoras que el comprador hubiese hecho en la cosa, y al tiempo de restituirla no las exceptuó ó protestó, que por lo mismo no podria recobrarlas del vendedor. 5.º Si habiendose dado sentencia, dejó de apelar, no estando el vendedor delante. 6.º Si el vendedor la vendió al comprador estando jugando un juego prohibido ó la jugó. 7.º Si el juez diese sentencia injusta á sabiendas ó por ignorancia contra el comprador; pues entonces el responsable es el juez, Hermos. *d. l. glos. 6a. l. 24. tit. 22. P. 3.* Covar *lib. 3. var. cap. 7. n. 10—8.º* Si siendo la cosa vendida una herencia, ó las rentas de una heredad, ú otra jeneralidad, fuese vencido en juicio el comprador solo con respecto á una cosa ó á una renta determinada de ella, y no á toda ó la mayor parte; pero si la cosa fuese nave, casa, cabaña de ganados ú otra semejante, y el comprador fuese vencido en alguna parte de cualquiera de estas cosas, debe el vendedor hacerla sana, como si lo vencieren por toda la cosa principal, *ll. 35. y 25. tit. 5.—9.º* Si el comprador consiente que la cosa se haga eclesiástica. 10.º Si el gobierno se apodera de ella, Hermos. *l. 37. glos. 1. n. 6.* que trae su limitacion. 11.º Si se pactó expresamente que el vendedor no habia de estar obligado á la eviccion, quedando el comprador enterado del perjuicio que podia resultarle de este pacto. 12.º Si el comprador fué de mala fé, sabiendo que la cosa era ajena, pues entonces debe restituirla al dueño, sin que el vendedor esté obligado

¿ restituírle el precio, á no ser que espresamente lo estuviere á la evicción.

30. La evicción tiene lugar en todos los demas contratos onerosos, y por consiguiente: 1.º En los arrendamientos.— 2.º En las permutas, *l. 4. tit. 6 P. 5.*—3.º En la dación en pago de deuda, *L. 4. C. de cur. 4.*º En los juicios divisivos. 5.º En las divisiones de herencias, en las que previene la *l. 9. tit. 15. P. 6* que si se hacen ante juez, mande este, despues que fuese hecha, que las partes se afiancen mutuamente la evicción; pero que esta no tenga lugar, si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division. López, *glosa 2. añ. 2.º*, que ha lugar la evicción, cuando consta que el testador quiso la igualdad entre sus herederos; y con mas razon deberá haberlo cuando el hijo quedase perjudicado en su legitima. 6.º En las transacciones ó concordias, cuando la cosa quitada no es de aquellas que fueron objeto de la transacción, sino que se dió á alguno de los transijentes para que transijiera, *l. 38. C. de transact.* 7.º En la dote estimada, en la necesaria y en la que procede de promesa obligatoria. 8.º El legatario de una cosa jenérica, podrá pedir otra al heredero, si le fuese quitada la que este le dió primeramente; así lo probamos en nuestro *Digesto, tib. 21. tit. 2. n. 11.* y sucederá lo mismo siempre que el que adquiere la cosa por título lucrativo, tiene derecho para pedirla de nuevo ó su equivalente. Por lo demas, el que tiene una cosa por título lucrativo no goza por lo regular de la evicción. Vease sobre estas doctrinas á Guzman, *de evic. y Gomez, 2. var. cap. 2.*

31. Tiene el vendedor obligacion de manifestar las cargas, vicios ó defectos de las cosas, sea raiz, sea semoviente; y si no los manifiesta, puede el comprador intentar dentro de seis meses la accion *redivitoria*, para volver la cosa al vendedor, y recobrar del mismo el precio; ó bien dentro de un año la accion del cuanto menos *quanti minoris*, para recobrar del vendedor tanta parte del precio, cuanta valiese ménos la cosa por razon de la carga ó vicio ocultado. Estos dos plazos se empiezan á contar desde el dia en que se hizo la venta, *l. 65. tit. 5.* lo que entiende con razon López, *glos 11.* en el caso de que en dicho dia observase ó tuviese noticia del vicio el comprador; pues desde entónces y no antes debe contarse el tiempo, segun aquellas palabras del principio de la misma ley: *luego que el comprador entendiere aquella enfermedad ó tacha fasta seis meses pueda tomar.* Y segun la Curia Fil. *Redib.* puede el comprador elegir una de estas dos acciones, y retener la cosa viciosa, contra la voluntad del vendedor.

32. La *l. 63.* sobre la venta de bienes raíces, dice: que si uno vende casa ó torre que tiene servidumbre, callando esta carga, sin avisarla al comprador, puede este deshacer la venta, y está obligado el vendedor á volver el precio con los daños y menoscabos que le hubiese causado. Y aunque esta ley no habla de la accion *cuanti minoris*, dice Lopez, *glosa 4.* que tambien puede usar de ella el comprador.

33. La ley 65. sobre la venta de bestias, solo habla de la devolucion del precio, aunque el vendedor sepa la tacha de la bestia al tiempo de venderla; pero seguiremos á Hermosilla, segun el cual es tambien responsable á los daños, asi como lo es el vendedor de una cosa por la *l. 63.*

34. Parece que la misma *l. 63.* esciije que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha para que se den las acciones *redivitoria* y *cuanti minoris*; pues dice: *si lo sabe el vendedor*; pero Lopez, *glos. 4.* y Herмос. *adic* juzgan ser lo mismo si la ignorase; porque de que la ley hable del caso en que el vendedor sabe la tacha, no hay razon para escluir el caso en que la ignore, contra el espíritu de las mismas leyes, que por lo jeneral no quieren que la ignorancia del vendedor perjudique al comprador: lo que tambien es conforme á la *L. 1. §. 2. de edil. edic.*

35. El vendedor no estaria sujeto á ninguna de las acciones referidas, si al tiempo de vender la cosa manifestase el vicio al comprador, de modo que siendo este sabedor le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio. Lo mismo seria, si se aviniesen en el precio, y la venta se hiciese en terminos que por tacha que tuviese la bestia, no la pudiese deshacer el comprador, *l. 66.* pero Lopez, *glos. 2.* dice: que esto se entiendo en el caso que el vendedor ignorase el vicio, conforme á unas leyes romanas. Pero si el vendedor decia jeneralmente que la bestia tenia tachas, y encubria la que habia, callando, ó diciendolas engañosamente envueltas en otras, de manera que el comprador no pudiese enterarse, estaria obligado á las dos acciones espresadas, *d. l. 66.*

36. No hallamos decidido en nuestras leyes el caso en que el vicio está patente á la vista. Molina, *de just. et jur. tr. 2. disp. 353. n. 17.* dice lo siguiente: "Si el vicio de la cosa vendida es manifesto y patente, no se da accion ninguna contra el vendedor en el fuero esterno; á no ser que el comprador sea defraudado en mas de la mitad del justo precio, Esta es comun, y consta de la *L. 1. §. si intelligatur* y otras que cita Gomez, *2. l. var. cop. 2. n. 48.* Aun en el fuero interno es válido el contrato, y si es igual

á nada está obligado el vendedor. Pero se entiende, á no ser que al tiempo del contrato conste al vendedor que el comprador ignora el vicio notable de la cosa que está manifiesto por sí: entonces pues, está obligado á advertirsele en el fuero de la conciencia, si la cosa se hace con este vicio notablemente inútil para el fin con que se compra, como lo afirman comunmente los Doctores." Por lo demas, se debe advertir que estas dos acciones tambien tienen lugar en las permutas, en la dacion en pago, y en la dote estimada; y sin perjuicio de las de lesion y eviccion.

37. La *l. 67. d. tit. 5.* propone dos casos: 1.º Que si el comprador habiendo comprado la cosa la empeñase á otro, y despues se deshiciese la venta, por alguna de las razones que hemos espresado, entonces el que la tomó á peños debe volverla al vendedor cuya fué, y puede pedir al comprador que la empeñó, que le pague lo que dió sobre ella á peños. 2.º Que si alguno empeñase á otro una cosa obligandose en tal manera que no la pudiese vender, dar, ni enajenar de ningun modo hasta que la tuviese quita ó libre, y sin embargo la vendiese á otro, no valdria la venta.

38. Debiendo haber igualdad entre el precio y la cosa; y escajiendo la utilidad pública el cumplimiento de los contratos, se ha establecido que si la desigualdad fuese en mas de la mitad del justo precio, puede rescindirse la venta; pero no si es menor. Cuando el precio es algo mas ó menos de la mitad del justo, hay lesion, que se llama *enorme*; y *enormisima*, cuando excede en el duplo, triple ó cuádruplo, ó no llega á la mitad con mucho. Las leyes no espresan la cantidad del exceso; y por eso juzgan los autores que debe definirse al arbitrio del juez (2) Covarrubias pone dos ejemplos prácticos, *lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 3.* y Parlador. *lib. 2. rer. quotidian. cap. 4. n. 51.* dice: que basta si excede el duplo ó el triple.

39. Por las *ll. 56. tit. 5. P. 5. y 1. tit. 11. lib. 5. R.—L. 2. C. de rescid. vend.* se previene, que si el vendedor fuese engañado en mas de la mitad del precio, como si vendió por treses de cinco lo que valia diez, debe el comprador ó suphr el precio justo que valia la cosa cuando la compró, ó dejársela al vendedor, recobrando de este el precio que le dió. Y si el engañado fuese el comprador, porque compró por mas de quince lo que valia diez, está obligado el vendedor á restituir el exceso del justo precio que llevó, ó á tomar la cosa que vendió, tornando al comprador el precio que recibió: de suerte que siempre está en arbitrio del que engañó tomar uno de los dos medios indicados: le

que debe guardarse en las ventas, cambios, arriendos y todos los demás contratos onerosos, aunque se hagan por almoneda, desde el día en que se celebraron hasta cuatro años, y no después. Pero si el engaño no llega a más de la mitad del justo precio, subsiste el contrato, y no está sujeto á rescisión, *l. 2. d. tit. 11.*

40. Pero no ha lugar á la lesión en los casos siguientes: 1.º En la dote estimada, en la cual si hubo lesión de cualquier cantidad que sea, debe rescindirse y reformarse; mostrado el engaño, *l. 16 tit. 11. P. 4.—2.º* En las obras que toman los artistas á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño, por la pericia que se les supone, *l. 8. d. tit. 5. lib. 5. R.—3.º* En las ventas de bienes raíces pertenecientes á obras pías, de las temporalidades de los jesuitas; de los Colegios mayores, de la Corona y de los vínculos y mayorazgos, no ha lugar á los recursos de lesión y nulidad, conforme á la ced. de 21 de octubre 1800.—4.º Tampoco ha lugar en la venta contra la voluntad del vendedor, y en que fuesen compelidos (3) y apremiados compradores, y fuesen vendidos los bienes por apreciadores y públicamente, *l. 6. d. tit. 11.—5.º* Tampoco cuando la cosa está perdida, muerta ó muy empeorada, *l. 56 tit. 5. P. 5.—6.º* Cuando la cosa pasa á tercer poseedor, á menos que sea por título lucrativo, ó que sepa que la cosa fué comprada en menos de la mitad del justo precio, en cuyo caso se puede repetir contra él en defecto del primer poseedor, Covar. 2. var. cap. 3. n. 10. Molina, de *just. et jur. tr. 2. disp. 349.—7.º* Cuando él mayor de catorce años de cierta ciencia, y cerciorado del valor de la cosa y del beneficio que le compete, renuncia con juramento (4) aquel beneficio introducido en su favor, *l. 56. tit. 5. P. 5.* que habla de la lesión enorme, pues la enormísima no se puede renunciar, aunque sea con juramento; porque equiparándose al dolo, sería como si se pactase no ser responsable á este, Hermos. *glos. 11. n. 30.*—Añaden algunos no haber lugar á lesión, cuando se hace donación expresa de lo que ella valga; pero sino hay buena fe, si hay dolo, si se hace de modo que al tiempo del contrato la parte lesa ignore que lo es, nada valen estas donaciones y renunciaciones; y se consideran como una cláusula de pura rutina, siendo violento presumir una donación semejante en un contrato intrínsecamente igual, en que las partes no tienen otro ánimo que el de comprar y vender, y hacer sacrificio por sacrificio. Véase á Gomez, 2. var. cap. 2. n. 26. y Covar. 2. var. cap. 4. que solo juzgan válidas aquellas renunciaciones que son especiales, y hechas por

los que sabian el justo precio de la cosa.

41. Para que el comprador pueda ser reconvenido por el vendedor, debe ser la lesion de mas de la mitad del justo precio infimo, cuando se hizo la venta; y para que el vendedor pueda serlo por el comprador, debe ser el precio supremo. Y si el comprador causó lesion, dando 40 por lo que valia 100, no se excusa de esta accion, aunque añada 10; pues debe obligarsele á que llene el precio dando 60, Gomez, n. 22. Mas tengase presente que las leyes solo han concedido accion al perjudicado en mas de la mitad del justo precio por evitar pleitos; y que en el fuero de la conciencia se debe reparar la lesion, aunque sea en menos de la mitad; y en su consecuencia el comprador está obligado á llenar el precio natural infimo, y el vendedor solo puede retener el precio supremo, devolviendo el exceso.

42. Finalmente, aunque la accion por la lesion enorme se prescribe en cuatro años, Parladorio fundado en la *l. 16. tit. 11. P. 4.* dice: que para la enormísima son necesarios veinte años, por ser una accion personal, y hallarse señalado este término para las acciones personales por la *l. 6. tit. 15. lib. 4. R.*—La *l. 10. tit. 19. P. 6a.* sobre los bienes de las Iglesias, de los Reyes, de los Concejos y de los menores dice: "que se pueden demandar por la restitucion *in integrum* desde el dia que recibieron el engaño ó menoscabo hasta cuatro años. Pero si el menoscabo fuese tan grande que montase de mas de la mitad del precio que valia alguna de las cosas sobredichas que fuese enajenada: entonces bien puede demandar enmienda ó restitucion fasta treinta años, desde el dia que fuese fecho el enajenamiento de la cosa."

43. Las tierras que se reparten á los descubridores y pobladores no pueden venderse á ninguna iglesia, monasterio ni persona eclesiástica, pena de perdicion de dichas tierras, *l. 10. tit. 12. lib. 4. R. Ind.* Para evitar el perjuicio de los indios en la venta de tierras á los españoles, se manda, que cuando se dieren ó vendiesen, sea con citacion de los fiscales de las audiencias, quienes deben ver y reconocer con toda diligencia la calidad y deposiciones de los testigos, y hacer que se observen las demas circunstancias de la *l. 26. d. tit. 12.*

Quando los indios venden los bienes raices ó muebles que se les permite, truiganen á pregon con almoneda pública en presencia de la justicia, los raices por 30 dias y los muebles por 9, teniéndose por nulo lo que de otro modo se practique, *l. 27. tit. 1. lib. 6. d. R.* y la ordenanza de 12. de diciembre de 1609 en orden á los jueces que deben conocer de dichas ventas.

Sobre las compras de bastimentos para las Naos, y de los tiangues y mercados de los pueblos de indios hablan con especialidad las *ll. 33. y sig. tit. 16. lib. 9. y la 28. tit. 1. lib. 6. d. R.*

Sobre el abasto tienen nuestros pueblos sus reglamentos especiales, y siendo este en jeneral un punto de notable atencion, puede verse sabiamente tocado en el Informe de Jovellanos sobre la ley agraria.

NOTAS.

(1) Los estancos son sumamente perjudiciales á la agricultura, á la industria y al comercio.

(2) Juan Garcia, de *expons. et melioram. cap. 18. n. 214*. Pineto y otros DD. gravísimos no conocen otra lesion que la enorme, capaz de obrar todos los efectos que se atribuyen á la enormísima, segun sus circunstancias. En efecto, á mas de no haber fijado la ley el exceso que constituye la enormísima, basta la enorme para causar un perjuicio tan grave que no se puede suponer que uno se obligue á él con consentimiento y sin dolo. La lesion enormísima ha dado lugar á muchas opiniones como incierta en su orijen, en el exceso del daño que la denomine tal, y en el modo de su computo: y de tales opiniones no puede resultar otra cosa, que un trabajo inútil á los estudiosos, un lazo de engaño para los no advertidos, una confusion en las alegaciones, una equivocacion en las sentencias, y una pena y gasto para los litigantes. Castro, *Discursos criticos sobre las leyes y sus interpretes, en que se demuestra la incertidumbre de estas, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho*, lib. 4. dis. 6. °

(3) Por las *ll. 18. y 20. tit. 7. lib. 9. R.* se puede compeler á comprar los bienes que se rematan por deudas fiscales; pero la justicia ha puesto estas leyes fuera de práctica.

(4) El juramento no debe ser un vínculo de iniquidad. ¿Y no lo es cuando sostiene un contrato que he hecho, impelido de la necesidad y sin conocer un perjuicio tan grave como el de privarme de mas de la mitad del valor de mi propiedad? Si el juramento no puede sostener un contrato usurario, porque me priva de lo que es mio; como puede sostener este contrato que me infiere el mismo daño? Se dice: que yo puedo renunciar y donar lo que es mio, y que en tanto estoy obligado en cuanto parece que seriamente quise obligarme.—Mas no puede llamarse serio y obliga-

torio, un acto nacido de la necesidad, de la inconsideracion é ignorancia de mi parte, y por otra, de la rutina de un escribano, que inserta estas renunciass y juramentos en toda clase de ventas, porque así las encuentra en su formulario. Semejantes renunciass, donaciones y juramentos se reducirán á que si el comprador me priva de mas de la mitad del valor de lo que le vendo, me obligo á perdonarlo, aun cuando él conozca el perjuicio que me infiere: y esto no es otra cosa, que abrir la puerta al fraude; renunciar las leyes prohibitivas, y hacer ilusoria la potestad legislativa; atacar la seguridad de la propiedad tan necesaria al bien comun; hacer intervenir á Dios en seguridad del defraudador; vulgarizar el juramento y fomentar el perjuicio. Para evitar estos males dictaron D. Fernando y D. Isabel en 1480 la l. 11. tit. 1. lib. 4. R. prohibiendo el uso del juramento entre legos en contratos sobre cosas profanas, invalidando la obligacion, y multando al escribano en la mitad de sus bienes é inhabilitacion de su oficio; pero cediendo desgraciadamente estos lejisladores á los gritos del mas absurdo fanatismo, que pretendia que la potestad secular no podia dictar una ley en asunto extraño á su dominacion, invalidando un contrato jurado, y haciendo como licita la transgresion del juramento; derogaron aquella ley por la pragmática de 1502, y volvieron á dar pábulo á las opiniones y disputas, á las sutilezas de la metafísica y á las máximas mas contrarias al buen sentido. Para evitar este paso retrogrado, se debio tener presente entre otras razones: 1.º Que el soberano puede declarar nulo un contrato, y que en este caso el juramento no tiene valor; porque como accesorio de un acto nulo, no puede ser el mismo sino nulo, y 2.º Que es suficiente que esté sujeta á la soberania la materia del contrato y sus solemnidades, para que no surta efecto el juramento hecho contra la prohibicion, al modo que aunque la Iglesia no pueda dar otra forma á los Sacramentos, mas de aquella que recibieron de Jesuchristo, pudo no obstante, prescribir cierta forma en el contrato de matrimonio, invalidando los clandestinos, ó de otro modo celebrados, no introduciendo nueva forma en el sacramento, sino en el contrato. Castro, lib. 4.º disc. 7.º

D

TÍTULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tit. 11. lib. 5. R.

1. Del retracto y sus especies.—2. Solo hay retracto cuando la cosa se vende a extraño; y solo compete a los descendientes de quien se deriva la cosa vendida.—3. Prefiere el mas proximo.—4. No puede un pariente retraer de otro pariente de igual grado que hizo la compra.—5. En defecto del pariente mas cercano, retrae el siguiente.—6. Modo de computar el grado.—7. El derecho de retracto es conforme al de las sucesiones intestadas.—8. Lo que se hace cuando concurren muchos en el grado mas proximo.—El parentesco doble no da prelación.—10. A quienes compete ó no el retracto.—11. hasta 18. De la materia del retracto.—19. De los titulos de enajenacion que dan lugar al retracto.—20. hasta 23. De los nueve dias de termino, y desde cuando se cuentan.—24. De las solemnidades de este retracto.—25. hasta 28. Del retracto de los comuneros.—29. Del retracto del dueño directo y del superficiario.—30. 31. y 32. Del retracto convencional.—33. Efecto general de todos los retractos.

1. Retracto ó tanteo es: redención ó nueva compra de la cosa que se vendió, hecha por alguno a quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto. Se estableció por consideracion al afecto que tenemos á las posesiones de nuestros antepasados; y es tan antiguo que se encuentra en las leyes de Moyses, Lev. 25. v. 25. Los romanos lo recibieron tambien, aunque lo reprobaron despues; porque se opone al derecho de propiedad, por el que cada uno debe gozar de la libertad posible para disponer de sus bienes como tenga á bien. *L. penult. Cod. de contrahend. emptio.* Sus especies principales son tres: legitimo ó de abolengo, de sociedad y convencional. El mas frecuente es el legitimo, que tambien se llama gentilicio ó de sangre, que es: el derecho que compete a los mas proximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raíces de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que los habia comprado.

2. Se debe tener presente ante todo: 1.º Que el derecho de retracto se concede cuando la cosa se ha vendido á

un extraño. 2.º Que solo compete á los parientes que descienden del descendiente de quien se deriva la cosa vendida, *l. 7 tit. 11. lib. 5. R. y alguno de aquel abotengo la quisiere.*

3 El pariente mas proximo del vendedor prefiere al mas remoto; porque la razon del retracto es mejor cuanto es mayor la proximidad del parentesco, *Azevedo, d. l. 7.*

4. Pero no puede un pariente retraer por mitad la cosa vendida á otro pariente de igual grado, porque: 1.º Las leyes solo admiten al retracto á los parientes mas proximos ó iguales, cuando la venta se hace á un extraño. 2.º El retracto es odioso, y no debe ampliarse, *Hermos. d. l. 55. glosa 4. 3.º* En duda es mejor la condicion del que posee, y mucho mas cuando se trata de lucro entre dos. 4.º Si por la *l. 55. tit. 5. P. 5.* no tienen retracto los comuneros, cuando uno de ellos vende su parte á otro de los mismos; tampoco hay razon para que un pariente tenga retracto contra otro de igual grado que ha comprado la cosa. 5.º En este caso la cosa no sale de la familia, ni se turba el orden del parentesco.

5. No pudiendo ó no queriendo retraer el pariente mas cercano, lo puede hacer el siguiente en grado hasta el cuarto; *l. 12. tit. 11.* Y si el mas proximo se halla presente cuando se hace la venta á un extraño, y calla, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, *Gomez d. l. 7.*

6: Juzgan por lo comun los autores que los grados se computan civilmente; porque la computacion canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, *Azev. l. 7. mas Parlad. difer. 109. §. 3. n. 12. y sig.:* defiende la contraria con argumentos de tanto peso que me parece muy probable.

7. La proximidad del parentesco se ha de considerar con respecto al vendedor, *l. 8. otro pariente propincuo del vendedor;* de modo que si el hijo y el hermano del vendedor disputan por retraer una cosa, que fué del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *l. 8.* Y de que la ley llame al mas proximo, no se infiere que quiso escluir la representacion, *Molina, de primog. lib. 3. c. 8. n. 11.* asi como en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas proximos, no está escluida la linea recta en infinito, y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun dijimos, *lib. 2. tit. 8. nn. 1. y 7.* porque los derechos del retracto en cuanto á la admision de los parientes mas proximos, son conformes á los de la sucesion intestada casi en todo, *Azev. l. 12. Hermos. l. 55. tit. 5. P. 5.*

glosa 2.

8. Hecha la venta al extraño, si concurren á retraer dos

DD

ó mas parientes de igual grado; todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *l. 7.* Si la cosa fuese indivisible, habrá lugar á la licitacion, y se la llevará el que mas ofrezca, *Azev. l. 7. nn. 50. y 51.* Si uno solo acudiese á retraer, se la llevará toda aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren, ni dar en su razon fador alguno. Pero hecho el retracto, si los demas vinieren despues, dentro del termino legal, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retrajo, *Azev. n. 16. y siguientes.*

9. El doble vínculo de parentesco no da prelación entre los que están en igual grado; así entre Juan y José, hermanos del vendedor Pedro, aunque Juan sea hermano de padre y madre, no prefiere á José, que solo es de padre; porque la cosa fué de padre ó abuelo comun. No importa que Matienzo, *l. 7. glosa 4. n. 3. Hermos. d. l. 55. glosa 8. n. 56.* y otros defiendan lo contrario, fundados en la única razon de que el derecho de retraer se gobierna por el de la sucesion intestada; porque esto no es en todo, así como no lo es en el presente caso, en que Juan prefiere á José en la sucesion intestada de Pedro; porque los bienes se consideran como de este, sin respecto alguno á si venian ó nó de su padre, y Juan es mas pariente suyo, por serlo de ambos lados; pero en el derecho de retraer se consideran como que le vinieron de su padre, y este tanto era padre de Juan como de José. Es verdad que la *l. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero real* da prelación al pariente de doble vínculo; pero se halla transcrita en *d. l. 7.* que dice: *si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado, de parentesco, partanla entre sí; y si no fueren, en igual grado, hayala el mas propincuo.* ¿Quien no vé que por estas palabras solo se concede prelación al que es mas próximo en el grado?

10. El retracto compete á los hijos naturales, á los desheredados, y á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, *Gomez, l. 12. tit. 11. nn. 4. 5. y 6.* pero no se puede ceder á un extraño, ni compete al monasterio en que hubiere profesado el pariente; porque el retracto es para que la cosa no salga de la familia.

11. La materia de este retracto son los bienes raices que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que los vende y del que los retrae *ll. 7. y 15. tit. 11.* No es necesario que hayan estado en el patrimonio de ambos; basta en cualquiera de ellos; porque las *ll. 7. 8. y 10.* hablan disyuntivamente: *patrimonio ó aboengo*, *Gomez, d. l. 12.* donde tambien resuelve que cuando el padre

enajena durante su vida las cosas que adquirió con su propio trabajo ó industria, no están sujetas al retracto; porque es necesario que las conserve hasta la muerte.

12. La *l. 15. tit. 11.* exige para el retracto, que el vendedor hubiese heredado de sus padres ó parientes la cosa que vende, excluyéndolo cuando la hubiere comprado, ó habido por trueque, donacion, ó por otra manera. Pero bien meditada esta *ley* con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos que deba entenderse esta exclusion de aquellas adquisiciones por títulos singulares que vienen de estraños, y no de los ascendientes, como: vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan: no tiene Diego, hijo de Pedro, derecho para retraerlo. Al contrario lo tendrá, si Pedro lo hubo, porque su padre ó abuelo se lo legó, ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras, ó en dote, si fuese mujer, Gomez, *l. 12.* porque en este caso el campo ya era familiar en la persona de Pedro, cuya cualidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como que dimanaba de un ascendiente suyo; y mientras lo conserva siempre está sujeto al retracto. La *ley* solo hace mension del título de herencia, porque este es el título mas comun con que los hijos obtienen los bienes de sus padres.

13. Por esta misma razon de que cuando la cosa conserva la calidad de familiar, puede ser siempre retraida, decido fundadamente Matienzo *d. l. 7. glosa 8. n. 10* que si un pariente retraia la cosa vendida á un estraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador estraño de quien la retrajo.

14. Hemos dicho que solo las cosas raices ó inmuebles son materia de retracto; pues aun que las *ll. 9. y sig. del tit. 11.* usen la palabra jeneralissima cosa; la 7. á la que se refieren las demas usó la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matien. Azev. *l. 7.* en cuya comprobacion se cita la *l. 230. del estilo*, que dice: *las heredades y otras cosas raices*, aplicando el nombre cosa á la heredad. A mas de esto, el afecto en que se funda el retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles.

15. En tanto son las cosas materia del retracto, en cuanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae; porque si han sido ya vendidas á un estraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente en

sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al extraño: la razon es, porque siempre que la cosa se hizo de libre enajenacion, así permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa. *L. 90 §. 1. de adq. p. omit. her.* Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al extraño por causa de esta venta, como por pacto de retroventa ó de la ley comisoria, hay lugar al retracto; porque vuelve á su primitivo estado, como si nó se hubiese enajenado, *Azev. l. 7. nn. 75 y 76.*

16. Si se venden muchas cosas patrimoniales por un solo precio, no le es permitido al pariente retraer una sin las otras, y deberá retraer todas ó ninguna; porque se considera una sola la venta. Pero si á cada una se le señala su precio, retraerá las que quiera; porque se consideran muchas ventas, *l. 10. d. lit. 11. esepito: 1.º* Cuando consta que el comprador las compró todas, y no unas sin las otras; porque entonces se considera siempre la venta como una sola, para evitar el perjuicio del comprador. *2.º* Cuando el pariente da al extraño dos cosas, cada una por su precio, en pago de una deuda, como: Pedro, que me debia 500 pesos, me da en pago sus campos patrimoniales A y B, aquel por 200 ps. y este por ciento: no podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la deuda; y que se precisaría al acreedor á cobrar por partes, *Azev. l. 10. n. 6.* Pero luego veremos que tambien puede darse una cosa en pago, y haber lugar al retracto.

17. Si de dos cosas vendidas solo la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta tasada por partes, y dejar la otra en poder del comprador. Pero dicen Azevedo y Molina, *loc. cit.* que se debe permitir á este que ofrezca las dos cosas, devolviéndole su precio; y que por esta oblation estará obligado el pariente á tomar las dos ó ninguna. *Hermos. d. l. 55. glosa 8 n. 54.* dice con mss probabilidad, que solo se deberá precisar al pariente á esto, cuando el comprador no hubiera tomado la tierra libre sin la patrimonial. *L. 47. §. 1. de minor.*

18. La cosa patrimonial, vendida á un extraño, está sujeta al retracto, aunque haya pasado á muchas manos; porque no es una accion personal nativa, esto es, no nace de contrato considerado en sí solo, sin la ayuda de la ley, sino dativa de la clase de aquellas, que los romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales, se dan contra cualquier poseedor. Competo pues esta

accion contra el tercer poseedor, Azev. l. 7. n. 40. sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, deberia el pariente que retrae, darle el precio, no de su compra, sino el de la anterior, cuando hizo la venta el pariente; porque esta fué la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo comprador la evicción contra el primero, de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió, Matienzo, d. l. 7. n. 15. contentandose con recobrar del que retrae, el precio que él pagó.

19. Solo el contrato de compra y venta da causa al retracto de sangre, por lo que se debe tener presente: 1.º Que d. l. 7. dice espresamente, que la permuta no causa retracto. Matienzo, *glosa* 10. pone muchos casos en que puede presumirse fraude, porque siendo el contrato propiamente compra, lo llamen permuta para impedir el retracto. 2.º Que la dación en pago da lugar al retracto, por hacer las veces de venta. L. 4. C. de evict. y porque de otra suerte, se burlaría con mucha facilidad el retracto, con solo la mutacion del nombre: lo que se entiende aun cuando se dé una especie por deuda que se debía en dinero; porque si se diese una especie por otra seria permuta, Azev. d. l. 7.—3.º Que en la dote tendrá lugar el retracto, cuando fuere de bienes sitos, que se dieron estimados con estimacion que haga venta, de lo que hemos hablado tratando de las dotes.

20. El derecho de retraer dura nueve dias, pasados los cuales ya no tiene lugar, *ll. 7. y sig. d. tit. 11.* Corren contra menores, pupilos y ausentes, sin que se conceda restitucion alguna, l. 8. Y aunque esta ley no habla de los ignorantes, se debe tambien entender de ellos; así como en la prescripcion ordinaria que corre contra ellos, aun cuando no tiene lugar contra los primeros. Hermos. d. l. 55, *glosa* 8. nn. 32. y 33. exceptua los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente, como si salió del lugar de su domicilio para otorgar la venta, ó buscó escribano de otro pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra cosa semejante, de que pueda presumirse fraude; porque entonces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el defraudado. En las ventas judiciales tambien tiene lugar el retracto, y se cuentan los nueve dias desde el del remate, l. 9.

21. Se duda si en las ventas estrajudiciales se han de contar los nueve dias desde el de la convencion ó desde el de la tradicion. Nosotros defendemos con Corarruias,

Blatienzo, Gutiérrez y Azevedo que se deben contar desde el día de la convencion, porque: 1.º La l. 7. dice: *despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias; y la l. 15. desde el día que la vendida fuere hecha hasta nueve días*, siendo indudable que la cosa se dice vendida y la venta hecha, desde la convencion, por ser este un contrato consensual que se perfecciona por solo el consentimiento de los contrayentes. 2.º En las ventas judiciales se cuentan desde el día del remate, el cual corresponde en las extrajudiciales á la convencion; porque el remate de la subasta que hace el juez, no es entregar la cosa, sino suplir el consentimiento del vendedor. 3.º Este contrato es odioso, y debe restringirse.

22. Gomez, l. 9. n. 16. defiende lo contrario, y dice: 1.º Que el fin de este retracto es que la cosa no salga de la familia, lo que no se verifica hasta la tradicion, por la cual y no por la convencion pasa el dominio del vendedor al comprador. Esto es verdad, pero tambien lo es, que por la convencion adquiere accion el comprador, para pedir que se le entregue la cosa; y por esta accion se juzga tener la misma cosa, l. 15. de div. reg. jur. 2.º Que de la contraria sentencia se sigue el inconveniente de que pudiendose ocultar con facilidad la convencion, quedarian con frecuencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por ignorancia; pero ya hemos dicho, que cuando hay fraude, corre el termino desde el día en que el defraudado tiene noticia, y no antes. (1)

23. Tambien se duda si los nueve dias han de contarse naturales ó de momento á momento. Aunque los términos en materia odiosa, deban estrecharse, nos parece muy embarazoso el de momento á momento; porque seria preciso tener en la memoria, ó notar por escrito la justificacion de la hora de la convencion: lo que no es regular hacerse, ni debe creerse lo quiso la ley. A mas de esto la l. 15. dice: *desde el día*. Nótese finalmente, que los días se cuentan incluyendo el primero y el último, Azevedo, loc. cit.

24. Las solemnidades de este retracto son las siguientes: 1a. Que el retraente pague al comprador todo el precio en que compró la cosa con las espensas, tributos y gabela que haya satisfecho. 2a. Que jure que quiere la cosa para sí. 3a. Que jure no haber en ello fraude ni dolo alguno, ll. 7. 8. y 9. Son tan necesarias estas solemnidades que faltando cualquiera de ellas, no hay retracto. Si el comprador reusa recibir el precio, debe el retraente depositarlo ante testigos, y si hoy lugar, á presencia y con orden del juez,

Azew. d. l. 8. y hecho esto tiene derecho à que se le entregue la cosa, como si hubiese pagado el precio; porque este depósito se reputa paga, l. 8. tit. 14. P. 4. e *dende en adelante es quitto el d-bdo, e non ha el otro demanda ninguna*. Debe hacer el pariente la paga ó depósito con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera enumeracion, sin que baste que el depositario confiese haberlo recibido, y tan integramente que la falta de un dinero lo viciaría, si no ser por ignorancia ó error, que debería repararse. Si el pariente no supiere el precio, deberá depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores por el exceso que haya, Azew. d. l. 9. n. 14. Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente dando fiadores ante el juez dentro de los nueve dias, que pagará el mismo precio que el comprador al tiempo en que este estaba obligado, l. 11. d. tit. 11.

25. El retracto de sociedad ó comunión es: *el derecho que tiene cualquiera de los consocios de una cosa indivisa para ser preferido en la compra de la parte que alguno de ellos vende á otro, dando el mismo precio que este*. Si las partes están divididas, aunque sea levemente como un campo por un surco, no tiene lugar el retracto; porque este surco no es comun: solo pues lo tendrá, cuando la division es mental y no material, como cuando uno tiene dos partes de un campo, otro tres, y otro cuatro sin señalamiento de ellas, Gomez, l. 13. d. tit. 11.

26. Cuando la cosa es indivisa de este modo, sus dueños se llaman comuneros ó condueños. Cualquiera de ellos, aunque lo sea de una parte minima, tiene derecho al retracto; de modo que si tuviese yo la centésima parte de una cosa, y el otro condueño vendiese las 99, podría yo retraerlas, y sin que tenga prelación alguna el condueño de mas partes: así si las 99 partes fueran de dos condueños, y el uno vendiese las suyas, me competiría el retracto á prorata; y si yo fuese el comprador, nada me podría quitar el otro condueño, Lopez, glosa 5. Hermos. n. 5 l. 55. tit. 5. P. 5. Matienz. l. 13. d. tit. 11. fundándose todos en una misma razon, de que las ll. que hablan de este retracto, que son d. 55. y las 13. y 14. d. tit. 11: solo prefieren los dueños á los estraños, nunca un condueño á otro. V. n. 4. Si concurrieren al retracto muchos condueños, llevará cada uno su porcion con respecto á la parte que tiene propia, y si uno solo, la llevará toda, Lopez, glosa 8. Azew. l. 7. n. 54.

27. Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, juzgan comunmente los interpretes que el de los comuneros lo tiene tambien en las muebles; porque:

1.º La 55. que es el fundamento del retracto, usa la palabra cosa, que comprende no ménos á las muebles que á las inmuebles. 2.º La equidad que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al extraño, se acomoda igualmente á las cosas muebles é inmuebles. 3.º Este retracto es favorable; por lo que debe entenderse ampliamente; pues se dirige á que cese la comunión que suele producir discordias, l. 1. tit. 15 P. 6.—L. 77. §. 20. *ds legat.* 2. y no es fácil conseguir este objeto de otro modo, siendo muchas las cosas muebles indivisibles.

28. Algunos juzgan lo contrario; porque: 1.º La l. 14. tit. 11. usa la palabra *heredad*, por la que hemos probado n. 14. que el retracto de sangre solo tiene lugar en las raíces. 2.º Esta ley quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. A pesar de estas razones seguiremos la primer sentencia con Lopez, *glos.* 1. porque: 1.º La palabra cosa debe limitarse en el retracto de sangre, que es odioso; así como debe ampliarse en el de comuneros, que es favorable. 2.º La comparacion de la ley solo debe entenderse en cuanto á las dilijencias y formalidades.

29. Hay otros dos retractos legales de que habla d. l. 13. tit. 11. lib. 5. R. concediendo el uno al dueño directo, si se vende la superficie, y el otro al superficiario, si se vende el dominio directo. Y aunque esta ley, que es la única que habla de estos retractos, nada dice del tiempo en que deban intentarse, convienen los autores que ha de ser el mismo de nueve dias, Azev. d. l. n. 5. y advertimos con Molina, de *just. et jur. disp.* 371. que el retracto concedido en esta ley al dueño directo dentro de soles nueve dias, se entiendo cuando el superficiario no le pagase pension anua; porque si se la paga, tendrá otro por el término de dos meses, respecto á que el superficiario que paga pension es semejante al enfiteuta. En la misma l. 13 se pone el orden de prelación que debe guardarse, cuando concurren muchos que tienen derecho á retraer, estableciéndose que éntre en 1.º lugar el dueño directo ó el superficiario; en 2.º el comunero, y en 3.º el pariente.

30. Ultimamente, hay otro retracto, que se llama *convencional*, porqué nace del convenio de los contrayentes, cuando no queriendo el vendedor desahuciarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto de *retroventa*, por el que devuelve el precio, y se le restituye la cosa. Tambien se encuentra este pacto en las leyes de Moysés, Lev. 25. v. 23.

31. El cumplimiento del pacto de parte del vendedor se llama *redencion*, y del comprador *retroventa*; y se ha de cum-

plir del modo que se establezca, aunque espresc, que cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, l. 42. tit. 5. P. 5. en cuya virtud competiria siempre el derecho de redimir sin que lo eschuyese tiempo alguno, Gomez, 2. var. c. 2. n. 28. Molina, disp. 574.—L. si nolit. 81. §. 29 de edil. edit. Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla, si ha pasado este tiempo, y si se atiende á d. l. 42. sin embargo por práctica de los tribunales se concede el de 20 años, que es el término de las acciones personales; sino es que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartacion puesta en el pacto, y si el vendedor no escoje el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

32. Como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, porque nace de solo el contrato, no puede intentarse contra el tercer poseedor á quien hubiese pasado la cosa. Solo se podrá reconvenir al comprador, que es el único á quien se tiene obligado por el contrato, á que satisfaga los perjuicios que se siguen de que no se restituya la cosa, como á mas de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueba la misma l. 42. *El comprador es tenuto de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: e si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, e los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa que así habia vendido.* Gomez, d. c. 2. n. 29. Molina, d. disp. 574: donde responde á Covarrubias; que siente lo contrario, lib. 3. var. c. 8. n. 3. Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, sino es que en la primer venta, á mas del pacto de retroventa, se hubiese puesto la condicion de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entónces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el primer vendedor. Y si se hubiese espresado en el pacto, que vendiendo el comprador la cosa, se considerase no hecha la venta primera, entónces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendédor, y la podria pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese, Hermos. tit. l. 42. glosa 7. nn. 4. y 12. Y en las glosas 9. y 10. trata de la pertenencia de los frutos y de las mejoras.

33. El que retrae se subroga en todos los retractos en:
EE

lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la primer venta; y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan anuladas, como si no se hubiesen celebrado, Gomez, d. l. 19. n. 35. Molina, disp. 371. Sobre el retracto de los oficios públicos, véanse las ll. 23. y sig. tit. 3. lib. 7. R. y Azev. y sobre el de la jurisdiccion á Larrea, aleg. fin. 46.

NOTA.

(1) Siempre queda en pie la dificultad en cuanto á la facilidad del fraude. Por tanto nos parece que debe seguirse la de Sala, por ser conforme á ley espresa; pero que seria conveniente que la ley fijase el término desde la tradicion, ó lo que seria mejor, que se derogase el retracto.

TITULO XII.

DE LA PERMUTA Y DEMAS CONTRATOS INNOMINADOS Y DE LA ALCABALA Y LUISMO.

Tit. 6. P. 5.—Tit. 17. lib. 9. R.

1. De la permuta y demas contratos innominados.—2. Solo se paga alcabala por venta y permuta.—3. hasta 7. Casos en que se paga.—9. Quien, y como debe pagar la alcabala.—10 Del Luismo.—11. Derecho de Indias.

1. Por lo mucho que se semejan los contratos de venta y de permuta, trataremos aquí de este y de los demas contratos innominados. Permuta ó cambio es: *dar y otorgar una cosa señalada por otra*, l. 1. tit. 6. P. 5. Es de tres especies: 1a. Cuando se hace con prometimiento de lo cumplir. 2a. Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los dos aunque no esten presentes las cosas, y sin entrega de una ni otra parte. 3a. Cuando á mas de la convencion cumplieron los dos ó solo uno de ellos, en entregar la cosa. En los cambios de la 1a. especie establece la l. 3. d. tit. que á ninguno de los dos es permitido arrepentirse contra la voluntad del otro; y que si alguno se

Lo quisiera cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieron. De los de la 2a. dice lo contrario; bien que despues de la famosa ley recopilada *cit.* en el *tít. 9. n. 15.* son ahora obligatorios; porque esta ley ha derogado las estipulaciones y formalidades de los Romanos, que adoptaron en parte las *ll. de Partida.* De los de la 3a. dice: que si habiendo cumplido el uno, no quisiere cumplir el otro, tendrá aquel la eleccion de recobrar lo que dió, ó pedir los daños y menoscabos, al tenor de lo que jurare con la tasa del Juez. Y lo mismo dispone de los otros tres contratos innominados la *l. ult. d. tít.*

2. Como la alcabala solo se paga por los dos contratos de venta y permuta, nos ha parecido conveniente tratar aquí de ella. La alcabala es: *el tributo de un tanto por ciento que pagan al erario los que venden ó permutan.*

3. Como estos contratos se hacen y deshacen por el mútuo consentimiento, solo se deberá la alcabala cuando el contrato esté perfecto mediante este consentimiento. De aquí es que se debe la alcabala: 1.º Siempre que el contrato esté perfecto, aunque despues lo disuelvan los contrayentes; por que el fisco adquirió ya el derecho á ecájirla, que no pueden quitarle los contrayentes, á no ser que lo disuelvan inmediatamente, antes de haber pasado á otros negocios; por que entonces se juzga que no hubo venta. Gutierrez, *de gabel. lib. 7. quest. 10.* Gomez, *2. var. c. 2. n. 3.* Molina, *de just. et jur. disp. 375—2.º* Disuelto el contrato despues de la entrega, se ha de distinguir si esta entrega es de solo el precio ó la cosa, ó hieu de uno y otro. Pedro vende una casa á Juan, y entregada antes de recibir el precio, se disuelve la venta: en este caso solo se debe una alcabala; porque solo hubo una venta con su disolucion: mas si se disuelve la venta despues de entregada la casa y recibido el precio, entonces se deben dos alcabalas; porque se entiende que hubo segunda venta, por la cual vendió Juan su casa á Pedro, *l. 1. tít. 17. lib. 9. R. Molina, disp. cit.*

4. 3.º En las ventas con el pacto de adición en día, *tít. 10. n. 21.* se debe una alcabala, que la paga el segundo comprador que hizo la compra, mejorando la condicion del vendedor.

5. 4.º Si la venta se hace con el pacto de retroventa, y en fuerza de este redime el vendedor la cosa, se debe la alcabala de la venta, y no de la retroventa, Molina, *disp. 374.* porque siendo perfecta la primer venta, adquiere el fisco un derecho á la alcabala, que no puede quitarsela por la retroventa; pues aunque por esta vuelve al dominio

del primer vendedor, no vuelve de tal modo que le pertenezcan los frutos percibidos mientras duró la primera venta, *Parlad. lib. 1 rer. quof. cap. 3. §. 4. n. 9.* De la retroventa no se debe alcabala; porque no se considera como venta, sino como rescisión de la primera; à ménos que este pacto se añada despues.

6. 5.^o En los retractos de sangre, de sociedad y demás legítimos se debe una sola alcabala; porque el retrayente se subroga en lugar del primer comprador, anulándose las ventas posteriores.

7. 6.^o En las ventas que se rescinden por lesión, miedo justo, dolo incidente ó otro motivo culpable, se paga alcabala; porque estas ventas no se resuelven por pacto ó por el derecho, sino por sentencia à qué dieron mérito los injustos contrayentes; y la culpa de éstos no deba escluir el derecho que el fisco habia adquirido à la alcabala. 7.^o En las ventas à censo redimible se debè una sola alcabala, que pagan por mitad los contrayentes, *ced. de 17 de junio de 1773.* de la redención nada se paga.

8. No se debe alcabala; 1.^o En el contrato condicional antes de que se cumpla la condicion; ni en el celebrado à nombre de otro, antes de que se ratifique por éste. 2.^o En las ventas de los menores que se rescinden por la restitucion *in integrum*; porque à mas de no haber culpa, vuelve la cosa à su estado primitivo, como si no hubiese habido venta. 3.^o En la dote estimada, aunque causa compra y venta, *l. 35. tit. 18. lib. 9. R—4.* Las iglesias y los clérigos *in sacris* no pagan alcabala en sus compras y permutas, à menos que estos contraten por comércio, *l. 6. d. tit.—5.* Hay algunas cosas exceptuadas del pago de alcabala, como los libros y otras que pueden verse en las *ll. 34. 35. y 49.—6.* Cuando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisaria, *tit. 10. n. 20.* es más probable que no se debe alcabala; porque produce este pacto la resolucion de la venta como si no se hubiese hecho; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna; y el fisco no adquirió derecho à la alcabala irrevocable, sino revocable, pendiente de si la venta se destinaba ó no, *Gutier. d. quast. 10. n. 10. Molina, disp. 378. Matienzo, l. 7. tit. 11. lib. 5. R. gloss 3. n. 21.* cuya doctrina, que es la comun, entienden estos autores en el caso de haberse puesto el pacto con palabras directas, diciendose que si sucedia, *no valdria la venta, ó de otro modo semejante.* Y añaden seria lo contrario si fuesen oblicuas las palabras, como si dijera: *que se rescinda ó deshaga la venta; porque batoñ-*

ces como explica muy bien Molina, no se resuelve la venta, como si no se hubiese hecho, sino que se trata de que no tenga mas duracion. y por ello siempre se considera que existió.

9. El pago de la alcabala es á razon de uno por diez, (1) é incumbe regularmente al vendedor, *ll. 1. y 3. tit. 17. lib. 9. R.* á menos que el vendedor ó comprador no fuere del lugar donde se hace la venta ó trueque, *l. 32. tit. 19. lib. 9. R.* tambien está obligado el comprador, si no avisó de la venta al alcabalero despues de tres dias de hecha. *l. 31. d. tit.* El derecho de la alcabala no se prescribe por posesion inmemorial, y aunque en ello pareciere tolerancia de los Reyes, *ll. 1. y 2. tit. 15. lib. 4. R.*

10. En la permutas se tasan las cosas para que cada uno pague por la suya. Y por la identidad que hay entre la alcabala y el luismo, que se paga de la venta de los bienes enfiteuticos, entiéndase aplicable á este cuanto dejamos dicho sobre la primera. *V. tit. 14. n. 4.*

11. Los indios no deben alcabala escepto en el comercio de jéneros ó efectos que no sean frutos de su labranza ó crianza, *céd. 9. de setiembre de 1804.* La libertad del esclavo no paga alcabala, *céd. 27 de octubre de 1790.* Todo censo y contrato enfiteutico y de locacion que pase de diez años paga alcabala; pero las ventas de solares para fabricas solo pagan la mitad de la alcabala de su precio, segun el aumento de la poblacion, *céd. 21. de agosto de 1777.* Hay muchas determinaciones que no se ponen por ser de jurisdiccion privativa con apelacion á la Junta Superior de Hacienda, conforme á la real orden de 17 de marzo de 1778.

NOTA.

(1) La cuota de la alcabala no ha sido siempre igual. En 29 de junio de 1785 se encargó al superintendente jeneral que en los pueblos administrados, se fijase la alcabala bajando ó subiendo prudentemente la cuota, segun el abuso que en uno y otro haya que remediar; siempre con equidad y consideracion á no impedir el progreso de la industria y comercio; en cuyo favor se habian declarado libres de ella muchos articulos Canga Argüelles, en su *Diccion. de Hacienda*, se inclina á creer que la perpetuidad de esta odiosa contribucion ha sido obra del tiempo y consecuencia de las repetidas concesiones temporales, mas bien que de un acuerdo formal del cuerpo representativo de la nacion Española;

y se funda en que la reina Isabel dijo en su testamento.

”Que algunos le habian representado que determinase si las
 ”alcabalas se podian llevar en buena conciencia: en cuya
 ”virtud mandaba á sus hijos que hicieren examinar si fué
 ”temporal: ó perpetua: si hubo *libre consentimiento* de los
 ”pueblos para se poder llevar y perpetuar como tributo
 ”justo. Si lo hallan corriente, manda que se encabecen los
 ”pueblos, y si ilegítimo, *hagan luego juntar Cortes* é den
 ”en ellas orden que tributos se deben justamente imponer
 ”para sustentacion del estado real, con *beneplacito* de los
 ”dichos regnos.” Desde que se estableció la alcabala se
 suscitaron quejas contra ella y contra el método de su recaudacion. Las Cortes la abolieron en 1810. y poca reflexion basta para conocer el fatal influjo que esta contribucion ejerce en los ajentes de la riqueza pública. Establecida la alcabala, el que vende una finca por 10,000 pesos solo recibe 9,300 computando al 7 por 100: de consiguiénte la masa del capital de la nacion se disminuye en 700. Si el comprador, por error de calculo, por generosidad ó ignorancia se allana á pagar la finca y la alcabala, sacrifica un capital de 10,700 pesos para adquirir lo que solo vale 9,500 y aunque él es quien hace el desembolso, siempre resulta que la sociedad pierde 700.—La alcabala impide la circulacion de las propiedades. Al estado le interesa mucho que estas no encuentren ostáculos para pasar á donde produzcan mayores utilidades. El que se desprende de una finca, quizás se propone establecer con su valor un ramo mas lucrativo de industria, y el comprador acaso trata de colocar caudales que le rinden poco ó que mira estancados, en otro objeto que le facilite mayores utilidades.” Esta transmutacion, dice Say, aumenta la renta general . . . y si los gastos la entorpecen, siempre son un ostáculo para el crecimiento de la renta nacional.”

TITULO XIII.

DE LOS LOGUEROS Y DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tit. 8. lib. 5. P. 5.—Tit. 25. lib. 8. Inst.

1. 2. Del arrendamiento y su diferencia de la compra y venta.—3. Quienes pueden arrendar.—4. Cosas que se pueden arrendar.—5. Obligación del locador.—6. 7. Obligación del arrendador.—8. De la culpa que debe prestarse en este contrato.—9. 10. de la baja ó aumento del precio.—11. y 12. Cumplido el tiempo vuelve la cosa al dueño ó puede renovarse el arrendamiento.—13. Puede el dueño vender la cosa arrendada.—14. Por muerte del locador ó arrendatario no se acaba el arrendamiento.—15. Arriendo de cosas públicas, menores, fisco &c.—16. Derecho de Indias.

1. El arrendamiento es: un contrato en que se convienen los contrayentes, que por el uso de alguna cosa ó obras de la persona ó bestia se de cierto precio en dineros contados, *l. 1. tit. 8. P. 5.* Se decía loguero de las obras, cuando un hombre loga á otro obras que ha de hacer con su persona ó su bestia; porque si otra cosa recibiese que no fuese dinero contado, no sería loguero sino contrato innominado; pero las mismas *ll. 1. y 2.* confunden el loguero con el arrendamiento. En cuanto á las casas, se suele decir alquiler *l. 5.* y también se da á veces este nombre al arrendamiento de cosas, *l. 14.* y el de ajuste al de las obras. El que recibe en arriendo alguna cosa se llama arrendador ó arrendatario; y el que lo concede dueño ó locador.

2. El arrendamiento es el segundo contrato consensual. Se parece á la venta en cuanto á que se perfecciona por el consentimiento, y á que el precio debe ser cierto, en dinero efectivo; y se separa de ella en cuanto á que es temporal, y á que solo el uso de la cosa pasa al arrendatario, y no el dominio, ni la verdadera posesión, que queda en el que concedió la cosa, *l. 5. tit. 30. P. 3.*

3. Pueden dar ó recibir en arrendamiento las mismas personas que pueden comprar y vender, excepto los caballeros, esto es los soldados y oficiales de la corte del Rey, que no pueden arrendar campos ajenos, para que no se embarquen de

hacer el servicio del Rey, *l. 2. tit. 8. P. 5.—L. 30. l. 31. C. de locat. conduc.*

4. Pueden ser arrendadas las cosas corporales y las incorporeales ó derechos, cuyo uso puede transferirse á otro por utilidad suya, como el usufructo. También pueden serlo las obras de una bestia ó persona, como sucede en los jornales.

5. El locador está obligado á conceder la cosa y facilitar su libre uso al arrendador, para que pueda utilizar de ella, y aprovechar sus frutos; en lo que hay que considerar: 1.º Que si al arrendador se le impide el uso de la cosa por el dueño, tiene esta obligación de satisfacerle todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razón; y aun las ganancias que pudiera haber hecho, si le hubieran dejado disfrutar la cosa. 2.º Lo mismo sera, si se puede ó no resistir al que impide el uso de la cosa: no se le puede resistir, cuando tiene derecho á impedir, como aquel que es verdadero dueño de una cosa, que tuvo empeñada, y que se la han arrendado. Pero esto se entiende, si lo supo el locador á tiempo del contrato; pues si no lo supo entónces, solo estará obligado á volver el precio que recibió, y á nada mas. También se entiende esto del arrendador de buena fé; por que el de mala fé, que sabia que la cosa era de otro, no tiene demanda alguna contra aquel de quien la hubo, como todo consta de *la l. 21. d. tit. 8. l. 33. locat. et cond.—* 3.º Está obligado el locador á pagar las mejoras necesarias y las útiles que hubiese hecho el arrendador, á juicio de peritos. A las mejoras de puro recreo solo está obligado cuando fueron puestas con su consentimiento, ó cuando tenga utilidad de ellas, como si vendió la cosa en mas por razon de estas mejoras; pero el conductor puede llevarlas, si puede separarlas; *l. 24. tit. 8. P. 5.—* 4.º También está obligado á pagar los daños y menoscabos al arrendador aquel dueño, que le alquila toneles ú otros vasos malos ó quebrados, de tal suerte que el vino ó aceite que se ponga en ellos, se pierda ó tome mal sabor, aunque lo ignore; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala la cosa que da en arrendamiento, *l. 14. tit. 8. á menos que supiese el arrendador.* 5.º El jornalero que presta sus obras es el locador, y si este fuese culpable en no prestarlas lealmente, procurando el provecho del arrendador que se las paga, tendrá obligación de pagarle los daños y menoscabos, del mismo modo que en los arrendamientos de las cosas, *l. 15.*

6. El arrendador está obligado: 1.º A cuidar bien la cosa, como si fuese propia, *l. 7.* y á pagar al locador el precio convenido, al tiempo expresado en el convenio, ó se-

gun la costumbre que haya en el lugar, ó si uno y otro falta, al fin del año, l. 4. Y si no pagare al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador espelerlo de la cosa. 2.º Si esta fuere casa, estan obligados al pago del alquiler y de los menoscabos que hubiere ocasionado el arrendador, todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre, formando inventario de ellas ante vecinos; y será lo mismo, si la cosa arrendada fuese heredad ó tierra, con solo la diferencia, de que las cosas halladas en ésta solo están obligadas en el caso que se hubiesen medido con ciencia del dueño, l. 5. Lopez, *glosa* 4. hablando de la casa dice: que solo deben entenderse obligadas aquellas cosas que se llevaron á la casa con intencion de que hubiesen de quedar allí; pero no las que estuviesen interinamente, como las mercaderias de un comerciante.

7. Si la casa estuviere alquilada hasta cierto tiempo, pagando el arrendador á los plazos convenidos, no se le puede echar de ella, hasta que se cumpla el tiempo, l. 6. excepto: 1.º Si el dueño no podia continuar viviendo en la casa de su habitación, porque se casa, amenazaba ruina, u otra causa grave, y no tenia otra en que morar, ó si se casase un hijo suyo, ó se hiciese caballero. 2.º Si despues de hecho el arrendamiento, resultase en la casa necesidad de obrar en ella, para que no se cayese. 3.º Si el arrendador usase mal de la casa, haciendo en ella algun mal, para que se empeorase, ó teniendo malas mujeres, ó malos hombres de que se siguiese mal á la vecindad, l. 3. c. de *local. et cond.*—4.º Si estando la casa arrendada para cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos años sin que pagase. En cuanto al 1.º caso advierte Gomez, 2. var. cap. 8 n. 6. que la necesidad del dueño debe sobrevenir despues del arrendamiento, para que sea causa de la espulsion del arrendador. Y Lopez, *glosa* 5. d. l. 6. explicando las palabras: y si los ficiere caballeros, dice: que tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de España, los caballeros, (soldados) solian habitar separados de sus padres, y necesitaban casa; y añade, que por esta razon deberá decirse lo mismo, si el hijo fuese Juez ó Abogado, que hubiese menester casa capaz, separada de la de su padre.

8. Como este contrato es en utilidad de ambos contratantes, se presta en él la culpa leve, ll. 7. y 14. tit. 8. Si el locador de obras alquilase su diligencia en cosas que exijen mucho cuidado, debería prestar tambien la levisima, H. 2.º n. 16. l. 8. solo exceptua el caso fortuito; el cual solo

FF

se presta por tres causas: 1a. Si alguno de los contrayentes se obliga á él por pacto. 2a. Si el arrendador se tarda en volver la cosa, y sucediese el caso á tiempo de la tardanza ó despues de ella. 3a. Si el caso acaeciese por su culpa. Y tengase presente que se tiene por culpable y responsable al caso fortuito al que tomó en arriendo una cosa para usó determinado, y le da otro: así, el que alquiló un caballo para ir de Ambato á Quito, si le da otro uso, cometo culpa; y si perece por caso fortuito, debe pagarlo.

9. Debe haber proporcion entre el precio y el provecho del uso de la cosa; por lo que es aplicable á este contrato cuanto hemos dicho del de compra y venta, *tit. 10. nn. 35. y 36.* Y á mas debe advertirse que el considerable y extraordinario aumento ó disminucion de frutos, puede causar variacion en el precio. Si se perdisen ó destruyesen todos los frutos de la heredad por algun acaso que no fuese muy acostumbrado, no está obligado el arrendador á dar cosa alguna del precio; porque es justo que perdiendo él la simiente y gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debía haber, *L. 15. §. 2. locat. cond.—l. 22. tit. 8.* que pone varios ejemplos de caso fortuito, como: avenida de rio, mucha lluvia, fuego que quemase los frutos, hueste de los enemigos, asonadas de otros hombres que los destruyesen &c. porque se supone que los contrayentes no tuvieron presentes estos casos extraordinarios al tiempo de contraer. Pero si el arrendador cogiese alguna parte de los frutos, podrá dar al dueño todo el arrendamiento, ó bien lo que sobrare de ellos, deducidos sus gastos, *l. 22.* Y si se perdisen por culpa del arrendador, está obligado á pagar todo el precio, *Molina, de just. et jur. tract. 2. disp. 495.* y *Covar. pract. quæst. cop. 30.* el cual dice haber visto muchas veces decidirse estas cuestiones sin atenderse á *d. l. 22.* haciéndose la baja del precio en la tercera ó cuarta parte al arbitrio de los jueces; por cuanto no es facil hacer constar la cantidad de los frutos ó impensas por la variedad de las deposiciones de los testigos.

10. Pero este derecho de no pagar nada cuando se pierden todos los frutos por aventura, no tiene lugar si el arrendador contrajo, obligándose al precio en cualquier caso que se perdisen, *l. 23.* que señala otro caso, cuando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden los frutos en el uno, y en el anterior ó posterior se cogen con tanta abundancia, que bastan para pagar el precio de los dos años, y los gastos; pues entonces pagará tambien el precio por razon del año malo; y aunque el locador le hubiese hecho ya remision de aquel año, se lo podrá pe-

dir despues sobreviniendo el abundante, *L. 15. §. 14. locat. cond.* Y si por aventura aconteciese que la heredad diera tantos frutos en un año, que pueden montar á mas del doble de lo que solia rendir un año con otro, deberá el arrendador doblar el arrendamiento; porque es justo, que el dueño á quien pertenece la pérdida, cuando no hay frutos, tenga el beneficio, cuando los hay abundantes; aunque nunca he visto en práctica esta paga doble. Mas si la tal abundancia provino de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho, solo está obligado el arrendador al precio del contrato, *l. 23.*

11. Cumplido el tiempo del arrendamiento debe tornar la cosa á su dueño: y si el arrendador fuere rebelde, no queriéndola entregar hasta que fuese dada sentencia contra él, debe tornar despues á su dueño, doblada la paga, y á mas los menoscabos, que por su culpa hubiese en aquella cosa, *l. 18. d. tit. 8.* Tampoco hay práctica de esta paga doble. Al contrario, debe el dueño pagar las mejoras, sino es que se pactase, que no las podria pedir, *l. 24.*

12. Puede renovarse el arrendamiento espresa ó tácitamente. Si la cosa arrendada fuere tierra, se entenderá renovado el arrendamiento por un año, si el arrendador permanece en ella tres dias despues de cumplido el tiempo, debiendo pagar el mismo precio que en cada uno de los años pasados. Pero si fuese casa, solo se entiende la renovacion en los dias que la habitó, *l. 20.* mas por carta del Concejo supremo de 25 de mayo de 1770. se manda que para no entenderse renovado el arrendamiento para el año siguiente, es menester que el dueño avise al arrendador, ó éste al dueño al principio del año último, que cesará en el que sigue.

13. Puede el dueño vender la cosa antes de concluido el tiempo del arriendo, y entonces puede el comprador echar de ella al arrendatario; pero el dueño está obligado á restituírle lo correspondiente al tiempo que le quedaba para aprovecharse de la cosa, *l. 19. y Lopez, glosa 4.* prueba que se estiende esta obligacion al pago de los menoscabos, *Gomez, 2. var. cap. 2. n. 9.* La misma ley exceptua dos casos: 1.º Si hubo pacto de no echar al dueño durante el arriendo. 2.º Si el arriendo se hizo para toda la vida del arrendador ó para siempre. *Gomez, cap. 3. n. 9.* quiere estender esta doctrina al caso en que el arrendamiento se haya hecho para diaz ó mas años, y lo mismo indica *Covar. lib. 2. var. cap. 15. n. 2.* pero *Lopez, glosa 7.* se inclina á lo contrario. Puede tambien el arrendador subarrendar la cosa, como no se le haya prohibido por pacto, *Gomez, cap. 3. n. 11.*

14. Por muerte del locador ó del arrendador no se acaba el arrendamiento: permanecen sus efectos en los herederos, l. 2. lo que se entiende cuando la cosa está en el patrimonio del locador. El arriendo que hace el marido de los bienes dotales y parafernales de la mujer, subsiste despues de su muerte, y la mujer debe esperar para recogerlos à que se cumpla el tiempo pactado. Tambien subsiste el arriendo que hace el Prelado de la Iglesia, el tutor y el curador de los bienes que administra; pero si se sienten gravados la Iglesia, el pupilo y el menor, les compete el remedio de la restitucion *in integrum*, n. 42. tit. 10.

15. En los arriendos de las cosas del fisco sufre el arrendador el caso fortuito por *extraordinario* que sea, l. 2. tit. 9. lib. 9. R. Estos arriendos deben ser en remate al que mas diere; y se puede abrir el remate dentro de ocho dias, pagando el aumento de medio diezmo; y dentro de quinze dias con la puja del diezmo entero; y dentro de cuatro meses con la de la cuarta parte. El diezmo es la decima parte del precio en que estaba hecho el remate. El aumento ó puja se divide en cuatro partes; las tres para el fisco, y la una para aquel que remató, y es excluido por la puja. El modo de gobernar este asunto se halla en el tit. 15. lib. 9. R. Todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, deben observarse en los arriendos de los bienes pertenecientes à los pueblos (Propios y Arbitrios) por decreto del Supremo Consejo del año de 1771. Tambien tiene lugar esta cuarta puja en las ventas ó enajenaciones de los bienes raices de los hospitales y otras obras pias, segun el cap. 13. de la Instrucion de 22. de febrero de 1799. Sobre el arrendamiento de los bienes de las Iglesias, vease à Murillo Velarde, de *Loc. et conduct.* n. 169.

16. Todo arrendador de derechos del fisco debe ser favorecido de las justicias en la cobranza, l. 44. tit. 13. lib. 9. R. de Ind. El último asentista no tiene el fauto si no fuere en caso de que haya puja del cuarto, ó otra que se debe admitir, l. 31. tit. 8. d. lib. En ningun arrendamiento, asiento ó contrata de algun ramo de hacienda pública se puede estipular libertad de derechos, ni moderacion de precio con los jeneros de estanco, Real orden de 17 de setiembre de 1772.

TITULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Tit. 15. lib. 5. Recop.

1. y 2. *Del Censo y sus divisiones.*—3. hasta 5. *Del censo enfiteúatico y sus efectos.*—6. hasta 9. *Del censo reservativo.*—10. hasta 14. *Del censo consignativo.*—15. *De los Juros.*—16. *Circunstancias à que se debe atender en el consignativo.*—17. 18. y 19. *Del precio y de su tasa.*—20. y 21. *De la redencion que ya tiene lugar en todo censo.*—22. *No se puede imponer censo sin el pago de un 15. por 100.*—23. *Se permite la costumbre de pagar el censo en frutos.*—24. hasta 28. *De la cosa en que se consigna el censo.*—29. y 30. *En la constitucion del censo no hay obligacion personal.*—31. 32. y 33. *Cuando perece una parte de la cosa, la otra paga el censo.*—34. *De las cosas en que se puede imponer censo.*—35. 36. y 37. *De los Pactos que se ponen en los censos.*—38. y 39. *Modos de extinguirse el censo.*—40. *Redificada la casa, recibe el censo.*—41. *De la dimision.*—42. hasta 45. *De la prescripcion.*—46. y 47. *De la redencion.*—48. y 49. *Del Debitorio.*—50. y 51. *Del oficio de Hipotecas.*—52. *De lo que se debe hacer cuando se vende como libre una cosa acensuada.*

1. Aunque los censos pueden constituirse en testamento sin que preceda contrato alguno, con todo como casi siempre se constituyen por contrato que tiene mucha semejanza con los de compra y venta y de arrendamiento, l. 3. tit. 14. P. 1. y 28. tit. 8. P. 5. y no pocas veces es formalmente venta, nos ha parecido éste el lugar mas oportuno para tratar de ellos.

2. A veces se toma la palabra censo por tributo; mas aqui es: un derecho que tenemos de escijir de otro, à quien hemos concedido algo, cierto rédito ó pensión. Es de tres especies: enfiteúatico, reservativo y consignativo: son muy perjudiciales al Estado, como lo prueba Vizcaino en su tratado: sobre los estragos que causan los censos, y en especial los enfiteúaticos.

3. El censo enfiteúatico que tambien se llama enfiteusis, como el contrato en que se establece, es: derecho que tenemos de escijir de otro cierto canon ó pensión anua perpe-

tuamente, por haberle transferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raíz, reservándonos el directo, con la condición de no poder quitarle la cosa á él ni á sus herederos, mientras pagaren la pensión. Esta definición es conforme al modo ordinario de constituirse este censo, y no estrictamente lójica; porque tambien puede constituirse por solo la vida del que recibe el dominio útil, ó por largo tiempo de 10 ó mas años, *d. ll. 3. y 28. Lopez, glosa 4. y Molina, de just. et jur. disp. 445.* donde advierte que si en la concesion del enfiteusis no se espresa tiempo, se entiende que es perpetua, por ser esta su naturaleza ordinaria. Y no puede constituirse sino por escrito, porque de otra manera no valdria, *d. ll. 3. y 28.*

4. Los efectos de este censo á favor del que lo concede, son: 1.º Quedar con el dominio de la cosa. 2.º Tener derecho de escijir del enfiteuta las pensiones, de modo que si deja de pagárselas por tres años, ó por dos, si es á Iglesia, cae en comiso la cosa, y puede tomarla sin mandato de Juez, *L. 3. C. de jur. emphyt.* bien que el enfiteuta tiene diez dias para purgar su tardanza; y si tampoco hubiese pagado en este plazo, puede el dueño tomar la cosa, aunque no haya pedido la pensión; porque se entiende que el mismo dia del plazo pide por él *d. l. 28.* pero la pena de comiso no está en práctica, Febrero, *adis. del censo, §. 9.* y el uso no ha recibido esta absoluta potestad del señor directo; y así debe ocurrir al juez; porque lo contrario turbaria la tranquilidad pública. 3.º Competirle el derecho de tanto ó de *fadiga*; por lo que cuando el enfiteuta quiera vender la cosa debe hacerselo saber, y comunicarle el precio, y solo cuando dice que no la quiere ó calla por dos meses, puede venderla á otro de quien el señor directo pueda haber el censo tan ligero como del mismo, *L. 29.*—4.º Tener, cuando se vende la cosa, el derecho de laudemio ó luismo, que es la quincuajésima parte del precio en que se vende, ó de la estimacion, siempre que se da, y que deba pagarle el nuevo poseedor, á quien debe reconocer por enfiteuta, *d. l. 29.* Y segun lo pactado suele ser la vijésima ó la décima. Prescribiéndose en la circular de 28 de diciembre de 1798; las reglas que se han de observar en la redencion de censos efectos á las fincas vinculadas, que se hayan de enajenar en virtud de la oédula de 25 de setiembre del mismo año, es una de ellas no haber lugar á laudemios en los censos perpetuos ó enfiteuticos, que tengan contra sí dichos bienes en favor de particulares, de cuerpos eclesiásticos ó fundaciones piedadosas por la primer venta, puesto que por ser

ladas no pudieron esperar lo sus dueños.

5. Los efectos á favor del enfiteuta son: 1.º Adquirir el dominio útil de la cosa. 2.º Poder venderla en los términos referidos; y empeñarla sin noticia del dueño á persona tan espedita para pagar el censo como el mismo enfiteuta; lo que tambien debe observar cuando la vende; porque si vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato, y pierde el derecho que tenia á la cosa, *d. l. 29.*— 3.º Poder del mismo modo imponer servidumbre sobre la cosa, y constituir á beneficio de otro el usufructo de ella, *Molina, de Hispan. primog. lib. 1. cap. 20. n. 2.*—4.º No poder quitarse la cosa sino cuando no paga en los términos referidos. 5.º Acabarse el censo, si la cosa padeciese tal quebranto que quedase reducida á menos de su octava parte, *l. 29.*

6. El censo reservativo ó retentivo se constituye: cuando alguno da á otro alguna cosa raiz, transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension anual en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que le recibe; de suerte que el censuario queda dueño independiente y absoluto de la cosa, sin que el censalista tenga otro derecho que el del cobro de la pension.

7. Entre este censo y el enfiteutico hay algunas diferencias, que refieren Covar. 3. var. cap. 7. n. 1 *Molina, de just. et jur. tract. 2. disp. 381.* y son: 1a. Que por el reservativo se transfiere tanto el dominio útil como el directo, y por el enfiteutico solo el útil. *Avend. tract. de censibus, cap. 13. n. 3.* dice: que esta es la llave para conocer la naturaleza de ambos censos; y por esta distincion suele decirse: que pagamos la pension del censo reservativo de cosa nuestra; y la enfiteutica de cosa ajena. 2a. Que el enfiteuta puede vender la cosa sin hacerlo saber al dueño directo, y sin que le pertenezcan el luismo y la fadiga. 3a. Que la cosa no cae en comiso, aunque no se pague por mil años la pension, á menos que haya pacto contrario, *l. 1. tit. 15. lib. 5. R.* que debe entenderse de este censo reservativo, *Molina, d. disp. 381. Avendaño, de censib. cap. 90 n. 4.* pudiendo admitirse este pacto en este censo, porque concediéndose el dominio directo y útil de la cosa, puede el concedente no querer concederlo sino bajo dicho pacto, como en el enfiteutico lo quiere hacer y hace el dueño directo, respecto del dominio útil.

8. Dudándose si un censo es enfiteutico ó reservativo, se debe decidir por las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza del contrato, que á las palabras, que frecuenté-

mente confunden los escribanos por impericia; y cuando no basten las circunstancias, se considerará el censo mas bien reservativo que enfiteutico, Covar. 3. var. cap. 7. Molina, disp. 383. porque grava ménos al que lo debe.

9. Se puede constituir este censo por convencion, como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno una cosa fructifera con la reserva de pagar cierta porcion de sus frutos á sus herederos. Las mas veces se establece en la misma escritura en que se concede un campo en enfiteusis, imponiéndole al mismo tiempo la carga de particion de frutos á razon de uno por cada cuatro, cinco ó seis. Y puede ser perpetuo, durante la vida del censalista, ó absolutamente redimible; y si se dudare de esto, debe considerarse mas bien consignativo que reservativo, y mas bien redimible que irredimible, segun Vela, disert. 33. n. 70. por que el consignativo redimible es el mas frecuente, y el mas ligero para el deudor: lo que se conforma con la regla de ser siempre mas favorable la parte del reo que la del actor, *L. favorabiliores* 125. *de div. reg.*

10. El censo consignativo se llama asi, porque se consigna sobre bienes del que lo debe, quedando este con el dominio directo y útil de los bienes. Se constituye regularmente por cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y entónces es verdadera venta; pero puede constituirse por otros titulos, como permuta, donacion, compensacion de tributos, obsequios u obras, ó por última voluntad, y su naturaleza es segun el titulo. Hablaremos del constituido por contrato de venta, como mas frecuente, y porque facilmente se entenderán por él los demas.

11. Censo consignativo es: *Compra por la cual dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raíces de otro, compra el derecho de cobrar cierta pension anual del dueño de dichos bienes, quedando este tan dueño de ellos como antes.* Decimos dando alguno cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion, como las demas compras, sino que requiere numeracion del precio, verdadera ó fingida, Vela, disert. 34. n. 37. En el censo vitalicio esciije la *l. 8. tit. 15. lib. 5. R.* que la numeracion ó paga del dinero sea real. Se compra el derecho de cobrar ó esciije la pension, y no la pension misma, Covar. 4. lib. 3. cap. 7. n. 2. *Avend. d. tract. cap. 37. n. 20.* y por eso no se puede objetar que se da dinero por dinero; aunque algunas veces, hablando impropriamente se dice comprar se los réditos ó las pensiones.

12. Se divide el censo en pecuniario y fructuario, segun

se paga la pension en dinero ó en frutos. Puede constituirse de modo que se pague la pension por años, meses ú otros tiempos señalados; y puede ser perpetuo y temporal, dividiéndose el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, y en redimible, que se constituye con el pacto de *retroventa*, y llamamos al quitar: y hablando con propiedad se dice tambien perpetuo, por no acabarse con el tiempo, Vela, *disert.* 33 n. 51. y Censio, *de censib. quest.* 2. bien que la *l. 7. d. tit. 15* se opone al perpetuo é irredimible.

13. El temporal puede constituirse por un número cierto de años, como 20, 30, ó 40, ó un tiempo incierto, mientras viviere el comprador ó vendedor ó algun otro, y entonces se llama *vitalicio*: y este es tan irregular y extraordinario que no parece censo; porque enajenando para siempre el precio ó capital, sin esperanza de recobrarlo jamas, compramos el derecho de escajir la pension anual sin respecto á cosa alguna, ni á industria, ni á obras del que la ha de pagar, sino solo á la vida de aquel por la cual fué constituido: acabada la cual, se acaba tambien este censo, y no de otra manera; de suerte que pende de ella en su constitucion y conservacion. Estas circunstancias, el ser menor su precio, ó mayor su pension que es lo mismo, y el ser incierto el tiempo de la muerte, contribuyen á hacerlo licito, Salgado, *in labyrinth. part. 1. cap. 29.* Cov. *d. cap. n. 3. Felic. lib. 1. cap. 7. n. 19.* Vela, *disert.* 35. n. 57. y *disert.* 36. n. 42. Estas divisiones tambien tienen lugar en el censo reservativo. Molina, *d. tract. disp.* 383. hasta la 389. examina todas las especies del censo consignativo con la solidez que acostumbra.

14. El mismo Molina, *disp.* 385. añade otra division en real y personal, llamando personal aquel que solo se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya cosa alguna obligada. Pero muchos opinan que no puede haber censo personal, Faria *ad Covar. 3. var. cap. 7. n. 27.* Vela, *disert.* 35. nn. 47. 102. y *siguient.* Avend. *de censib. cap. 58.* donde responde á Feliciano, Covar. y otros. Nos parece mejor la sentencia de los que reprueban la division; y el mismo Molina no está lejos de pensar así, puesto que dice en la *disp.* 397. que el censo personal es de muy difícil sostenimiento. No importa que los adicionadores a la Biblioteca de Ferreris, *voz Censu*, y Martinez, *Librer. de Jueces*, tomo 7. *lib. 5. tit. 15. n. 220.* digan: que la cédula de 10 de julio de 1764 aprueba el censo personal; porque ella solo aprueba los contratos por los cuales algunos, y especialmente las viudas y algunos destituidos de propia industria entregaban dinero á los cinco Gremios mayores de

GG

Madrid, para el comercio, y á razon de tres ó dos y medio por ciento; y estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, por la que los contrayentes se parten de tal modo la ganancia, que contentándose los que pusieron su dinero con una porcion segura, pero muy inferior á la de una ganancia regular, pertenezca la restante á los Gremios. Pero debemos advertir, que esta reprobacion del censo personal se entiende esceptuando el vitalicio, segun dijimos en el n. *antec.*

15. Tambien tenemos ciertos censos, que se llaman *Juros*, y consisten en rentas, que el Rey concedió á alguno en compensacion de sus servicios, ó remuneracion de sus méritos, ó por cierto precio sobre salinas ó otros derechos. Como el juro es un censo consignativo, quanto se ha establecido de éste tiene lugar en aquel, *ll. 6. 12. y 13. d. tit. 15. lib. 5. R.* con solo la diferencia de que de la venta del juro no se paga alcabala, como de la de los otros censos, *Larrea, aleg. 23.* Por el *auto acord. 6. tit. 6. lib. 5.* se mandó observar el aumento del precio ó baja de la pension que la *l. penúlt. d. tit. 15.* estableció en los censos consignativos al quitar.

16. En el censo consignativo se debe atender á tres cosas: 1a. El precio por el que se compra ó constituye, que se llama *capital*. 2a. La pension ó réditos que se pagan. 3a. La cosa en que se consigna ó constituye. El famoso *Motu proprio* de Pío V. *de creand. censib.* de 1569 estableció que el precio hubiese de consistir en dinero efectivo; pero no estando recibido en España, segun la *l. 10. d. tit. 15.* hay lugar á la cuestion de si debe ó no consistir en dinero. Nos parece mas fundada la afirmativa, porque cierra la puerta á los fraudes, que son muy frecuentes en este contrato, por cuya razon lo establece así espresamente la *l. 8. d. tit.* en el censo vitalicio: á lo que se añade que el Concejo Supremo siempre declara nulos los censos constituidos por precio que no sea dinero, como dice Feliciano, *lib. 1. de censib. cap. 4. n. 10.* Claro es que los juros se esceptuan de esta regla: ni en ellos puede haber fraudes. Mas no es necesario que la tradicion del precio sea real: basta la finjida, que llaman *brevi manus*, estableciéndose el precio en deuda de dinero cierta y liquida, á cuyo pago podia ser obligado el deudor, *Avend. cap. 38.* lo cual es útil al mismo deudor. En los censos, que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio, aunque tambien se puede acomodar la finjida, siendo cierto que se debe considerar que la hay en los casos de redencion ó enajenacion de la cosa censuada.

17. También se requiere que el precio sea justo, esto es, que su cantidad tenga proporción con la de la pensión. Esta varía por las circunstancias del lugar y tiempo, como enseñan Covar. 8. var. cap. 9. y Avend. cap. 32. En España fue tasada en los censos al quitar á 14 por 1. l. 6. d. tit. 15. en el año 1563. despues en 1608. á 20 por 1. l. 12. y últimamente en 1705. para Castilla y Leon, y en 1750. para Aragon á 35. con un tercio por uno, ó como solemos decir, á 100 por 3. ll. *pat. . ult.* debiendo observarse estas tasas en los censos anteriores á estas leyes, como se previene en la 13. d. tit. é imponiéndose perdimiento de oficio, á los escribanos, que autoricen escrituras con pensión mas alta. En el censo vitalicio fué tasado el precio en 1583. l. 8. y en 1608. l. 12. En la primera la tasa es de 7 por 1. cuando se constituía por la vida de uno solo; y de 8 por 1. en los cargados por dos vidas, prohibiéndose, que en lo sucesivo se cargase por mas de una vida. En la segunda, la tasa que era de 7 se aumentó á 10, y la de 8 á 12. Estas leyes expresan la tasa por tantos al millar; pero nos ha parecido mejor acomodarnos al modo comun.

18. El precio del censo redimible no tiene tasa, y tambien está sujeto á las alteraciones de lugar y tiempo; pero en atención á ser mas pesado para el censatario, porque no tiene la facultad de redimirlo, que se considera parte del precio, como los demas pactos que favorecen al vendedor, L. 19. *centr. empl.* convienen todos en que debe ser mayor su precio, que el de los censos al quitar; y segun Covar. 8. var. cap. 10. n. 1. y Molina, *disp.* 385. parece justo, que este precio sea mayor en la tercera parte, que el del censo al quitar. Y añaden Molina y Covar. cap. 9. n. 5. que no debe reprobarse con facilidad lo que esté recibido por el uso en algun lugar, y que para la justa estimación de estos censos, se ha de observar la costumbre de la provincia y la comun estimación de los hombres, que suele definir el justo precio de las cosas. L. 63. *ad Leg. Falc.*

19. Asimismo nota muy bien Molina, *d. disp.* que debe ser mucho mayor el precio en el censo enfiteútico, que en los otros; porque á mas de conservar el dominio directo de la cosa el que lo concedió, le pertenecen el luismo y demas considerables derechos enfiteúticos: lo que es útil advertir, pues aunque en la constitución regular y ordinaria de este censo, cuando uno concede una cosa suya en enfiteusis, no se hace mención de precio, se debe tener consideración á él, regulando lo que valgan los derechos del señor directo, quando se venda la cosa enfiteútica; porque este valor se ha-

ja del que tiene la cosa, y solo de lo restante se paga el luismo, Bas, *theat. Jurisp. cap.* 30. n. 141.

20. Y por cuanto de lo que acabamos de decir aparece claramente, que debe ser al doble mayor que el de los irredimibles; esijan la justicia y equidad, que aumentado el precio de los redimibles á razon de 100 por 3, se aumentara el del enfiteútico á 200 por 3. Y en efecto así está regulado, por lo tocante á casas y areas ó solares de Madrid, en el auto acordado de 1770. en el que se faculta tambien al enfiteuta para redimir estos censos al respecto de 200 por 3. Y por cédula de 6 de noviembre de 1799 se permite la redencion en vales reales de todo censo perpetuo, al quitar ó enfiteútico, para disminuir su circulacion. Despues en el n. 5. del Reglamento inserto en otra cédula de 17 de abril de 1801. relativa á la pragmática de 30 de agosto de 1800, para la redencion de Vales reales, se permite redimir con estos los cánones enfiteúticos impuestos sobre las casas de las ciudades del reyno, pagando un capital doble por el canon, regulado á razon de 33 y un tercio por millar, esto es 3 por 100, y por derecho de laudemio la cantidad, que á un tres por 100 reditue en 25 años una cincuentena del valor de la casa, rebajado el importe de las cargas á que esté sujeta. Y en el n. 6. se previene, que en los censos al quitar se proceda á la redencion á razon de 3 por 100 y al doble en los perpetuos; y lo mismo respecto de 3 por 100 en cualquier tributo, que no tenga capital señalado. Y en el n. 2. se concede tambien que puedan redimir sus cargas al mismo respecto de 100 por 3 los poseedores de fincas afectas á carga de aniversario, capellanía, misa, festividad, limosna, dote y cualquier prestacion anual.

21. Suscitadas varias dudas sobre este reglamento, se espidió otra cédula en 17 de enero de 1805 por la cual se prescriben las reglas que han de observarse en la redencion de censos perpetuos y al quitar y otras cargas enfiteúticas, formacion de sus capitales y su nueva imposicion en la real caja de estincion de vales, y se manda rija lo prevenido en ella, y cese de consiguiente lo demas que dispone el reglamento inserto en la de 17 de abril citada, y lo que respecto á redenciones de censos se establecia en la de noviembre de 1799.

22. Otra cédula de 15 de setiembre de 1804 altera en parte algunas de sus anteriores: en las reglas 1. 2. 3. y 4. dice así: 1.º Permito á todos los que en lo sucesivo quieran dar dinero á censo redimible el que lo puedan ejecutar.

con tal que sean dueños propietarios de dicho dinero, y no esten obligados á hacer de él imposicion forzosa. 2.º En las escrituras que se otorgan se podrán poner los pactos, vínculos y condiciones que se tengan por convenientes, así en cuanto á los plazos en que haya de hacerse la redencion del capital, como en las especies de moneda del pago de este y sus intereses, no excediendo del 3 por 100 que permiten las leyes, y usando en este contrato de las facultades que por la circular de 7 de abril de 1800 estan declaradas, para que resplandezcan la igualdad y buena fé.—

3.º El que reciba dicho dinero á censo redimible podrá renunciar de un modo válido y eficaz y subsistente las facultades que le dispensan las reales cédulas de 10 de octubre de 1799, pragmática sancion de 30 de agosto de 1800 y cédula de 17 de abril de 1801, como así bien cualquiera otra promulgada, ó que se promulgare respectiva á la redencion de censos perpetuos ó redimibles, obligándose á observar por sí y sus sucesores las condiciones y pactos de la escritura de imposicion, ora sean los otorgantes personas particulares ó comunidades, pues todas sin distincion han de quedar obligadas á la puntual observancia de la escritura de imposicion y sus condiciones. 4.º Si los que dan dinero á censo son comunidades eclesiásticas, seculares ó regulares entendidas con el nombre de manos muertas, han de acreditar su pertenencia en propiedad y libre disposicion, y que no corresponde á patronato, memoria ú obra pía que lleve la obligacion de imponer, justificándolo con certificacion de la Contaduria jeneral de la Consolidacion, donde se les dará gratis este documento, sin cuyo requisito no serán válidas semejantes imposiciones, y las que se verifiquen con él se declaran válidas, y libres á los dueños del capital ó capitales del pago del quince por ciento de que trata el real decreto de 21 de agosto de 1795, por el cual no se puede proceder á las vinculaciones de bienes raices de cualquiera denominacion, ó la de los censos, y las de todos los demas efectos civiles de la propia clase, en que la traslacion del dominio dé una accion sobre cosa real ó hipoteca sin pagar la contribucion de 15 por 100, l. 15. tit. 17. lib. 10. *Novis. R.*

28. En cuanto á la pensión ó rédito del censo al quitar estableció la l. 4. d. tit. 15. lib. 6. *R.* en 1534. que se pagase en dinero efectivo. Y porque en algunas partes se constituan muchos censos en fraude de esta ley, bajo el nombre de perpetuos é irredimibles, con la expresion de pagar el rédito en trigo ú otros frutos, se mandó por la l. 7.

en 1575. que todos los censos que se hubieren fundado y fundaren desde 1584. se consideren redimibles, y se juzgan en todo por las leyes que hablan de los redimibles; y de consiguiente están sujetos á *d. l. 4.* Y aunque ella solo habla de los censos al quitar, debe estenderse á los irredimibles; porque los perjuicios y fraudes, que intenta evitar, son mas graves en estos. Esta ley, que tambien arregló los censos anteriores á ella, es muy útil. Sin embargo la *ult. d. tit. 15.* del año 1750. permitio la costumbre de pagar los censos en frutos: que en donde estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos, se regule la paga de estos por reduccion de la real pragmática, (*d. l. pen.* que redujo la pension del 5 al 3 por 100.) sin exceso alguno. Esta indulgencia dió lugar á la cuestion, de si la reduccion establecida en *d. ll. pen. y ult.* se habia de hacer con respecto á la cantidad de frutos, de modo que pague 3 medidas el que antes pagaba 5, ó se habia de atender tambien al precio, que habia tenido mucho aumento en los años posteriores; y habiéndose acudido al Concejo de Castilla, por parte de algunos pueblos del reyno de Valencia, dispuso aquel Tribunal Supremo que la Audiencia de este reyno arreglase las pagas de pensiones al 3 por 100: y la Audiencia sentenció desde luego en 7 de julio de 1794. que el pago debia hacerse al 3 por 100, en dinero ó trigo, segun el valor y precio que tuviese éste el 15 de agosto de cada año.

24. Examinemos ahora las dificultades que ocurren acerca de la cosa en que está consignado el censo. Feliciano, *de censib. l. m. 2. lib. 1. cap. 1. n. 5.* Covar. 3. *var. cap. 7. n. 5.* y otros muchos que refiere *Avend. cap. 28. n. 9.* juzgan, que la cosa censuada tiene la calidad de hipoteca; y añade el mismo Covar. que esta hipoteca no sigue en todo las reglas de las demas hipotecas: 1.º Porque el comprador del censo puede reconvenir por el pago de las pensiones al que compró la cosa censuada, dejando al que la enajenó despues de haber consignado en ella el censo: y 2.º Porque si el censo hubiere sido colocado, por ejemplo, en tres campos que perteneciesen á tres diferentes poseedores, no se puede reconvenir á los tres por el todo, sino á cada uno por su parte: observándose, bajo ambos respectos, lo contrario en las hipotecas regulares; porque la seccion hipotecaria no puede inscribirse contra los poseedores, sin hacer antes succion de los bienes del que contrajo, *l. 14. tit. 15. P. 6. Antien. hoc si debitor C. de pignor.* y no se divide por el número de los poseedores por ser individual. Pero confiesa el mismo Covar. que en esto último está en contrario la práctica, appo-

yada, al parecer, en que siendo hipotecaria esta acción, debe ser individual, y descuidarse de su irregularidad.

25. Pero Molina, *d. tract. de just. et jur. disp. 335. Avend. d. cap. 29. n. 10.* y Vela, *disert. 34. y 35.* defienden, que la constitucion del censo se debe considerar á la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado: lo que nos parece mas justo, y se acomodan á ello los efectos que observamos en la práctica, aunque se use llamarla hipoteca.

26. Los efectos de esta opinion son: 1.º Que aquel que impuso el censo sobre cosa suya, solo está obligado al pago de las pensiones en cuanto la posee ó esté obligado á la eviccion; por lo que la acción para escijir las pensiones, es de aquellas que los romanos llamaron *in rem scripta*, que siempre se dirige contra el poseedor, *L. 9. §. fin. quod mel. cau. Vela, disert. 14. nn. 38. y 56. y disert. 35. n. 54.* y de aquí es, que enajenada la cosa, se reconviene al poseedor, que no contrajo con el acreedor, sin que pueda valerse del beneficio de orden ó escusion; pues segun luego veremos, no hay otro deudor.

27. 2.º Que el poseedor de la cosa está obligado á pagar no solo las pensiones del tiempo en que posee, sino tambien las anteriores que se daban. No hemos encontrado ley alguna nuestra que lo diga; pero lo dicen las romanas de los vectigales ó tributos reales, por ser los predios y no las personas, los obligados: lo que se acomoda á los censos, *L. 7. de publican. et vectigal.* añadiendo que si el comprador de la cosa ignoraba que se debian pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molina, *d. tract. 2. disp. 534.* dice: que las pensiones anteriores á la enajenacion de la cosa, se pueden escijir indiferentemente del actual poseedor, que como tal las debe, ó del anterior, que aun las debe por el tiempo pasado, en que las adeudó, como poseedor que entonces era, y percibia sus frutos; y que si las paga el último, tiene recurso para recobrar del primero las correspondientes á los años en que poseyó: lo que es muy conforme á la equidad y naturaleza del censo.

28. 3.º Que pereciendo la cosa censuada, perece también el censo, al modo que pereciendo el predio sirviente, perece la servidumbre, *Avend. cap. 60. y Lectur. de usur. quæst. 57.* donde tambien trata de cuando vuelve á nacer. Este efecto es muy conforme á la naturaleza del censo; porque este no es otra cosa que una venta por indiviso de parte del derecho en la cosa en que está consignado; y pereciendo la cosa, no puede dejar de perecer el derecho que habia en

ella, Molina, *dísq.* 385. A mas de esto seria casi ninguno el peligro del comprador del censo, si pereciendo la cosa sobre la cual y sobre cuyos réditos compró el derecho de escijir la pension, estuviere todavia el vendedor obligado á pagarla: lo que á mas de ser contra las reglas del contrato de compra y venta, seria inicuo; porque pagaria por lo que no existe. Tambien hay que considerar, que si el comprador del censo no corriese el peligro de la cosa, no se distinguiría del usurero, que tiene segura la cantidad que prestó. Por estas razones Vela, *diseri.* 33. n. 51. y Censio, *de censib. quæst.* 54. creyeron que era ilícito que el censo se constituyese jeneralmente sobre todos los bienes del vendedor; siendo muy raro que alcanzase al comprador el peligro de la estincion de su derecho, con perpetuo gravámen del vendedor; por lo que aun decimos: que si la cosa ó cosas en que se impone el censo, fuesen tan pingües que produjesen frutos muy excesivos para pagar la pension, se deberia corregir el exceso á arbitrio del Juez, para que se guarde igualdad entre los contrayentes, y se evite este mal.

29. En consecuencia de esto nos parece verdadera la opinion de Avend. *cap.* 59. Sarmiento, *lib.* 7. *select. cap.* 1. n. 28. y otros de que en la constitucion del censo no se contrae obligacion alguna personal, por la que el vendedor ó sus herederos, que no poseen la cosa censuada, ó la quieren dejar, puedan ser compelidos á pagar las pensiones, aunque se hubieren pactado así: pues todavia deberia considerarse inútil, y por no puesta la obligacion personal, á ménos que fuese con respecto al caso en que tuviese lugar la eviccion, para el cual, y no para otro podria sostenerse. Y en efecto, esta opinion es muy conforme á la igualdad de los contratos y á la naturaleza del de compra y venta, á la que se refiere la constitucion del censo; porque el que compra alguna cosa solo adquiere derecho en ella, y no contra la persona, sino en el caso de eviccion; no siendo regular que al comprador del censo, que es odioso y no muy distante de la usura, se le favorezca mas que al que hace un contrato tan útil y necesario como el de las demas compras.

30. Es verdad que la *l. ult. d. tit.* 15. *lib.* 5. *R.* cuenta tres especies de censos consignativos al quitar: *reales, personales ó mistos*, por lo que parece aprobar no solo los censos en que hay obligacion personal, sino tambien los colocados en la sola persona, significando aquellos por la palabra *mistos*, y estos por la palabra *personales*. Pero Avend. niega estas dos especies, *nn.* 58. y 59. porque el lejislador

en esta ley solo tuvo intencion de reducir todos los censos al quitar á razon de 100 por 3, sin estenderse á otro fin: y entendiéndose únicamente al que tenia, puso esas palabras, no para aprobar los censos personales, pues no se trataba de eso sino para manifestar, que todos los censos al quitar, de cualquier calidad que fuesen, debian estar sujetos á la reduccion que lucia, sin que sus dueños pudiesen pretender cosa en contrario, á título de que el censo fuese misto ó personal: cuya pretension podia temerse, por ser muchos los autores que la admiten, á los cuales siguieron algunos escribanos, y despues los demas han mencionado estos censos en las escrituras por rutina.

31. Se cuestiona si cuando no perece toda la cosa sino una parte, perece tambien el censo á prorata, aun en el caso que la parte que queda, pueda dar frutos bastantes para pagar toda la pension. Molina, *disp.* 391. Vela, *dissert.* 33. nn. 37. y 38. Faria *ad Covar.* 3. var. *cap.* 7. nn. 85. y 86. están por la afirmativa, y sus fundamentos son: 1.º Porque lo que se dice del todo en cuanto al todo, se dice de la parte en cuanto á la parte, *L. que de tota* 76. *de rei vindic.*—2.º Porque el censo está de tal modo estendido en la cosa, que todo está en toda ella, y parte en la parte. 3.º Porque así está espreso en el *Motu proprio* de S Pio V. cláusula 8: que dice: *finalmente, queremos que en los censos que se establezcan en lo futuro, si perece toda la cosa ó parte de ella, ó si se vuelve infructifera en todo ó en parte, perezcan á prorata*: no pudiendo alegarse que este *Motu* se halla suplicado por la *L. 10. tit. 15. lib. 5. R.* porque la súplica solo se entiende en cuanto establezca algo nuevo, fuera del derecho comun, así como se entienden las súplicas de otras declaratorias del derecho antiguo, Vela, *dissert.* 33. 85. y 86.

32. Pero tenemos por mas probable la contraria que defienden Lectar. *de usur. d. quest.* 57: *Censio, quest.* 100. y una decision de la Rota ante el Cardenal Mellini en 30 de octubre de 1602. Las razones de esta opinion son las siguientes: 1a. Porque el censo está simplemente constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de sus partes. 2a. Porque quedando el dominio de la cosa censuada en el vendedor del censo, cuando se constituye, y sin pasar al comprador, que solo compra el derecho de escijir la pension, parece que la destruccion ha de pertenecer enteramente al vendedor, mientras le queda parte, de que pueda sostener la paga de la pension. 3a. Porque pudiendo constituirse un nuevo censo del mismo valor en la parte salva, seria irregu-

lar que no permaneciese entero el ya constituido, siendo mas fácil la conservacion de una cosa, que su nueva constitucion. 4a. Porque el censo no tiene por término ó fin la cosa censuada, sino sus frutos, y por eso es que se estingue aun permaneciendo la cosa, si se hace enteramente infructifera para siempre: á lo que es consiguiente, que si la parte que queda, produce frutos bastantes para el pago de la pension, de ningun modo puede decirse estinguida la cosa en cuanto al censo, ni aun en cuanto á la parte que pereció.

33. Al paso que estas razones afirman nuestra opinion, destruyen los dos primeros fundamentos de la contraria: y en cuanto al tercero debemos decir: que el *Motu* de Pio V. se entiende del caso en que la parte que resta no pueda producir los frutos suficientes para el pago de la pension, como lo entendió la Rota en la citada decision, que es la primera de las mas antiguas que pone Censio en su tratado de *censibus*. Si el censo no se tomase por el derecho de escijir las pensiones, como lo tomamos aquí, sino por lo mismo que tributo, como se toma alguna vez, entonces deberia disminuirse su paga á proporcion de la parte que pereciese de la cosa. *L. 4 §. 2. de censibus*. Y advertimos últimamente, que si un censo fuere constituido con facultad real sobre dos mayorazgos, y se quitara al poseedor el uno, se le deberia bajar á proporcion el pago de la pension, por las razones especiales que espresa Salgado in *Labyr. parl. 2. cap. 11. n. 18*.

34. Las cosas en que han de consignarse los censos deben ser fructíferas; porque comprándose en la constitucion del censo el derecho de escijir las pensiones ó réditos, si la cosa no los produjese, seria usurario el contrato, Avendaño, *cap. 53. Leotard. quest. 56*. Tambien deben ser inmuebles ó raices; porque á mas de escijirlo asi las *estravagantes de Martino V. y Calixto III.* que están en el cuerpo del *derecho canónico, tit. de empt. et vend.* entre las *estravagantes comunes*, se prueba por lo que dijimos que el censo se considera como servidumbre, la cual nunca se impone sobre cosas muebles, y tiene tracto succesivo perpetuo, ó que á lo ménos se considera de mucha duracion. Censio, *quest. 29.* y Avendaño *cap. 52.* advierten que tambien deben entenderse por cosas inmuebles aquellos derechos incorporales, que natural é inseparablemente van unidos á la tierra, como los de pacer, pescar, diezmar, &c. Y tambien vemos muchos impuestos sobre derechos, que se consideran perpetuos, aunque no estén en tierras, como los Propios de los pueblos, y los derechos comunes de los oficios de los artesanos.

35. En la constitucion del censo suelen ponerse algunos pactos, como: 1.º No poderse enajenar la cosa censuada, bajo la pena de comiso; y 2.º Reservarse el comprador el derecho de tanto ó prelacion, si la cosa se enajena. Mas es necesario distinguir entre los censos que no tienen precio establecido por la ley, y los que lo tienen, como los redimibles ó al quitar. En los primeros que solo tienen precio natural por la estimacion prudente de los hombres, del qual hay tres jéneros, supremo, medio ó infimo, se sustentarán los pactos, si el censo se constituyere al precio supremo ó al medio; porque sin embargo de que son gravosos al vendedor, no se le hace agravio; pero si fuere constituido al infimo, que ya no admite baja en la esfera de lo justo, no se sustentarán; porque tales pactos, como gravosos, disminuyen el precio; así, por el derecho al tanto, no se encontraria quien quisiese comprar la cosa á su justo precio, receiando de que acudiese á quitársela el comprador en virtud de aquel derecho, y por ello se veria precisado el vendedor á venderla mas barata, como es claro, y lo juzgó la Rota ante el *Cardenal Seraphin*, *decis* 1474. n. 1. citada por *Leotard. de usur. quest.* 56. n. 82. y sig.

36. Por la misma razon no son admisibles estos pactos en los censos que tienen su precio tasado por la ley, como los redimibles ó al quitar y los vitalicios; pues atendiendo al legislador á los pobres, tasó tan severamente los precios en las leyes que hemos citado al n. 17. que no quiso que en manera alguna fuesen menores ó mas gravosos á los vendedores, como claramente lo manifiestan ellas mismas, *Leotard. d. n. 82. Olano, in concord. lit. A. nn. 90. 107. 108. contra Gutier. lib. 2. pract. quest. 167.* las que á mayor abundamiento deben ampliarse á favor de los vendedores en cuyo beneficio están constituidas. Por esto dice *Mattienzo* en la *l. 1. tit. 16. lib. 5. R. glosa 1.* que no se debe tener consideracion á este pacto, y debe atribuirse mas bien á la impericia de los escribanos que á la voluntad de las partes; y nosotros añadimos que no debe valer, aun quando constase haberse puesto por voluntad de los contrayentes; sin que nos embarace la *cláusula 5 del Motu* de San Pio V. que aprueba este pacto; porque á mas de que no habla de los censos, que tienen precio tasado por la ley, no está recibido en España, *Molina, tract. 2. disp. 390.*

37. Todos los pactos pues, que por ser gravosos al vendedor, disminuyen el precio, se deben considerar no escritos, *Faria ad Covar. 3. var. cap. 7. n. 14.* pero no harán nulo el contrato. Solo del pacto por el que se conviniesen los

contrayentes en que el precio fuese menor que el tasado por las leyes, podria creerse que anulaba el contrato, si se habia de atender á la *l. 8. tit. 15. lib. 9. R.* que dice: *las ventas y 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; mas á pesar de esto no se anula el contrato; porque las ll. 6. 12. y 15. d. tit. que hablan con mas estension de este asunto, despues de referir las palabras de la l. 8. solo añaden: y que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio, ni fuera de. el mas de á la dicha razon y respecto (es la tasa).* Por lo que es claro, que estas leyes amplian la 8. y que aun en este caso subsiste el contrato, reformado el exceso. *Avend. cap. 36. y Larrea, alegao. 25. n. 8.*

38. Los modos de extinguirse el censo son: 1.º Perciendiendo la cosa censuada, *n. 28.*—2.º Si la cosa se hubiese vuelto en todo y para siempre infructifera, como si el mar cubriese de mucha arena el campo, *n. 34.* y *Leotar. de usur. quest. 56.* porque la esterilidad es lo mismo que la destruccion de la cosa en cuanto al efecto de percibir frutos de ella. Mas como pudiera empeorarse la cosa por descuido del censuario, podrá obligarlo el censalista á que la cuide como un diligente padre de familia. Y si por su dolo ó culpa pareciese ó se volviese infructifera, aunque se extinguiese el censo por faltar la cosa, podria el censalista repetir el precio y lo que interesase, conforme al derecho sobre dolo y culpa, *Censio, de censib. quest. 101.*

39. Cuando se dudase si la cosa ha perecido ó se ha vuelto infructifera del todo para siempre, y con este pretexto se escusase el deudor de la paga de las pensiones, nos parece que el dueño del censo tiene derecho á precisarlo á que pague las pensiones ó haga division de la cosa á su favor, porque de esta suerte se cortan con facilidad los pleitos, sin perjuicio de ninguno, y se evitan fraudes. Y tambien porque siendo el censo á manera de servidumbre, *n. 25.* carga sobre toda la cosa y todas sus partes y permanece habitualmente 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, quemada la casa, *L. 29. §. pen. de pignor.* y en tanto se considera estinguido en cuanto no tiene derecho el acreedor para exigir las pensiones, ni para obligar al deudor á que reedifique la casa. Y esto se observará aunque el deudor se hubiese obligado á sufrir cualquier perjuicio, y á reedificar la casa, sino es que se hubiere compensado esta obligacion, aumentando el

precio en la tercera ó cuarta parte ó otra sobre la tasa, que debería moderarse, segun el arbitrio del juez, para que fuese correspondiente el aumento de obligacion, que habia tomado sobre sí el deudor, Molina, *disp.* 389. y 391. *Avend. cap.* 60. n. 72. Vela, *diserf.* 83. n. 72. donde trata de la renuncia de los casos fortuitos.

40. Se niega comunmente que reviva el censo si se reedifica la casa que se habia arruinado enteramente, como sucede en el usufructo. Pero es mas verdadera la opinion contraria; porque quedando habitualmente el censo en el solar, no tanto debe considerarse extinguido, quanto suspenso y vuelto infructuoso; del mismo modo, que si un campo que se creyó perpetuamente estéril é infructuoso, sin haber producido nada por muchos años, se hiciera de nuevo fructifero por alguna muy rara ocurrencia. Ni hace fuerza el ejemplo en contrario del usufructo; porque este derecho personal es muy delicado y se pierde con mucha facilidad; de suerte que el de un pinar se pierde con solo haber cortado los pinos, y haberse hecho tierra campa para sembrarla; lo que ninguno ha dicho en los censos. Mas por esta revisconcia no tendrá derecho el acreedor de escijir las pensiones correspondientes á los años de la ruina; porque entonces no se adeudaron. Será pues muy propio para evitar pleitos, que el poseedor del solar afecto á censo, pacte con el dueño de este antes de reedificar.

41. El 3.º modo de extinguirse los censos es la dimision, desamparando la cosa á favor del acreedor, *Avend. cap.* 110. n. 6. y 12. La razon en sustancia es la misma que en la del caso en que perece la cosa, porque siendo el censo un cargo á la manera de servidumbre, gravita sobre solo la cosa, y la persona solo está obligada en cuanto la posee; y por consiguiente debe serle permitido dejar la cosa, y libertarse del censo, del mismo modo que el dueño del predio sirviente puede dejarlo, y quedar libre de la servidumbre: lo mismo que sucede con el legatario á quien el testador legó un campo, con cargo de dar á otro cierta cantidad, que puede no admitir el campo para no pagar el fideicomiso.

42. El 4.º modo de extinguirse los censos es la prescripcion de 30 años, cuando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga, con buena fé y sin interrupcion de este término. Gomez, 2.º var. *cap.* 11. n. 15. Carleval, *de jud. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. n. 20. y otros lo defienden así, sin distincion ninguna de poseedores. Pero otros distinguen dos clases de poseedores, y colocan en la 1.ª al que impuso

el censo ó al sucesor suyo universal; y en la 2.^a si que adquirió la cosa por título singular. Estos admiten la prescripción de 30 años en los poseedores de la primer clase, y dicen debe entenderse de ellos la *l. 6. tit. 15 lib. 4 R.* que fija este término para las obligaciones con hipoteca ó mistas; y en cuanto á los poseedores de la segunda clase se dividen en diferentes opiniones. Gutier. *lib. 1. pract. quest. 90.* juzga que el tercero que poseyere la cosa como libre, con buena fé y justo título por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, la prescribirá en este término, segun las *ll. 33. tit. 13. P. 5. y 27. tit. 29. P. 3.* que cree no estan del todo corregidas por *d. l. 6.* lo que no nos acomoda; porque á mas de ser jenerales las palabras de esta ley: *la deuda se prescriba por 30 años*, sin que haga diferencia de poseedores, no hay razon alguna para decir, que solamente es correctoria de *d. ll. de Partida* en cuanto á los 40 años, que requerian para los poseedores de la primer clase; y que no lo es en cuanto á los 10 años que escijian para los de la segunda.

43. Tampoco nos parece bien la opinion de *Avend. cap. 103. n. 7.* de que el tercer poseedor no puede prescribir sino por tiempo immemorial ó de 40 años, con título, fundado en que en la constitucion del censo se añade siempre el pacto de no enajenar la cosa, el cual como que impide la translacion del dominio, se resiste á la prescripción: á lo que se responde: 1.^o Que no se ha de dar tanta fuerza á este pacto, como prueba *Gutierrez, d. quest. 90. n. 9.*—2.^o Porque no tratamos de prescribir la cosa, sido el censo impuesto en ella, el cual, sin enajenarse la cosa, puede prescribirse por el mismo que lo impuso, ó á lo ménos por su heredero ó legatario, si tienen buena fé. 3.^o Porque no siempre se pone dicho pacto. 4.^o Porque aun quando se ponga, se debe considerar no puesto, como gravoso al vendedor, y que no tiene lugar en los censos de esta clase, *n. 36. y sig.* y aun quando pudiese tenerlo en algunos censos irredimibles, son bastantes las otras razones para escluir esta opinion. Por lo que concluimos siguiendo la sentencia de *Gomez y Carleval*, que es muy conforme á la *cit. l. 6.* que no hace diferencia entre los poseedores, y establece la prescripcion de 30 años en las obligaciones mistas ó no meramente personales, cuya calidad ninguno ha negado jamas á la de censo.

44. Esta prescripcion empieza á correr desde el tiempo que cesó enteramente el pago de las pensiones, esto es, desde que el acreedor no las cobró de persona alguna, de suer-

te que aunque no haya pagado el poseedor de la cosa, no habrá prescripción, ni aun empezada, si paga el que contrajo con el acreedor, ó algun otro en su nombre, *Consio, quæst.* 117 n. 16 y 17.

45 Si estinguido el censo por la prescripción se entienden estinguidas todas las pensiones así la del primer año, en que se dejó de pagar, como las de los siguientes, ó sean necesarios para estinguirias todas, tantas prescripciones cuantas son ellas, de modo que cada pension necesite de su prescripción contadera desde que ella debió pagarse, es cuestion muy difícil, que trata *Avend. cap.* 104. y juzga con *Carleval de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. n. 20. que con la prescripción del censo se estinguen todas las pensiones; porque el censo es lo principal y las pensiones lo accesorio, y es sabido que destruido lo principal, se pierde lo accesorio. Nos inclinamos algo á esta opinion de la cual tratamos en nuestro *Appendice.*

46 Ultimamente se estingue el censo por la redencion, que es el modo mas sencillo y natural, cuando el deudor restituye al acreedor el precio que este le habia dado al tiempo de su constitucion. Es pues permitido al deudor restituir, cuando quiera, el capital que recibió. Las Estravagantes que citamos n. 34. recibidas por todos en este asunto al cual dieron la forma, dicen que se puede redimir el censo por partes; pero como esta palabra por sí sola significa mitad, *L. 43. de usufr.* 1. 164. §. 1. verb. sig. y como la facultad de redimir por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en asunto de pagas, de que no pueden hacerse por partes, resistiendo el acreedor, nos parece bien la opinion de *Vello, disert.* 34. n. 5. de no serle permitido al deudor redimir una parte que sea menos de la mitad.

47 *Gutier d. quæst.* 174. quiere que la parte que se trate de redimir, debe ser mediana como la tercera ú otra al arbitrio del juez, atendida la cantidad del censo y la de las personas; y que éste en caso de duda debe ser mas propenso á admitir la redencion que á negarla, especialmente si el censo fuese antiguo; porque estos censos son odiosos; á ménos que fuese tan pequeña la parte, que su limitada redencion causase grave perjuicio al acreedor. Notan aquí los mismos autores, que no valdria el pacto que prohibiese la redencion por partes, sino es que fuese compensado, por haberse dado en la constitucion del censo mayor precio que el tasado por la ley; dando la razon de que por ser este pacto gravoso al deudor, disminuye el precio: lo que prohiben severamente las leyes. No se debe omitir aquí, que la

naturaleza del censo no permite, que se conceda al acreedor facultad de obligar al deudor á que lo redima; porque si esto sucediera, no sería censo, sino mutuo y las pensiones usurarias, Felice d. lib. 1. cap. 8.

48. Hay un contrato muy semejante al censo, que se llama *debitorio*, y es: *compra al fiado con pacto de que el comprador pague la pension que se estipula en compensacion de los frutos de la cosa hasta la entrega del precio*. Covar. 9. var. cap. 4. refiere varios pactos semejantes á este, que se suelen poner en las compras, y los apuebas; porque la pension que exige el vendedor es en compensacion de la cosa que entregó, y por no carecer del precio y de los frutos, mientras el comprador habia de aprovechar de uno y otro. L. 5. *C. de empl. et vend.* Se dice unánimemente, que el *debitorio* no es censo; porque el acreedor que vendió la cosa, recibe las pensiones solo por no carecer de sus frutos y de las utilidades del precio al mismo tiempo: de lo que se sigue que la obligacion de pagar estas pensiones es tan personal en el comprador, que no se radica en cosa alguna, ni dice respecto á industria ú obras de las personas: en cuyos términos todos confiesan, que no hay censo alguno, á escepcion del vitlicio. Y tal vez por este motivo no ha tenido lugar hasta agora en los *debitorios* el aumento de precio ó baja de la pension á razon de 3 por 100, de que hemos hablado al n. 17. segun la resolucion de 1762. en que se manda que los *debitorios* permanezcan en el mismo estado que antes de 1850. en que se hizo la baja de la pension en los reynos de la corona de Aragon; reservando á los deudores el derecho de pedir ante al Concejo la baja de la pension en juicio de propiedad; de suerte que dicha resolucion solo dice respecto á la posesion.

49. Aunque el *debitorio* no es censo en realidad, hace sus veces á lo ménos en la intencion de los que venden sus cosas á su tenor; porque solo piensan en sacar renta á razon de 5 por 100, segun la daban los censos ántes de la baja de 1750. Y esto mismo sucede en las ventas que se hacen con el pacto de *retroventa*, observándose por lo regular, que el vendedor busca un extraño que haga de arrendatario, y el mismo vendedor se constituye su fiador, y á la sombra del simulado arrendamiento, se queda cultivando el campo, y percibiendo sus frutos, como si no lo hubiese enajenado; mientras el comprador solo cuida de sacar el 5 por 100 del dinero que dio en precio: lo que da motivo á muchos pleitos y perjuicios; porque ocultándose estas ventas por los vendedores, vuelven estos mismos á vender

las cosas á otros, como si todavía fuesen suyas.

50 Para obviar estos inconvenientes, que tambien se observan en los censos, se dió la *L. 14. tit. 15. lib. 5.* que contiene lo siguiente: 1.º Que en todas las Cabezas de Partido se establezca un *oficio de hipotecas*, para cuyo gobierno sea obligacion del escribano del Ayuntamiento, llevar uno ó mas libros en que tenga registro separado de cada uno de los pueblos del distrito, y tomar razon en él de todas las escrituras, con la fecha, nombres y vecindad de los otorgantes, y de la calidad del contrato, obligacion ó fundacion, diciendo si es de imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raíces gravados ó hipotecados, que contiene el instrumento, con sus nombres, cabidas, situacion y linderos, en la misma forma que se espese en el instrumento: con la prevencion, que por bienes raíces á mas de casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos, que pueden admitir gravámen ó constituir hipoteca. 2.º Que todos los escribanos, que autorizaren escrituras de las que habla *esta ley*, esten obligados á advertir en ellas que se ha de tomar la razon del artículo anterior en el preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la misma Cabeza de Partido; y en un mes si fuere en otro pueblo del Partido. 3.º Que no cumpliendo con el registro y toma de razon, no hagan fé las escrituras en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en la escritura, cuyo registro se haya omitido, y que los Jueces ó Ministros, que contravengan, incurran en las penas de privacion de oficio y de daños, con el autotanto, que previene el auto-acord. 21. *tit. 9. lib. 3.* Y que bajo la misma pena tengan obligacion los escribanos de prevenir esta formalidad en todas las escrituras que recibieren. 4.º Que por lo tocante á los instrumentos anteriores á *esta ley*, cumplirán las partes con registrarlos antes de presentarlos en juicio: bien entendido, que sin preceder esta circunstancia, no podrá juzgarse por tales instrumentos, ni harán fé para el efecto de perseguir las hipotecas ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo las mismas penas, aunque hagan fé para otros efectos diversos. 5.º Que si alguno llevare á registrar instrumentos de redencion de censos ó liberacion de la hipoteca ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros, se ponga nota al margen ó á continuacion de estar redimida; y si no se halla, ó hallándose lo quiere la parte, se tome razon de la reden.

cion, del mismo modo que de la imposicion. Otros pormenores pueden verse en la misma ley.

51. Con el mismo objeto de evitar fraudes, haciendo que la imposicion llegue á noticia de todos se establece en la *L. 2. d. tit. 15.* que si el dueño de la cosa sujeta á censo ó tributo, impusiere sobre ella otro censo ó tributo, tenga obligacion de manifestar los censos ó tributos que hasta entonces tuviere cargados sobre dichas cosas, so pena que si así no lo hiciere, pague con el dos tanto la cuantía que recibiere por el censo, que así vendiere y cargare de nuevo á la persona á quien lo vendiere.

52. 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 hubiese dado el precio, podrá retenerlo, pero no pedir que se deshaga la venta; porque siempre que quede con la cosa libre, nada tiene de que quejarse, Molina, *tract. 2. disp. 394.* Cuando el censo era irredimible, podia el comprador deshacer la venta, y recobrar el precio con los daños y menoscabos, *L. 63. tit. 5. P. 5.* y por esta misma ley estaba en su eleccion la rescision ó la accion *cuanti minoris*, Gomez, *2. var. cap. 2. n. 45* pero en el dia todo censo es redimible por la cédula *cit. n. 20.*

TITULO XV.

DE LA COMPAÑIA O SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

Tít. 10. y 12. P. 5.—Tít. 26. et 27. lib. 3. Inst.

1. De la sociedad y su diferencia del mutuo y la de locacion.—2. Principios en que se funda la sociedad.—3. y 4. Tres especies de sociedad.—5. y 6. Modo de hacerse la division.—7. De la igualdad geométrica.—8. Cuando se comunica ó no el caudal.—9. y 10. De las compañías en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.—11. y 12. Modos de acabarse la sociedad.—13. y 14. Deberes del socio.—15. Derechos del socio.—16. Del mandato y sus divisiones.—17. Como se distingue del consejo y de la locacion.—18. Deberes del mandante.—19. Deberes del mandatario.—20. No vale el mandato contra buenas costumbres.—21. No se puede renunciar el mandato y se acaba con la muerte.

1. El tercer contrato consensual es la compañía ó sociedad, que se define: un contrato consensual que hacen dos ó mas sobre la reunion de su caudal ó industria con el fin de ganar algo. Por consiguiente se puede hacer de dos modos: poniendo su caudal ambos socios; ó poniendo el uno su caudal, y el otro su industria ó trabajo. El que pone dinero ó cosa retiene su dominio, y corre su peligro, á diferencia del mutuo, en que no corre el peligro; porque no retiene el dominio del dinero que prestó. Y el que pone su trabajo no ha de tener un señalamiento determinado, haya ganancia ó perdida; porque este seria un salario, y el contrato no seria entonces de compañía, sino de locacion y conduccion, por cuyas leyes deberia decidirse cualquier diferencia; pero si se le señalase por su trabajo una parte determinada de lo que se ganase, como la cuarta ó la quinta, habrá compañía.

2. Hay que considerar en la compañía: 1.º Que se perfecciona por solo el consentimiento, como los demas contratos consensuales, l. 1. tit. 10. P. 5.—2.º Que pueda hacerla todo el que puede consentir. 3.º Que ha de tener por objeto una cosa justa, l. 2.—4.º Que siendo la igualdad el fundamento de este contrato, se han de dividir así el lucro, como la pérdida, daños y peligro á proporcion de lo que

contribuye cada uno. 5.º Que el principal vuelve al dueño a no ser que se haya comunicado al socio, ó que se haya pactado de otro modo.

8. Se puede contraer la compañía hasta cierto tiempo ó por toda la vida, *d. l. 1.* y puede ser universal ó no. La universal es cuando se juntan todos los bienes de los compañeros habidos y por haber en cualquier manera, aunque fuese peculio castrense y cuasicastrense, con todas sus ganancias, *l. 6.* El efecto de esta compañía es hacer comunes todos los bienes que tienen los socios, sin que sea necesaria verdadera tradición ó ocupación en el uno de lo que ántes era del otro, pues basta la tradición fingida, *l. 47. tit. 28. P. 3.* y de ahí es, que cada uno de los socios puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos; pero si alguno de ellos tuviese señorío ó jurisdicción, no puede usar los otros de este señorío ó jurisdicción, si no les fuere otorgado señaladamente poder para ello, *l. 9.* así como si tuviese deudores, no les podrán pedir los otros socios las deudas sin un poder igual, que se deberá otorgar, y lo que cobraren será comunamente de todos, *d. l. 47.*

4. La compañía que no es universal se divide en tres especies: 1.ª Para solo un negocio, sobre una cosa señalada, como vender vino, paño, &c. *l. 8.*—2.ª. Simplemente sin expresar bienes sobre que se hace, *l. 7.*—3.ª. Sobre las ganancias que se hicieron. Es claro que en la primera solo se debe atender á la ganancia ó pérdida de aquel unico negocio. De la segunda se parten las ganancias que provienen de aquel comercio ó mercadería que usaren, *l. 7.* de suerte que solo pertenecen a ella las ganancias cuasuarías que salen de la industria ó trabajo, *Lopez, glosa, 1.—L. 7. pro hoc.* En la tercera entran todas las ganancias, tomada láudamente esta voz; de modo que comprende todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ó otro título semejante, *l. 12.* Es pues esta compañía media entre la universal y la cuasuaría.

5. El que pone dinero ó bestias ó nave conserva el dominio de ello; y si perece sin culpa de nadie, parece para su dueño, si se pierde la ganancia y el principal sin que quede nada de este; y si solo se perdió parte del principal, recaudará el dueño la parte que queda. De modo que en la division, concluida la sociedad, primero se sacan las espensas y deudas, despues el principal de cada socio, y de la ganancia que queda se parten proporcionalmente con arreglo á lo que cada uno puso. Si uno puso la industria, segun la estimacion de esta será su parte en la ganancia (1);

Otros diferentes modos de celebrarse la compañía dependen de la estimacion diversa del capital y de la industria y del pacto que hubiesen hecho los socios con arreglo á ella, observandose la proporcion debida. Si no constase del pacto con que se celebró la compañía, se entiende celebrada segun la costumbre de la provincia entre los mercaderes.

6. Se guardará lo que los contrayentes hayan espresado en cuanto á las partes de ganancia y pérdida, con tal que sea justo: si nada espresaron deberán ser iguales; y si espresaron los de la ganancia y no las de la pérdida, se partirán estas del modo que aquellas, y al contrario; de suerte que la espresion de la una sirve para la otra, *l. 8. §. 5. 1. et 3. de societ.*

7. La igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica ó proporcionada al caudal que cada uno ha puesto, es decir, que si el caudal de uno fuere 300 y el de otro 200, y la ganancia importare 10, tendrá 6 el de 300 y 4 el de 200, porque la equidad dicta que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros mas perito en la negociacion, ó por poner mas trabajo, ó por aventurarse á mas peligros que los otros, se le señalare mas porcion de la ganancia, será válido este pacto. Asimismo valdria el pacto de que uno, no tuviese parte en la pérdida y sí en la ganancia; pero no el de que uno no tuviese parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro; porque esta seria la compañía leonina que reprueban la *l. 4. d. tit. 10.—§. 2. cod. l. 29 §. 2. pro soc.* Puede dejarse la division de partes al arbitrio de un tercero señalado; y si fuere justa, se habrá de guardar; y si no, se regulara por el dictamen de hombres buenos, *l. 5.*

8. Pudiendo contraerse compañía de modo que el uno ponga la industria y trabajo, y el otro el caudal, manifestáremos la diversidad que puede haber en esto. 1.º Unas veces por ser el trabajo corto y el caudal de mas valor, se compara el trabajo con solo el uso del caudal y el peligro de perderlo. En este caso el caudal no se comunica, y de consiguiente el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó perece, sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo. 2.º Otras veces al contrario, se pone un trabajo de valor igual al del caudal, y entonces el trabajo se comunica este al que puso el caudal, y por consiguiente se comunican á juzgarse por estos dos modos, cuando los contra-

frayentes no hayan expresado el que debía observarse, *Covarr. 3 var. cap. 2. n. 2. Escobar, comput. 22. Vinn. lib. 1. solent quest. cap. 82.*

9. Pongamos dos ejemplos para mayor claridad: 1.º Pedro puso un caudal que valia mil pesos, y tú pusiste un trabajo de igual valor; disuelta la compañía se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. 2.º Tú pusiste un trabajo: tan corto, que solo es igual al beneficio que podis producir el uso del caudal: el valor de lo que quedase hasta mil pesos todo será de Pedro; y tú solo tendras la mitad del sobrante si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. (2)

10. Si en este segundo ejemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir, que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo, y de consiguiente que es válido pactar que uno de los contrayentes tenga parte en la ganancia, y no en la pérdida, como dijimos al n. 7. pero es claro que el no tener parte en esta, se entiende solamente respecto del caudal, del que nada pierde, porque nada puso; mas en realidad pierde el trabajo, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion, la cual es conforme a la *l. 4. tit. 10. P. 5.* en aquellas palabras: *ó si fazen pleyto, que si perdiesen en la compañía en aquellas cosas que usan, que non oviese parte en la pérdida; tales pleytos como estos valen e aben ser guardados.*

11. La compañía se acaba de seis modos: 1.º Por el mutuo consentimiento espontaneo de todos los socios. 2.º Por muerte de uno de los socios, *l. 10. d. tit. 10.* aunque sean muchos, sino es que se hubiesen pactado que muerto uno significen los demas en la compañía, *§. 5. Inst. de societ.* Pero no valdría el pacto de que muerto un compañero hubiese de durar la compañía en sus herederos; porque solo en dos casos puede el heredero entrar en lugar del socio difunto: 1.º Cuando la compañía es sobre arrendamiento de cosas públicas ó de algun comun, *l. 1. d. tit. 10.—l. 59. de pro. soc.*—2.º Cuando el socio difunto dejó el negocio de la sociedad actuandose, de modo que es necesario concluirlo: en estos dos casos no se disuelve la compañía hasta que se concluya el negocio. Y si antes de empezar el negocio continúan los demas socios en la compañía con los herederos del socio difunto, hay nueva sociedad con estos, habiendo quedado disuelta la que se hizo con el difunto. 3.º Por muerte civil del socio. 4.º Por la cesion de bienes del socio. 5.º Por pérdida ó destruccion de la cosa por la cual fué hecha la compañía. 6.º Por la renuncia, *l. 11.* pero la

dolosa ó intempestiva al paso que no libra de sus compañeros al renunciante, libra á estos de él; por lo que si un socio hiciere la renuncia viendo que le venia alguna ganancia, sus compañeros serán partícipes de esta; y al contrario, si viniere alguna ganancia á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *l. 12.* Debe á mas el que hace la renuncia intempestiva pagar todo el daño que viniere á los otros por esta razon, *l. 11.* Pero hay tres causas justas para renunciar: 1a. Ser uno de los compañeros de jenio muy altivo é insufrible. 2a. Hallarse en servicio del Estado ó del Comun del pueblo, y no poder continuar. 3a. No guardar el compañero lo pactado, *l. 4.*

12. La compañía se acaba por la muerte de uno de los socios apesar del axioma: *el que contrae, contrae para si y su heredero, l. 11. tit. 14. P. 3.* porque en este contrato se tiene consideracion á la aptitud de la persona, la cual puede faltar en su heredero. Tampoco se opone á la renuncia el axioma: *de la obligacion una vez contrahida no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro, l. 5. C. de obl. et act.* porque este medio es necesario para evitar los desacuerdos y discordias que produce el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ello, *l. 11 tit. 15. P. 6.* Mas tengase presente: 1.º Que la muerte y la renuncia solo tienen un lugar completo en la compañía. 2.º Que la obligacion del socio sobre resultados de cuentas tanto activas como pasivas, correspondientes al tiempo que duró la compañía, pasa á sus herederos, *l. últ. d. tit. 10.*

13. El socio debe conducirse en los negocios de la compañía con el mismo cuidado y diligencia que si fuesen propios; de suerte que deberá prestar la culpa leve, segun las reglas de los *num. 18 y 19. tit. 9.* Si lo hiciere así los daños y menoscabos serán comunes á todos; pero si sucedieren por dolo suyo serán todos de su cuenta, debiendo resarcir los perjuicios que hubiere causado, *l. 7. d. tit. 10.* en los que se entienden no solo los menoscabos que ocasionó por su mala versacion, sino tambien todo lo que los socios podian haber ganado, si se hubiese conducido como debia; sin que baste decir, que por otra parte hizo tantas ganancias que podia ser mejorada la pérdida. Y si para conservar las cosas comunes á la sociedad fuese preciso que el socio que las administra gaste de su propio dinero, está obligado á esto, si lo tiene, para hacerse pago despues.

14. Por la escuberancia de buena fe é igualdad que debe reinar en este contrato, *l. 3. C. pro soc.* establece la *l. 12. d. tit. 10.* que si el que administra los bienes hubiese

dado á uno ó mas de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le queda parte igual para estos, la han de devolver aquellos para que se haga la division con la igualdad correspondiente; á ménos que los que no recibieron, supiesen la data, y callasen por negligencia; porque si en este tiempo quedase pobre el administrador, y no pudiese pagársela, sufrirán este perjuicio por su culpa, l. 63. §. 5. *pro soc.* Finalmente la prueba de la pérdida incumbe al socio que administra; por que la presuncion está por la ganancia.

15. A favor del socio se debe notar: 1.º Que el socio que pone la industria ó negocia, si sale fuera de su casa se mantiene á costa de la sociedad, y se numeran entre las expensas necesarias de esta los gastos ordinarios y precisos que hace éste en su persona saliendo de su casa para actuar el negocio de la sociedad; pero nó se le deben pasar los gastos superfluos ó inútiles. 2.º Que el que celebra un contrato de sociedad poniendo su industria, puede celebrar otras sociedades con otros, siempre que no perjudiquen á la sociedad anterior; y saliendo á negociar fuera de su casa se mantendrá á costa de todas las sociedades, descontando los gastos en la parte que corresponda á cada una, segun la proporcion geométrica. Pero si despues de contrahida una sociedad contra otras que le perjudiquen ó embaracen negociar como debe, está obligado á resarcir y pagar á la sociedad anterior todos los perjuicios que le vengan por esta causa. 3.º Que compete al socio el beneficio de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudo hacer, d. l. 15.—§. 58. *Inst. de action.*

16. El cuarto y último contrato consensual es el mandato, que se define: un contrato consensual por el que una persona toma á su cargo el desempeño gratuito de los negocios licitos que otro le confia. Puede ser: 1.º Expreso ó tácito, l. 12. tit. 12. P. 5. *Expreso*, si se contrae por palabras entre presentes, ó por cartas ó mensajeros entre ausentes, bastando cualesquier palabras que manifiesten la intension de obligarse, l. 24. d. tit. 12. *Tácito*, si alguno estando presente permite que otro desempeñe sus negocios. 2.º Puro, condicional ó á dia cierto. *Puro* como: *te encargo que repares mi casa.*—*Condicional*, como: *mantendrás á Juan, si quedares viudo.*—*Á dia cierto*, como: *mantendrás á Juan hasta el primer día de 1834.*—3.º Jeneral ó especial. 4.º Judicial ó extrajudicial. 5.º Finalmente puede ser de cinco modos con respecto al fin: 1.º Por utilidad de solo el mandante. 2.º Por utilidad de un tercero sola-

mente. 3.º Por la del mandante y un tercero. 4.º Por la del mandante y del mandatario. 5.º Por la del mandatario y la de un tercero, *ll.* 20. 21. y 22. *tit.* 12.—§. 5. 1. 2. &c. *Inst. de mandat.*

17. Si se hace por solo la utilidad del que recibe no es mandato sino consejo, y no produce obligacion en el que da el consejo, á ménos qua lo haya dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso debe pagar todo el daño que recibió por esta razon aquel á quien lo dió, *l.* 23.—§. 8. *Inst. cod. junc l.* 47. *de div. reg. jur.* Asimismo, si se recibe paga ó salario por pacto, no es mandato sino locacion y conduccion; pues para que haya mandato es neccario que sea gratuito, aunque bien puede tener esperanza el mandatario de que el mandante premie su servicio, y lo haga favores.

18. El mandato es un contrato bilateral, pues se obligan mutuamente los contrayentes; así el mandante debe: 1.º Pagar al mandatario lo que hubiere gastado en cumplir el mandato. 2.º tambien debe pagarle los perjuicios que le vinieren por esta causa, como morirse el caballo en que fué á actuar el mandato; de suerte que el mandatario no debe sufrir ningun perjuicio por haber ejecutado un mandato honesto: decimos *por esta causa*, porque si le vinieron perjuicios por otra causa, como por mala voluntad de un enemigo, no está obligado á resarcirlos el mandante. 3.º Si el mandato fué en beneficio de un tercero, el mandatario tiene accion para repetir por los gastos y espensas contra el mandante, y este contra el tercero. Si el mandante no puede pagar al mandatario, deberá cederle su accion contra el tercero. Si el mandatario nada puede conseguir del mandante, y el servicio fue en beneficio de tercero, tiene contra éste la accion *negotiorum gestorum*. Si al tercero no pidió el servicio que fue en su utilidad ó lo ignoró, así el mandante como el mandatario pueden hacerle cargo de los gastos por la accion *negotiorum gestorum*; aunque éste en defecto de aquel. 4.º Por ser el mandato un contrato en beneficio de solo el mandante se halla éste obligado aun á la culpa levisima.

19. El mandatario 1.º Debe cumplir el mandato de modo que si en no cumplirlo ó cumplirlo mal comete engaño ó culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *l.* 20. Lopez, *glosa* 5. apoyado en el derecho romano interpreta la palabra *culpa* de modo que comprenda tambien la levisima; pero solo está obligado á la lata, por ser un contrato en beneficio de solo el mandante; de suerte que el mandatario solo estaria obligado á la leve cuando tambien cediese el contrato en su beneficio. 2.º Está.

obligado á proceder en el modo y forma en que aceptó el mandato.

20. El mandato contra buenas costumbres no vale, como si mandarás á Pedro que cometiese un homicidio; y aunque Pedro gastase algo en esto no te lo podría demandar, antes bien él y tú quedaban obligados á las malas resultas de este improbo cumplimiento por ser ambos reos del delito. Por la misma razon tampoco valdria el mandato de un menor de 25 años, para que alguno saliese fador de una baragana ú otra mala mujer, *l. 25. d. tit. 12.—Inst. cod. l. 12. §. 1. mand. vel cont.*

21. Basta que el mandato sea un contrato que queda perfecto por el mutuo consentimiento, para que no pueda renunciarlo el mandatario, aun estando las cosas enteras, esto es, aun antes de haber empezado á ejercerlo, como dice Lopez, *glosa 3 fundada en las palabras de la l. 20. ca si aquel a quien manda hacer la cosa recibe el mandamiento, tenuto es de cumplirlo: á lo que se agrega la ley de Castilla, copiada n. 15. tit. 9. por la que en tanto queda obligado el hombre en cuanto parezca que quiso obligarse. En cuanto á la muerte, podemos decir que por ella se acaba el mandato; porque fundándose este en el amor, segun *d. l. 20. por facerlas amor*, se considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos.*

NOTAS.

(1) Segun la costumbre del Ecuador éste es el modo con que se celebra el contrato de sociedad: el que pone el capital retiene su dominio, y corre su riesgo. Otros diferentes modos de celebrarse dependen de la diversa estimacion del capital y de la industria y del pacto que hubiesen hecho los socios con arreglo á ella, observando la proporcion debida. Los Ecuatorianos no conocemos la sociedad universal ni la media de que habla el autor. La sociedad de los casados es distinta: el marido y la mujer no se comunican en ella el capital que cada uno introdujo al matrimonio, ni lo que adquirieren por herencia ó por donacion.

(2) Debiendose guardar en este contrato la igualdad geométrica en todo, es doctrina de autores célebres, que si concluido el negocio de la sociedad solo queda el capital sin ganancia ninguna, el dueño de este debe resarcir al que puso la industria la pérdida de ésta. Y por la misma razon, si se perdió el capital antes de que el socio que puso la in-

industria hubiese trabajado ó empleado, debe este resarcir al dueño del capital parte de la pérdida: todo esto segun se regule el valor del capital y de la industria con proporcion á la diferencia que hubiere entre esta y aquel. Aun los pactos que se hagan entre los socios sobre ganancias y pérdidas, sobre dividirse el capital entre todos ellos ó quedar íntegro para el que lo puso, deben ser con arreglo á esta proporcion.

TITULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL O DE PALABRAS.

1. En tanto se obliga uno en cuanto quiso obligarse.—2. Lo que es promesa y lo que predomina en ella.—3. De la aceptación.—4. hasta 7. De la promesa con respecto al promisor.—8. Con respecto al promisorio.—9. y 10. Con respecto a la cosa.—11. Con respecto al modo.—12. hasta 15. De la promesa pura, á a día cierto y condicional.—16. De aquello en que convienen la condicional y a día cierto.—17.—De la imposible y de la negativa.—18. Cuando es la obligacion in solidum ó no.—19. Cuando se promete a dos, y cuando prometen dos.—20. De la pena convencional.

1. La promesa es la estipulacion ó contrato verbal de los romanos, que la distinguieron del pacto por medio de cierta solemnidad de palabras, negando á este la fuerza que concedian á aquella: la solemnidad consistia en las palabras de la pregunta y la respuesta: y las leyes de la Partida 5. tit. 11. adoptaron algo de estas embarazosas é inútiles distinciones, que han sido derogadas por la famosa ley de Castilla, 2. tit. 16. lib. 5. R (i. 1. tit. 1. lib. 10. de la Novis.) que hemos transcrita al n. 15. tit. 9. la cual ha simplificado este asunto, restituyéndolo tal vez a su estado natural, cuando declara que en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar a otro, queda con efecto obligado sea entre presentes, sea entre ausentes, pudiéndose decir que el mudo consentimiento basta para constituir toda obligacion con

accion en aquel á cuyo favor ha sido hecha para pedir los daños que se le sigan por falta de cumplimiento.

2. La promesa es: otorgamiento que hacen los omnes unos con otros por palabras é con intencion de obligarse, aviéndose sobre alguna cosa cierta que deben dar ó hacer unos á otros, l. 1. tit. 11. P. 5. La deliveracion y la espontaneidad deben predominar en la promesa, y siempre se ha de estar en ella al ánimo del promisor; porque en las cosas gratuitas nadie se obliga á mas de lo que quiso. La promesa es contrato unilateral, y el promisor presta la culpa, l. 20. tit. 11. P. 5.—Se llama promisor el que hace la promesa; y estipulador ó promisario el que la recibe.

3. Despues de aceptada la promesa, no puede arrepentirse el promisor, y está obligado en ambos fueros á cumplirla. Puede aceptarla cualquiera en beneficio del promisario, segun la cit. l. 2. sin que sea necesario que acepten las personas que escija el derecho romano. Si se hace á presencia del promisor, su silencio vale por aceptacion. Las promesas sobre causas pias son aceptadas por Dios. Sobre la aceptacion de las que se hacen á la republica véase á Molina, disp. 263. n. 8. Mas es dudoso si el promisor pueda arrepentirse antes de que el promisario acepte la promesa: el mismo Molina, n. 9. refuta á Covarrubias, que dice: que la promesa es revocable antes de la aceptacion. Otros, como Murillo Velarde, de Pactis, n. 361. dicen: que no hay duda en que es irrevocable aun antes de la aceptacion, y esto parece lo mas conforme á la cit. l. 2.

4. La promesa es válida ó nula ó inútil, ó puede dejar de obligar, y cumplirse ó no al arbitrio del promisor, si se atiende: 1.º Al promisor. 2.º Al promisario. 3.º A la cosa prometida. 4.º Al modo con que se promete.

5. En quanto á lo primero se debe notar, que pueden prometer todos los que no tienen prohibicion para ello, y que la tienen: 1.º El loco ó desmemoriado. el menor de 7 años, y el pupilo mayor de 7, y menor de 14, sino es en quanto le sea útil la promesa; y en los mismos términos el mayor de 14 años, y menor de 25 que teniendo curador quiere obligarse sin su consentimiento; pero si no tuviere curador vale su promesa, bien que con sujecion á la restitution *in integrum*; y en los mismos términos que el pupilo, el prodigo ó desgastador de sus bienes; *ll.* 4. 5. y 6. d. tit. 11.—2.º El padre con respecto al hijo que tiene en su poder, sino es la promesa de mejora por casamiento ó otra causa onerosa, y la que le haga con escritura pública de no mejorar á ninguno de sus descendientes, y que si mejorase á alguno no valdrá,

como queda dicho al n. 3. *tit. 6.*—3.º El hijo al padre bajo cuyo poder se halla, sino es en todo aquello de que puede disponer libremente, y en que se le considere como padre de familias, como lo es con respecto al peculio castrense y cuasicastrense, *l. 6. d. tit. 11.* Las promesas que hagan los que tienen prohibicion serán nulas.

6. Con respecto a prometer por otro debe observarse: 1.º Que el personero, tutor, &c. pueden prometer a nombre del principal, menor, &c. *tit. 7. y 8. d. tit. 11.*—2.º Que puede obligarse alguno á que otro dará ó hará alguna cosa, *l. 2. d. tit. 16. R.* pero que en este caso no queda obligado el otro, y si el que promete; cuya promesa se reduce entonces á que cuidará que el otro lo haga, y que si no lo hace, ó no pusiere las diligencias para que lo haga, estará obligado al interese, Matienzo, *d. l. glosa 4.*

7. El promisor puede quedar desobligado por alguna causa que le sobreviene, ó que no previo; y que si hubiese previsto, no habria hecho la promesa, como: 1.º La promesa de ayudar á otro en su trabajo, como cultivar una viña, si el promisor tiene que cuidar á su padre ó hijo que repentinamente cayó enfermo. 2.º La que se hace de donar una cantidad de dinero; si el promisor pierde sus bienes y queda pobre.

8. Tambien queda desobligado el promisor por causas que respectan al promisorio, así: 1.º No está obligado á cumplir su palabra el que la dió de casamiento á una que creia virgen honesta y despues sabe que no es virgen, ó que se corrompió despues de la palabra. 2.º Tampoco lo está el que ofreció limosna ó dote, creyendo que la persona á quien ofrecia era pobre, y sabe despues que no lo es. 3.º Cuande dos se prometen mutuamente, faltando el uno, puede faltar el otro, Lopez, *glosas 1. y 2. d. 3. tit. 6. P. 5.*

9. Por razon de la cosa es nula ó inútil la promesa: 1.º Cuando se promete una cosa prohibida, como: un beneficio eclesiástico ó alguna otra cosa de las que están fuera del comercio de los hombres, que llamamos de derecho divino, y en tanto está reprobada esta promesa, que no valdria aun en caso que despues se hiciesen profanas, *l. 22. d. tit. 11.*—5. 2. *de iust. stip.*—2.º Tampoco vale la promesa de cosa que no es ni puede ser, ó de cosa cierta que ya no existiese, como el que ofrece tal caballo: si este ha muerto, el promisor no tiene obligacion de dar cosa alguna por él, *l. 21.* pero si lo matare sin justa causa, habria de pagar su importe, *l. 19.*

10. Pero vale la promesa de las cosas que no nacen *inde-*

via, como los frutos de este año, de tal campo, ó el parto de tal caballería; y deberá cumplirla el promisor luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada deberá dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente, porque no pudiese, que entonces habría de pagar lo que importare, por este dolo ó culpa lata, *l. 20. d. tit. 11.*

11. Con respecto al modo como se hace la promesa, debe notarse: 1.º Que después de la cit. *l. 2. tit. 16. lib. 5 R.* aun cuando las palabras de la promesa no sean tan exactas, quedará obligado el promisor á todo aquello á que deliberadamente quiso obligarse. 2.º Que todos los pactos que no hayan sido celebrados con un ánimo serio y deliberado, serán nulos por el modo de celebrarlos, aunque conste de lo pactado. 3.º Que la promesa que se hace por miedo grave, injusto, no obliga, porque se anula al arbitrio del promisor.

12. También hay que advertir en cuanto al modo: que la promesa es pura, ó día cierto, y condicional. Es pura la promesa cuando no hay en ella día señalado ni condicion, como si preguntándote: ¿*Me prometes 10 pesos?* respondieras: *Los prometo.* A día cierto, si se añadiera en la pregunta: *el día 1.º de enero;* y lo mismo sería, si fuese cierto que el día había de venir, aunque no se sepa cuando, como el día de la muerte. Condicional, si se pusiese una condicion, como: ¿*Me prometes 50 pesos si me casare?* *l. 12. d. tit. 11.* Estos tres modos tienen también su lugar en los otros contratos y donaciones.

13. Cuando la promesa es pura, pende del arbitrio del juez señalar día en que debe cumplirla el promisor; y si este espresó el lugar en que había de cumplirla, y no quiere ir á él maliciosamente, puede apremiarlo el juez á que vaya á cumplirla, con los daños y menoscabos que recibió el otro, *l. 13. d. tit.* Los romanos en este caso, por falta de acción civil, tenían la pretoria *de eo quod certo loco.*

14. Si alguno prometió dar alguna cosa el día primero del mes, sin espresar cual, se debe entender del mes primero que viniere después de hecha la promesa. Si dijera que prometía 20 pesos cada año, no podría pedir el otro hasta fin del año los pertenecientes á aquel año; pero si dijera, que los prometía en todos los años de su vida, se le podría pedir al principio de cada año los de aquel año, *l. 15. l. 1.* Lo que se promete á día cierto, que se sabe con seguridad que vendría, aunque se ignore el cuando, como el día de la muerte, si se paga antes de este día, no se puede repetir, porque no puede dejar de llegar este día, en que hay

derecho de exigir lo que no se ha pagado, l. 83. tit. 14. que llama impropiaemente condicion á esta circunstancia.

15. En la promesa condicional no hay deuda hasta que se cumpla la condicion, y de ahí es que si uno paga lo que prometió bajo condicion, antes de haberse cumplido esta, lo puede repetir, porque puede suceder que no se cumpla, l. 34. Si se cumple, queda entonces obligado el que prometió; y si consta haber faltado no vale la promesa, l. 12.

16. Las promesas condicional y á dia cierto convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia ó se cumpla la condicion, y en que si muriere antes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan en sus herederos los efectos de la promesa del mismo modo que estaban en el que murió, l. 14. lo que sucede al contrario en los legados condicionales, los cuales se extinguen muerto el legatario pendiente la condicion, tit. 6. n. 19.

17. La condicion imposible hace nulo el contrato: la negativa, esto es, la de no hacer, suspende el cumplimiento de la promesa hasta la muerte del promisor ó del promisiario, sin que tenga lugar la caucion muciana; por lo que si uno dijese: *te prometo cien pesos, si no fueres á Lima*, no estaria obligado á dartzelos mientras vivieres, aunque ofrecas la caucion muciana de restituírtelos, si se verificase tu ida á Lima: todo lo cual sucede al contrario en las herencias y legados, pues ni los anula la condicion imposible, ni los suspende la negativa, tit. 5. n. 12. y sig.

18. La l. 1. tit. 16. lib. 5. R. (10. tit. 1. lib. 10. de la Novis.) establece: "que si dos personas se obligaren simplemente por contrato ó en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiende ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dijere que cada uno sea obligado *in solidum*, ó entre sí y en otra manera fuere convenido é igualado; y esto no embargante cualesquier leyes del Derecho Comun que contra esto hablan;" por lo que si dos personas prometen simplemente una cosa, se entienden obligadas cada una por la mitad; pero cuando la prometen *in solidum*, esto es, por entero, puede cada una ser reconvenida por el todo.

19. Si á dos personas se promete *in solidum* una misma cosa, cada una de ellas puede exigiría toda; pero se estingue la deuda, si se da la cosa á uno solo. Del mismo modo si son dos los que prometen la cosa, dándola el uno, queda libre el otro. Si se ofrece una de dos cosas, queda la eleccion al arbitrio del promisor. Los que prometen *in solidum* una misma cosa á una misma persona se llaman *corvea*.

L.

ó *dos reos de prometer*; y aquellos á quienes se promete *in solidum* una misma cosa, *reos de estipular*.

20. Adviértase últimamente, que cuando alguno se hubiese obligado á pagar una cosa determinada para cierto tiempo, bajo tal pena, si sin culpa suya no pudo pagar, ó por que sobrevino algun impedimento, ó porque pereció la cosa para aquel á quien estaba prometida; entonces el que prometió no está obligado á la pena; porque el deudor queda escusado aun de la pena convencional, como lo demuestra Covar. C. *quavis pactum*, part. 2. §. 5. aunque algunos lo contradicen. Exceptuase, cuando en el convenio se hubiese espresado que en cualquier acontecimiento estuviese obligado á la pena, de modo que ya esta no debe considerarse como pena que lo es solo en el nombre, sino como una obligacion al interes, si no lo paga aun sin culpa suya. Pero se ha de examinar si permaneciendo la obligacion de pagar el débito principal, sea usuraria la tal pena y por tanto ilícita: puesto que no pueda considerarse ni como verdadera pena, ni como recompensa del daño emergente ó del lucro cesante, ni como otro justo título; mas si hay algun justo título por el cual haya sido impuesta la pena, se podría justamente esijir y recibir, Molina, *de just. et jur. Disp. 269. n. 7.*

TITULO XVII.

DE LAS FIADURAS.

*Tit. 12. P. 5. — Tit. 16. lib. 5. R. — Tit. 21. lib. 9. Inst.

1. Definición de la fianza.—2. 8. y 4. Quienes no pueden ser fiadores, y de la fianza de la mujer y del clérigo.—5. La obligación natural admite fianza, excepto los casos que se proponen.—6. El fia or no se obliga a mas que el deudor.—7. Del beneficio del orden y escusion.—8. Del beneficio de division.—9. 10. Del beneficio de cesion de acciones.—11. De la fianza por mandato expreso, tacito ó sin el.—12. Del fiador que no opond la escpcion.—13.—La fianza pasa a los herederos del fiador.—14. Del fiador que pretende libertarse de la fianza.

1. Seguimos el método de las Partidas en tratar de las fianzas despues de las promesas, porque aquellas se hacen tambien por promesa y con el fin de asegurar las obligaciones anteriores a que se refieren. Fianza es: un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena para el caso que no la cumpla el que la contrajo. De lo que se sigue que la fianza es: 1.º Una promesa. 2.º Un contrato accesorio. 3.º Que el fiador solo se obliga en defecto del deudor principal.

2. Por lo regular pueden ser fiadores todos los que pueden hacer promesas, l. 1. tit. 12. P. 5. excepto: 1.º Los soldados, que reciben soldada del Rey, por estar en servicio. 2.º Los obispos, los clérigos seculares y los relijiosos. 3.º Los labradores, sino entre sí mismos unos por otros; de suerte que no pueden obligarse como principales ni como fiadores a favor de los señores de los lugares en cuya jurisdiccion viven, ni de otro alguno, siendo nulas las renunciaciones de este privilejio, y bajo perdimiento de oficio á los escribanos que las otorguen. II. 25. y 28. tit. 21. lib. 4. R. (1) 4.º Las mujeres, l. 2 d. tit. 12. bien que de estas pone la l. 2. varios casos en que pueden serlo, como: 1.º Por la libertad de un esclavo, l. penult. C. ad. sanct. pellejan.—2.º Por la dote de alguna otra mujer, l. 12. C. eod.—3.º Si renuncia este privilejio sabedora de su fuerza. 4.º Si habiendo entrado fiadera, dura en la fianza dos años, y la ratifica despues de alguna manera, l. 22. eod.—5.º Si recibiese precio por la fianza. Lopez. glosa 9. l. 9. juzga mas probable que la can-

tividad del precio se reputa por el juez. 6.º Si vistiéndose de hombre ó de otro modo hiciere creer que era varón, l. 2. §. 3. d. eod.—7.º Cuando entró fiador por alguno, y acaeciese despues de esto, que ha de heredar los bienes de aquel por quien fió. 8.º Por su utilidad y provecho, como si fué fiador por el que la fió.

3. En cuanto al último caso establece la l. 9. tit. 5. lib. 5. R. que la mujer no puede ser fiadora de su marido, aunque se alegue que la deuda se convirtió en provecho de ella. Y manda, que cuando se obliguen mancomun marido y mujer, que esta no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probase que se convirtió la tal deuda en provecho de ella; pues entonces prorata del dicho provecho será obligada; pero si lo que se convirtió en provecho de ella fué en cosas que el marido le era obligado á dar, así como en vestirla y darle de comer y las otras cosas necesarias, manda que por eso no sea ella obligada á cosa alguna: queriendo que todo lo dicho se entienda, si no fuere la dicha fuerza y obligacion de mancomun por dinero de las rentas reales ó pechos ó derechos de ellas. Gomez, 2. var. cap. 13. nn. 16. y 17. y en esta l. 9. que es la 61. de Toro examina varias cuestiones.

4. En cuanto al 2.º caso hay que notar, que los clérigos in sacris pueden ser fiadores por otros clérigos, por sus Iglesias y por personas deavallidas, y aun cuando saliesen fiadores por aquellos que les está prohibido, valdria la fianza en cuanto á sus bienes, bien que su Prelado podría castigarlos por haberla hecho, l. 45. tit. 6. P. 1.

5. No solo la obligacion natural y civil admite fiador, sino tambien la meramente natural, en cuyo caso aunque el deudor principal no pueda ser apremiado á cumplirla, podría serlo el fiador, l. 5. d. tit. 12. P. 5.—§. 1. Inst. de fidejus. exceptuándose la obligacion de los hijos de familia y de los menores sin licencia de sus padres ó tutores, y la de los mayores ó menores, que no estan bajo del poder paterno ó de tutor ó curador, que compran ó prestan para pagar en tiempos inciertos, conforme á la l. cit. tit. 10. n. 3.

6. Tambien se debe notar: 1.º Que puede uno ofrecer su fianza antes de que se constituya la obligacion principal, §. 3. eod.—2.º Que puede uno obligarse hasta cierto tiempo ó bajo de condicion, d. l. 16.—3.º Que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal; porque la fianza es accesoria; y este mas puede consistir: 1.º En cantidad, si debiendo 100 pesos el principal, se obligase el fiador en 120, en cuyo caso no vale la fianza en el exceso de los 20 pe-

sos. 2.º Cuando el principal se obliga á dar una cosa en un lugar cierto, y el fiador se obliga á darla en otro mas incomodo. 3.º Cuando el principal estaba obligado á dar la cosa en tiempo cierto, y el fiador se obliga á darla en plazo mas corto. 4.º Si el principal estaba obligado bajo de condicion, y el fiador se obliga puramente. En ninguno de estos tres últimos casos valdria la fianza, *l. 7. d. tit. 12.---* §. 5. *Inst. de fidejus.*

7. Para que el acreedor pueda pedir la deuda al fiador, es menester que la pida antes al deudor principal, si se hallare en la ciudad, y no pudiendo cobrarla de este, podra entonces demandarla al fiador. Y si hallándose presente el fiador, estuviere ausente el deudor, puede aquel pedir plazo al juez, que le deberá dar, segun le pareciere, para poder llevar á la ciudad al deudor; y si passare el plazo sin llevarlo, podrá ser precisado á la paga, *l. 9. d. tit. 12 P. 5.* Este beneficio del fiador se llama de orden, por el orden que debe seguirse de reconvenir ántes al deudor y despues al fiador. Tambien se llama beneficio de escusion, porque para que el acreedor llegue al fiador, debe hacerse ántes escusion de los bienes del deudor, y verse por ella que no los hay, ó que no son bastantes para el pago. Deja de tener lugar, cuando el fiador lo renunció, y cuando el deudor es por notoriedad insolvente, y en otros casos ménos frecuentes que aprueba Gomez 2. var. cap. 13. n. 14. bien que fundado en solo leyes romanas. En el dia apénas se ve escritura de fianza que no contenga esta renuncia.

8. Cuando los fiadores eran muchos les concedieron las leyes romanas otro beneficio llamado de division, que consiste en que el fiador que fuere reconvenido por toda la deuda, puede conseguir que la accion del acreedor se divida entre los demas fiadores, divijiendola contra sí solo a prorata, *l. 4. eod. Gomez, d. cap. 13. n. 15.* y Maymó en este *tit. n. 12.* pretenden que esta doctrina debe observarse en el dia conforme á la *l. 8. d. tit. 12. P. 5.* Pero despues de la *l. 1. tit. 16 lib. 5. R.* que hemos copiado n. 18. del *tit. ant.* no tiene ya lugar semejante beneficio; porque ó los fiadores se obligaron simplemente, y entónces solo pueden ser reconvenidos á prorata; ó se obligaron *in solium*, y entónces puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, debiendo tenerse por inútil en el primer caso la excepcion de la division, y por renunciada tácitamente en el segundo, Azev. en *d. l.*

9. Tambien compete á los fiadores el beneficio de cesion de acciones, llamado *carta de lasto*, por el cual pagando uno de

los fiadores toda la deuda puede pedir al acreedor le ceda sus acciones contra sus compañeros para reclamar de ellos la satisfaccion de la parte que les corresponda, *l. 11. d. tit. 12.* Esta seccion es necesaria al fiador contra sus compañeros en la fianza, porque entre ellos no hay obligacion reciproca; pero no contra el deudor principal, pues sin ella puede recobrar de este cuanto hubiese pagado por él. Y compete la cesion al fiador cuando paga à su nombre, y no cuando paga à nombre del deudor; porque pagando de este último modo, el deudor queda libre del acreedor y fiadores, y solo obligado al fiador que pagó, *d. l. 11.* que añade: que si el deudor pagó simplemente sin expresar si lo hacia à nombre suyo ó al del deudor, le competera la seccion, si la pide luego, y dejará de competirle, si difiere el pedirla.

10. Si de dos fiadores obligados por mitad por haber contrahido simplemente la fianza, paga uno toda la deuda, no podrá pretender la cesion de acciones para recobrar la mitad que pagó por el otro; por que si la pagó ignorando el beneficio de *d. l. 1. tit. 16.* la podrá repetir del acreedor como indebidamente pagada; y si lo hizo sabiendolo, se juzgará que la quiso dar.

11. Vale la fianza por mandato espreso ó tácito, y tambien sin mandato sobre cosa que otro debe dar ó hacer, en cuya utilidad lo hace, aunque este no lo consienta. Y cuanto pagare en alguno de estos casos el fiador por el deudor, debe este dárselo ó hacérselo cobrar, *l. 12.* que pone tres casos de escepcion. 1.ª Si el fiador paga la deuda con intencion de dársela al deudor, y nunca pedírsela.— 2.ª Si la fianza es en utilidad del mismo fiador. 3.ª Si entró fiador, contradiciéndolo el deudor. Si por mandamiento de Pedro entrases fiador por Juan, que estaba ausente, y que no te hubo mandado, y pagases algo por él, no se lo podrás demandar, y lo deberás pedir à Pedro, por cuyo mandato hiciste la fianza. Pero si cuando la hacias estaba presente Juan, y no la contradijo, ó la hacias en nombre suyo, estando él ausente, y es en utilidad suya, tendrás la eleccion de pedirlo à Pedro ó à Juan, y los dos estarán obligados à pagártela, *l. 13.*

12. Si reconvenido el fiador no quisiere oponer la escepcion perentoria que tenia, y vencido pagare la deuda, no la podrá recobrar del deudor; porque se presume que procede cognóscamente para hacerle perder su derecho. Pero si la escepcion que podia oponer, solo era personal para sí ó para el deudor, bien lo podrá recobrar *l. 15.* Lopez, *glosa 9.* y 19. limit. esta doctrina sobre la escepcion personal del deu-

dor en que el fiador no pudo avisarte, para que hicieses uso de ella.

13. Aunque el fiador pague por su voluntad sin reconvenccion judicial, puede recobrar del deudor lo que pagó por él; pero si pagó la deuda antes del plazo, debe esperar á que este se cumpla para recobrarla, *l. 16.* que añade que por la muerte del fiador pasan á sus herederos todos los efectos de la fianza: lo que es general en todos los contratos á escepcion de la compañía y mandato, *tit. 15. na. 11. y 21.*

14. No puede el fiador pedir al juez que el deudor le liberte de la fianza antes de pagar cosa alguna de la deuda, excepto: 1.º Si fuere ya condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella. 2.º Si dura ya mucho tiempo en la fianza, cuya tasa está al arbitrio del juez. 3.º Cuando el fiador, viendo que viene el plazo, quiere pagar para no caer en la pena, y el deudor y el acreedor reusan admitir la paga, y entonces la deposita en buena parte ante testigos. 4.º Cuando se constituyó fiador hasta cierto dia, y este pasó ya.— 5.º Cuando el deudor empieza á desgastar sus bienes.

NOTA.

(1) El autor trae en este lugar otros principales privilegios concedidos por *d. H. 25. y 28.* á los labradores que labrasen por sí ó por sus criados y familia, y son: 1.º Que no puedan ser ejecutados por deuda que debieren de cualquier manera, en sus buyes, 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 sus frutos seminales que cojieren de sus labores despues de puestos en las eras hasta que los entojen; y entonces, quando por alguna ejecucion se les hubiere de vender alguna parte, no sea á manos precio de la tasa; y no habiendo comprador, se haga pago con ello al acreedor, excepto: 1.º Por los pechos ó derechos debidos al rey. 2.º Por las rentas de las tierras del señor de la heredad. 3.º Por lo que el tal señor les hubiere prestado ó socorrido para la dicha labor; y en estos tres casos, quando no tuvieren otros bienes de que puedan ser pagados dichas deudas: y que en un par de buyes ú otras bestias de arar, no pueden ser ejecutados en los dichos tres casos, ni en otro alguno.—2.º Que no pueden ser presos por deuda alguna que no descienda de delito; y si el juez ó ejecutor contravinieren á estos dos

privilegios, deben ser castigados, el juez en la suspension de su oficio por un año, y el acreedor, que lo pidiera, por el mismo hecho haya perdido y pierda la deuda, y el labrador quede libre de ella. La l. 25. quiso que este segundo privilegio se lo tuviese lugar en los seis meses últimos del año, pero la 28 lo estendió á todo el año, sino es que las deudas sean contraidas antes de ser labradores. 3.º Que por ninguna de sus deudas puedan renunciar su fuero, ni someterse á otro l. 28. confirmada en esto por los autos acord. 3. y 8. tit. 25. lib. 5. y que sean nulas las escrituras que otorgaren en contrario de estos y demas privilegios á favor de los labradores, sin embargo de cualesquier renunciaciones, y que los escribanos no las otorguen so pena de perder sus oficios para siempre. 4.º Que no se les pueda tomar ningún carro, carreta ni bestia, sino es para servicio público, y entónces pagandoles primero de contado el alquiler que pareciere justo á la justicia, segun el tiempo en que se les toman. Otros privilegios de ménos uso sobre panadear, y no asistir á guardas, ni otra jente de guerra, con trigo, cebada ni otro mantenimiento, se pueden ver en d. 11.

A T O R

(1) El autor dice en este lugar que los privilegios de los labradores concedidos por el Rey D. Alonso X. y D. Alonso XI. se concedieron por el Rey D. Alonso X. y D. Alonso XI. en virtud de las leyes 25. y 28. tit. 25. lib. 5. de las Partidas. Pero en el texto de las Partidas no se encuentra ninguna ley que conceda estos privilegios á los labradores. Solo se encuentran las leyes 25. y 28. tit. 25. lib. 5. que se refieren á los privilegios de los labradores que se concedieron por el Rey D. Alonso X. y D. Alonso XI. en virtud de las leyes 25. y 28. tit. 25. lib. 5. de las Partidas. Pero en el texto de las Partidas no se encuentra ninguna ley que conceda estos privilegios á los labradores. Solo se encuentran las leyes 25. y 28. tit. 25. lib. 5. que se refieren á los privilegios de los labradores que se concedieron por el Rey D. Alonso X. y D. Alonso XI. en virtud de las leyes 25. y 28. tit. 25. lib. 5. de las Partidas.

TITULO XVIII.

DE LOS PEÑOS O PRENDAS.

Tit. 13. P. 5. y tit. 17. lib. 5 de la R — Tit. 1. lib. 20. Dig.

1. y 2. *Definición del Peño.*—3. *Cosas que pueden ó no empeñarse*—4. *Los que pueden empeñar.*—5. *Lo que debe probar el acreedor.*—6. *Deberes del acreedor.*—7. *Del pacto anticrescos.*—8: 9 10. *Derechos del acreedor en la cosa.*—11. *De la prenda bajo condici6n ó a dia cierto.*—12. *De la hipoteca y modo de constituirse.*—13. *Especies de hipoteca, y de la voluntaria.*—14. *De la jeneral y de la especial.*—15. *De los frutos de la hipoteca.*—16. *De la hipoteca expresa*—17. *De la tácita.*—18. *Modos de extinguirse esta obligacion.*—19. *Los que tienen el dominio de la cosa son preferidos á todos los acreedores.*—20. *Los acreedores por titulo oneroso prefieren á los acreedores por titulo lucrativo.*—21. *De dos acreedores de una clase es preferido el mas antiguo por lo regular.*—22. *Cinco clases de acreedores.*—23. *Los singularmente privilegiados.*—24. y 25. *Los hipotecarios privilegiados.*—26. *Los hipotecarios no privilegiados.*—27. *Los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio personal.*—28. y 29. *Los no hipotecarios sencillos.*—30. *De la proporción geométrica y del acreedor mas vigilante.*—31. *Del heredero que paga habiendo hecho inventario, ó por sentencia de juez.*

1. Las Partidas tratan del peño después de la fianza, porque tambien el peño es un contrato accesorio, cuyo objeto no es otro que asegurar la obligacion principal, princ. del tit. 13. P. 5. y se define: un contrato real por el que se entrega una cosa al acreedor para seguridad del crédito con la obligacion de que pagado la devuelva: de lo que se deduce, que ni el dominio ni el uso de la cosa pasan al acreedor, sino solo su custodia.

2. La prenda se llama así cuando es mueble, y se entrega al acreedor; ó hipoteca, cuando es raiz, y no se entrega al acreedor, á quien solo se traspasa un derecho á la propiedad en el caso de no satisfacerse la obligacion principal.

3. Pueden empeñarse las cosas corporales y las incorpó-
rales, las presentes y las futuras, como los partos y frutos, que están por nacer. No pueden empeñarse las cosas que

M

no pueden venderse, *tit. 10. n. 10*, y en los mismos casos en que pueden venderse, pueden empeñarse, *l. 3. d. tit. 13.* debiendo notarse: 1.º Con respecto al hombre libre, que el padre puede vender ó empeñar al hijo para no morir de hambre, *ll. 6. y 9. tit. 17. P. 4—2.*º Con respecto á la cosa ajena, que tampoco puede ser empeñada sin mandato de aquel cuya es; pero valdria si su dueño supiese despues el empeño y lo consintiere, ó estando presente callase, *l. 9.* Si despues de haber empeñado á Pedro alguna cosa, la empeñara á otro, sin que Pedro lo sepa ni lo mande, no valdria el segundo empeño, sino es que la cosa valiese tanto que bastase para pagar á los dos; pero si no basta, estaria obligado á dar otro peño al segundo, y el juez puede penarlo á su arbitrio por el engaño: esto mismo debe observarse cuando se empeña cosa ajena, sin que lo sepa el que la recibe, *l. 10.*

4. Sobre el que puede empeñar dice la *l. 7. tit. 13. P. 5.*—1.º Puede empeñar el que puede enajenar. 2.º Queda válido el empeño del que esperaba ser dueño de la cosa, cuando llega á serlo. 3.º Si empeñé la cosa al que sabe que es ajena, y se la entregué y adquiri despues su dominio, queda ella obligada; y si no se la entregué, no queda obligada. Pero si el acreedor ignoraba que era ajena la cosa, queda obligada luego que adquirio su dominio, sea que se la haya entregado ó no. 4.º El que tiene derecho en la cosa puede empeñar este derecho, y Lopez, *glosa 2. añade*, que adquirida la cosa en virtud de este derecho, quedaria ella empeñada.

5. Para que el acreedor pueda usar de su derecho de peños contra el que le empeñó la cosa, le basta probar que éste la poseia en buena fé á tiempo en que se la empeñó; mas para usar de él contra un tercer poseedor necesita probar que quien le empeñó la cosa tenia el dominio de ella á tiempo del empeño, *l. 18.*

6. Debe el acreedor: 1.º Cuidar de la prenda como de cosa propia, de modo que tiene que prestar la culpa leve, mas no el caso fortuito. 2.º Abstenerse de hacer uso de la prenda. 3.º Restituir al deudor la prenda en el estado en que le fué entregada con sus frutos ó con sus mejoras útiles, deducidos los gastos, luego que le fuere satisfecha la deuda, *l. 2. d. tit. 13.*

7. Como en España estan justamente prohibidas las usuras, no admitimos el pacto llamado *antifrescos*, que admitieron las leyes romanas *l. 1. §. 3. l. 11. §. 1. de usur.* reducido á que gane el acreedor las usuras ó frutos de la cosa

que hubiese recibido en peños. Este pacto se halla reprobado por el derecho canónico, *Cap. 1. cum seq. extra de usur. cap. 4. cap. 6 de pignor.* Pero si admiten nuestros autores la doctrina del famoso capítulo *salubriter 16: de usur. de las Decretales de Greg IX.* de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio, puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes, que se le hubiesen dado á peños, en seguridad de la dote que libjan de darle; como compensatorias de dichas cargas, segun lo prueban *Gomez l. 50. de Toro, n. 50. Castillo, lib. 3. controv. n. 23. y Covar. var. cap. 1. n. 3.*

8. El acreedor puede demandar al que le empeñó la cosa ó á sus herederos, que se la entreguen. Si el que le empeñó lejos de entregar la cosa al acreedor, la enajena y entrega á otro, el primer acreedor debe pedir al deudor lo que le habia dado sobre ella, y si no lo consigue puede pedir la cosa al que la tuviere, *l. 14.* guardando en esto el mismo orden que en la fianza; excepto en el caso que el deudor hubiese enajenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella, en el cual tendrá éste la eleccion de demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al al que la tenga. Por la *l. 22.* puede el acreedor retener la cosa por nueva deuda hasta que está le sea pagada tambien, mas no con la calidad de prenda. Si dié á Pedro en prenda un campo por 200 pesos, que te prestó, y despues vuelve á prestarte 100 pesos, sin expresion alguna de peños, aunque le pagues los 200 pesos, tendrá derecho á retener tu campo hasta que le pagues los 100. Pero tendrá este derecho solo solo contra tí y tus herederos: de modo que si estando el campo en poder de Pedro, lo vendieses á otro, podria este escusir de Pedro que se lo entregara, pagándole solo los 200 pesos en que fue empeñado, sin que Pedro podiese resistir á título de que todavía se le debian los 100. *l. 22. tit. 13.—l. un C. etiam ob chirograph.*

9. Si se constituye el empeño facultando al acreedor para que venda la cosa, si no fuese pagado al tiempo convenido, puede el acreedor proceder á la venta en almoneda pública y no de otro modo, haciendolo saber antes al deudor, si lo hallare en el lugar, y si no á los de su casa, ó á un cuando no pueda hacerlo saber por alguna razon como la de no encontrar á nadie en casa del deudor, *l. 41.* Tambien puede venderla, aunque nada se hubiese pactado sobre tiempo de redencion ni sobre venta, con tal que requiera al deudor delante de hombres buenos para que la redima, y este deje pasar, sin hacerlo, doce dias si la cosa es mueble, y treinta si

fuese raíz. Ultimamente, aunque se pacte que el acreedor no pueda vender la prenda, podrá sin embargo venderla, si requiere tres veces al deudor delante de hombres buenos para que la redima, y pasan despues dos años. Y tanto en este caso como en el anterior debe ser la venta en almoneda, *l. 42.*

10. El acreedor solo puede comprar la prenda con voluntad del dueño, ó cuando puesta en almoneda no se encuentre comprador, debiendo volverse al deudor las sobras del precio sobre el valor de la deuda, en todos estos casos, ó cobrando las faltas, si las hubiere, *l. 44.* Tambien puede el acreedor empeñar la cosa á otro; pero si le pagase el deudor, puede este recibirla del segundo, el cual tendrá derecho de escijir del primero que le da otro peño igual, ó que le pague, *l. 35.*

11. Puede constituirse el peño bajo condicion ó á dia cierto, y entonces no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda hasta que se cumpla la condicion ó venga el dia, sino es que el deudor se hubiere de ausentar, en cuyo caso lo tendrá para que se la entregue ó para que le dé seguridad de que se le entregará, cumplida la condicion ó venido el dia, *l. 17.*

12. La hipoteca sigue esencialmente las mismas reglas que la prenda con la diferencia que se ha notado al n. 2. Es pues la hipoteca un derecho del acreedor sobre los bienes raíces que el deudor le ha obligado para pago de la deuda. Puede constituirse entre presentes ó ausentes por carta, con escritura pública ó sin ella, *l. 6. tit. 13. P. 5.* ó empeñándose la escritura de compra de la cosa, pues por este hecho se entiende empeñada la misma cosa, *l. 14.*

13. La hipoteca se divide: 1.º En voluntaria ó convencional, y necesaria ó judicial. 2.º En expresa y tácita. 3.º En jeneral y especial. La voluntaria es la que se constituye por voluntad de las partes ó por contrato ó por testamento, como si un testador legase á Pedro cien pesos anuos, hipotecando para el pago sus bienes que dejaba á su heredero: de la judicial hablaremos mas adelante; pero notemos ora una especie particular de la *l. 13. tit. 13. P. 5.* y es: que si el juez ha mandado que se dé á Pedro alguna cosa en peños, y antes que se le entregue la empeña su dueño á otro en peño convencional, y se la entrega, este es preferido: dando la ley esta doctrina como ejemplo de una regla que establece; á saber: que los empeños que manda hacer el juez, no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego

que los otorgan las partes.

14. Hipoteca *general* es aquella en que el deudor obliga los bienes que tiene y tendrá en lo sucesivo: de la que solo se exceptúan aquellas cosas que verosimilmente nadie quiere obligar, como su lecho y el de su mujer, vestidos, ropa, utensilios de cocina, armas, caballo de su uso y otras semejantes, *l. 5. tit. 13. P. 5. Especial* es, cuando uno obliga una sola cosa ó alguna señaladamente, y entonces solo se estiende esta obligacion á las cosas señaladas; y este derecho del acreedor se interna tanto en ellas que lo conserva aunque la cosa mudase de estado, ó se empeorase ó mejorase como si fuese casa y se derribase, ó tierra inculta y se plantase ó aumentase por aluvion; pero el acreedor debe restituir todo al deudor, pagándole esta la deuda y las expensas que hubiese hecho por esta razon, *l. 15.*

15. Y alcanza el derecho de peños á los frutos de la cosa empeñada, enajenada despues por el que la empeñó en los términos siguientes: si el que empeñó su heredad la enajenase despues de haberla sembrado, estarán tambien obligados los frutos que, sembrados antes, nacieren despues: lo contrario seria, si el que la compró la sembrase, siendo ya tenedor de ella, *l. 16.*

16. Hipoteca *expresa* es la que se manifiesta por las palabras de los contrayentes, como: 1.º La que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella, para asegurar el cobro del arrendamiento y los menoscabos, que le hubiere ocasionado en ella el arrendador: y si la cosa arrendada fuese un campo, en las cosas que allí hubiere metido el arrendador, con solo la diferencia que en el campo es menester que las cosas hubiesen sido metidas con ciencia del dueño, la que no es necesaria en las casas, como lo hemos explicado en el *tit. 13. n. 6.* con referencia á la *l. 5. tit. 8. P. 5.* que así lo establece, *l. 4. in quib. caus. pign. v. hipot. tac. const. l. 5. C. de locat.—2.º* La que tiene el dueño de un campo, que arrendó, en los frutos que produjo, *l. 25. tit. 21. lib. 4. R. n. 3.—l. 7. d. tit. in quib. caus.—3.º* La que tiene el legatario en los bienes del testador, *l. 26. d. tit. 13. P. 5.—5. 2. Inst. de legat.—4.º* La que compete al que prestó dinero para guarnecer ó rehacer ó reparar alguna nave, casa ú otro edificio, en la nave, casa ó edificio en que se hubiese empleado el dinero, *d. l. 26.*

17. Hipoteca *tácita* es la que se constituye por la ley, sin respecto á la voluntad de las partes, y por eso se llama *legal*. Hay varias especies: 1a. La del fisco en los bienes de los

que le deben tributos, en los que recojen los pechos del Rey, ó hacen arriendo ú otro convenio para cobrar sus derechos, l. 25. tit. 13. l. 1. C. de priv. fisc.—2a. La del pupilo en la cosa que otro le compró hasta que haya cobrado todo su precio, d. l. 25.—l. 7. qui pot. in pign.—3a. La de los menores en los bienes de sus guardadores, desde el día que empezaron á usar de su oficio hasta que hayan dado cuentas, l. 23. d. tit. 13.—l. 20. C. de adm. tut.—4a. La del marido para asegurar la cobranza de la dote, que se le prometió, en los bienes del que hizo la promesa, fuese su mujer ú otro, y la que tiene la mujer en los bienes de su marido por razon de la dote ó bienes paraferales, que recibió con ella, d. l. 23. l. 17. tit. 11. P. 4.—l. un §. 1. C. de rei ux. act. 1. ult. C. de pac. con.—5a. La de los hijos en los bienes de su madre, que casó segunda vez, por las donaciones que le hizo su primer marido, padre de dichos hijos á cuyo favor estan reservadas, d. l. 26. tit. 13. P. 5.—l. 6. §. 1. C. de secund. nupt.—6a. La de los hijos en los bienes de su madre, que despues de haber sido su guardadora, siendo viuda, casa con otro, y en los de este, que es su padrastro, hasta que diere cuentas, d. l. 26.—l. 6. C. in quib. caus. pign. p. ipot.—7a. La de los hijos por sus bienes maternos en los de su padre fructuario de ellos, que los administra; y si acaso los bienes del padre no fuesen bastantes, podrán demandar los suyos á cualquiera que los tuviere; sino es que fueren herederos, l. 24. tit. 13. P. 5.

18. Como la obligacion de peños es accesoría, se estingue del mismo modo que la principal; pero hay otros medios en que queda esta y se acaba aquella, como: 1.º Si se pierde ó consume enteramente la prenda, segun el axioma: *los deudores de cierta especie por perder está sin culpa suya, se libentan*, l. 23. de verb. oblig; Dijimos enteramente; porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos en el n. 14.—2.º Por la remision ó condonacion del acreedor expresa ó tácita. Esta se entiende, cuando ocurre algun caso que la hace presumir: tal es, si el acreedor restituye al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entenderia que le remita el derecho de peños, pero no la deuda, sino es que dijese manifestamente que se la perdonaba, l. 40. tit. 13. P. 5.—l. 3. de pact.—3.º Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fé por espacio de 30 años, sin distincion de poseedores, segun dijimos en el tit. 14. n. 42. y sigui; cuya doctrina es enteramente aplicable á los peños.

19. Tratemos aora de la preferencia de los acreedores sean hipotecarios ó no advirtiendo ante todo tres circunstancias principales: 1a. que como el acreedor no puede ser pagado de bienes que no son del deudor, son preferidos á todos los acreedores, los que tienen la reivindicacion: así, se debe sacar de lo que se encuentre en poder del deudor, los depósitos, los préstamos, los bienes arrendados, los bienes hallados aunque no parezca el dueño ni se sepa quien es: los bienes comprados á Iglesia, fisco y menor, cuyo precio no ha pagado: los comprados á un particular que no dió por recibido el precio, ni recibió prenda ni fiador por él; (1) porque sobre estos bienes no tiene dominio. Lo mismo es si lo que es jénero, que se usa por número, peso ó medida, no se mutuo, sino se depositó por modo de cantidad ó especie, *ll. 2. y 9. tit. 8. P. 5.*

20. 2.º Que los acreedores por título oneroso deben ser preferidos á los donatarios y demas por título lucrativo; porque las donaciones y liberalidades en perjuicio de acreedores son ilícitas y nulas.

21. 3.º Que cuando concurren dos acreedores de una misma clase es preferido regularmente el que tiene el derecho mas antiguo, *l. 27. tit. 18. P. 5.* conforme á la famosa regla: *el que es primero en el tiempo, es preferido en el derecho l. 2. l. 4. et passim. C. qui potior in pign.* Segun esta *l. 27.* empeñada una cosa á dos, es preferido el primero, á no ser que el segundo hubiese dado el dinero, en cuyo caso es preferido este, porque dió primero el dinero; de suerte que este caso no es en realidad una escepcion de aquella regla, porque el segundo aseguró el derecho de peños antes que el primero, y de ahí nace su prioridad, *ll. D. qui pot. in pign.*

22. Los acreedores se dividen en cinco clases: 1a. Los singularmente privilegiados. 2a. Los hipotecarios privilegiados. 3a. Los hipotecarios no privilegiados. 4a. Los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio personal. 5a. Los no hipotecarios sencillos, que no tienen privilegio alguno, de los cuales tenemos en nuestras leyes tres especies, que pueden tambien formar tres clases subalternas, como luego veremos. Estas cinco clases tienen prelación las unas sobre las otras segun el orden con que se han colocado.

23. A la 1a. pertenecen: 1.º Los acreedores de los gastos del entierro, debiendo ser moderado, segun las circunstancias del difunto, *l. 12. tit. 18.* y haciéndose de los bienes muebles de este, y en su defecto de los inmuebles. 2.º Los acreedores á quienes se les debe por razon de la faccion del

testamento, inventario ú otra diligencia semejante, necesaria para formar el patrimonio, y proceder al pago de las deudas, *l. 8. tit. 6. P. 6.* que compara estos gastos con los del entierro, *l. ult. § C. de jur. delibet. Gomez, l. 50. Tauw.* donde añade, que debe decirse lo mismo de los gastos de la última enfermedad del difunto. Si por no alcanzar los bienes para el pago de las deudas se moviere pleito entre los de esta clase, aunque no hay ley expresa ni opinión generalmente recibida, diremos que debe ser preferido el que hizo los gastos del entierro, por lo mucho que este interesa á la causa pública y á la religión.

24. A la 2a. clase pertenecen: 1.º Los dueños de las tierras en los frutos que producen para cobrar su renta ó arriendo, sobre lo que establece la *l. 25. tit. 21. lib. 4. N.* que sean preferidos á los otros acreedores de cualquier calidad que sean. 2.º El acreedor refaccionario, que es el que prestó dinero para refaccionar ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para guarnecer la nave de armas ú otras cosas necesarias, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, y con efecto se empleó en ello el dinero; porque en razon del derecho de hipoteca, que tiene sobre la nave ó casa, ó bien expresa, ó aunque fuese tácita, es preferido este acreedor al que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa, *l. 28. d. tit. 13. P. 5.* que da la razon de esta preferencia, diciendo: *porque con los dineros que el dio, fue guardada la cosa que se pudiera perder, l. 5. qui potior in pign. l. 6. cod.*—3.º El fisco en los bienes de sus deudores, y la mujer en los bienes del marido, por su dote, *l. 53. d. tit. 15—l. ult. C. qui potior in pign.*—4.º El dueño en la cosa comprada con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario, á quien estuviere empeñada por el mismo que la compró por hipoteca jeneral. *l. 50. d. tit. 13—l. 7. cod.*—5.º El que prestó dinero á Pedro, que tenía todos sus bienes hipotecados en hipoteca jeneral á otro, para comprar alguna cosa, con el pacto de que está cosa le debía estar hipotecada; pues habria de ser preferido en ella al hipotecario jeneral, *d. l. 50.—l. 7. qui potior in pign.*

25. Los de esta 2a. clase ceden siempre á los de la 1a. y así sucesivamente; pero si se disputa entre ellos, tampoco hay ley expresa ni opinión jeneral para decidir su preferencia; por lo que sujetándonos á los que han pensado mejor, nos parece que debe preferir el dueño de la tierra en los frutos nacidos en ellas; porque así lo convence: 1.º Las palabras de la ley cit. 2.º La consideración de que ni los dueños ni los colonos debieron tener intencion de

que los frutos se hiciesen de estos, sino por medio del pago, y que de consiguiente no verificado esto, permanecen de algun modo en el dominio del dueño. 3.º Que es cierto que estando pendientes los frutos, antes de percibirse, son del dueño de la tierra como parte de ella, *l. 44. de rei vind.* También nos inclinamos á que debe preferir el acreedor re-faccionario, porque la cosa existe por él, como dice, *d. l. 28.* Del fisco y de la mujer por razon de su dote suele decirse que corren á un mismo paso (2), su privilegio consiste en la preferencia á los acreedores hipotecarios, que tienen á su favor hipoteca tácita anterior; pero no si esta fuese expresa, *d. l. 39. tit. 15.* La opinion comun niega esta prelación á la mujer por razon de sus bienes parafernales, Covar. *l. var cop;* 7. n. 1. Vela; *dissert.* 2. n. 64. En los casos que acabamos de referir, cesa la regla de que prefiera el que tiene derecho mas antiguo.

26. A la 3.ª clase pertenecen los hipotecarios no privilegiados, en la cual obra de lleno la regla de ser preferido el que tiene derecho mas antiguo, con tal que esta antigüedad conste plenamente, pues si un acreedor posterior prueba con escritura hecha por escribano público habérsele hipotecado alguna cosa, será preferido al anterior, que lo acredita solo por papel escrito de mano del deudor, ó por deposicion de dos testigos. Mas si este documento privado fuese hecho por mano del deudor, y firmado por tres testigos, que escribiesen en él sus nombres con sus manos mismas, preferiría á la escritura pública; porque el documento se considera entonces tan libre de sospechas de fraude como la escritura pública, *l. 31. tit. 13.* Lopez, *glosa* 8. Y con arreglo á esta doctrina prueba bien Covar. *pract. quest.* cap. 12. que siempre que constase plenamente, que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, debería preferir á esta. (3)

27. De la 4.ª clase de acreedores que no tienen hipoteca, pero sí privilegio personal, solo encontramos uno, que es el deponente que dió en depósito por cuenta, peso ó medida cosas que se suelen contar, pesar ó medir, en cuyo caso pierde el dominio de ellas, porque el depósito se convierte en mutuo, n. 19. pero tiene en ellas el privilegio de ser preferido á los demas acreedores, que no sean hipotecarios, *l. 9. tit. 3.º P. 5.* Lopez, *glosa* 3.

28. La 5.ª clase en que se coloca á los acreedores que no tienen hipoteca ni privilegio alguno, se subdivide en tres órdenes por la *l. 48. tit. 25. lib. 4.º R.* Al órden 1.º pertenecen los que prueban su crédito por escritura pública.

Al 2.º los que lo prueban por documento privado, escrito en papel sellado, que corresponde á su calidad y cantidad. Al 3.º los que lo prueban por documento privado, escrito en papel comun. Los del orden 2.º son preferidos entre sí mismos, segun la regla de prioridad, pues dice la ley: *dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelación*. Nos parece que esta regla debe estenderse á los del orden 1.º ya porque no hay razon de diferencia respecto de estos, como por la equidad que es notoria. Pero no creemos que se deba observar en los del orden 3.º porque la misma ley dice, que sus escritos están sujetos á grandes fraudes por los cuales parecen mas antiguos de lo que realmente son.

29 Solo habla la ley de los acreedores quirografarios y de los hipotecarios; pero teniendo la citada regla tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes, que quiso evitar, no dudamos afirmar, que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

30. Entre los acreedores quirografarios sin privilegio ni prelacion de los unos respecto de los otros, se dividen los bienes en proporcion geométrica; por la que si uno tiene un vale de 100 pesos, otro de 200, y otro de 300, y en los bienes del deudor solo hay 60 pesos: al primero le tocan 10, al segundo 20, y al tercero 30. Y aunque el mas vijilante, que primero obtuvo sentencia de juez, sea preferido entre los acreedores de su clase, Salgado, in *Labyrinth*, 1. part. cap. 16. n. 6. et 2. part. cap. n. 154. et 3. part. cap. 11. n. 11. en el fuero esterno, si su vale es posterior á los de los otros; se duda si esté seguro en el interno, tomando mas de lo que podría caberle en la division.

31. Cuando los bienes del deudor no alcanzan á pagar á todos los acreedores, él ó su heredero está obligado en justicia á guardar en el pago el orden que establecen las leyes, prefiriendo á los que segun estas deben ser preferidos. Pero es de advertir, que si el heredero hizo inventario segun la ley, vease tit. 5. nn. 29. y 32. y pagó en buena fé á los acreedores presentes, ignorando que hubiese otros hipotecarios preferentes, estos no tienen accion contra él, sino contra los que recibieron la paga injustamente. Mas si el heredero no hizo inventario, puede ser reconvenido. Tambien hay que notar, que si el deudor ó su heredero paga á un acreedor, compelido por sentencia judicial, el acreedor preferente que se halla en descubierto tampoco tiene accion contra el que pagó.

XIX NOTAS.

(1) Véase á Hermosilla, *l. 28 tit. 5. P. 5. glosa 1.* sobre los casos en que se presume ó no que hay fe de precio.

(2) Entre el fisco y la dote se prefiere la primera en tiempo por correr juntos en la prelación. Y siendo en el tiempo iguales sin que conste cual es primero, la dote es preferida al fisco, *ll. 29. y 33. tit. 13. P. 5. Lopez, glosa 2. d. l. 33.* segun la cual hay que notar: 1.º Que la hipoteca expresa prefiere á la dote y al fisco, aunque sea jeneral. 2.º Que si sucede el caso de que habiendo tenido Pedro dos mujeres, solicitan los herederos de ambas el cobro de su crédito dotal, tendrán preferencia los de la primera, excepto en las cosas que se hallaren pertenecientes á la segunda. 3.º Que si se casa una mujer, y se promete dote á su marido, si este obliga sus bienes por esta dote y los empeña despues á otro antes de que se le entregue la dote; entonces pagada esta, tiene la mujer mejor derecho en los bienes del marido que otro ninguno á quien los hubiese obligado.

(3) Marillo Velarde, *de Solucionib.* n. 218. tratando de la preferencia de los acreedores hipotecarios, dice: "esta anterioridad de los hipotecarios no solo es con respecto al débito principal sino tambien respecto de los accesorios, de las usuras é intereses, y aun cuando todas estas cosas vengan despues de la segunda hipoteca" y cita á la *Coria Fisp. 2 p. lib. 2. Pega, n. 35.* Tambien puede verse á *Febreño adicionado, p. 2. lib. 3. cap. 3. §. 2. n. 108.*

NN

en los demas contratos, no tiene lugar en ellos contra el vale; la escepcion del dinero no entregado, si no la prueba evidentemente el que la propone.

5. El haber establecido la *l. 5. tit. 21. lib. 4. R.* que los vales reconocidos traigan aparejada ejecucion, ha dado lugar á que se dispute, si despues de esta ley queda escluida la escepcion del dinero no entregado, cuando el que firmó el vale lo reconoce legalmente. Nos parece mas probable la opinion negativa; porque á mas de nacer esta escepcion del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos garantijos, (1) como lo prueben Gomez, 2 var. *cap. 6. n. 3.* y Molina, *de just. et jur. disp. 302.* á los cuales compara dicha ley los vales reconocidos. Pero si el que reconoce el vale, reconoce tambien ser cierta la deuda, no ha lugar á la escepcion, porque falta su fundamento, que es la presuncion de que no hubo entrega.

6. Muerto el deuder, puede proponer la escepcion su heredero ó su fiador dentro de los dos años; y si el acreedor se halla ausente, puede proponerse ante el juez.

7. Los contratos reales son cuatro: *mutuo, comodato, depósito y prenda*, y ademas todos los innominados. Se llaman reales de res, que significa cosa, porque se necesita para su constitucion que se entregue alguna cosa. Es pues contrato real aquel por el que entregada una cosa se obliga el que la recibió á la restitution de la misma cosa ó de su estimacion.

8. Bajo el nombre de préstamo se comprenden el mutuo y comodato. *Mutuo* es: un contrato por el cual se da á alguno cierta cantidad de las cosas que se suelen contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto de la misma especie y calidad. El mutuuario se hace dueño de la cosa, *l. 1. tit. 1. P. 5.—Princ. Inst. quib. mod. re con. obl.* De lo que se infiere: 1.º Que si esta se pierde, aunque sea sin culpa suya, por fuego ó cualquier otra aventura, se pierde para él, *l. 10.—l. 1. §. 4. de obl. et act.* y puede hacer de ella lo que quisiere, *l. 2.—2.º* Que solo puede dar en mutuo el que fuere dueño de las cosas que da, ú otro por su mensajero, *d. l. 2.*

9. Se puede dar en mutuo no solo á las personas particulares, sino tambien al fisco, iglesia, ciudad y menor; mas para que valga el mutuo hecho á estos cuatro es necesario pruebe el mutuante que se convirtio en utilidad de ellos, sino es que el mensajero real enseñare carta del rey para recibir el mutuo, en cuyo caso no seria necesaria esta prueba, *l. 3. d. tit. 1.* Cuando no se da esta prueba el mutuante tiene

accion para repetir contra el administrador que recibió el mutuo.

10. No se puede dar en mutuo a ninguna persona con el pacto de pagar en tiempo incierto, como cuando se case ó heredo ó suceda en algun mayorazgo, *tit. 10. n. 8.* ni tampoco á los hijos de familia sin consentimiento del padre, de modo que en tales casos nadie está obligado á pagar la deuda, ni los fiadores si los hay; pero en cuante al hijo de familia se exceptuan los casos siguientes: 1.º Si al tiempo de tomar el préstamo dijere que no tenia padre en cuyo poder estuviere. 2.º Si tuviese algun destino público, *l. 3. tit. 1. P. 5.*—3.º Si fuese menestral ó tuviese tienda de mercancia, como hombre que no está en poder de otro. 4.º Si fuese soldado, lo que entiendo Lopez, *glosa 4. del peculiar castrense.* 5.º Si emplease lo que recibió en utilidad del padre, en cuyo poder está, *l. 5.*—6.º Si el padre empezó á pagar la deuda, pues entonces se entiendo que consiente el préstamo, ó si el mismo hijo empieza á pagarla despues que salió de la patria potestad, *l. 6.*—7.º Si fuese estudiante fuera de la casa de su padre, porque entonces el que lo tiene á su cargo debe pagar hasta aquella cantidad á lo ménos que pudiera haber gastado en alimentos y cosas necesarias para el estudio, *l. 6.—l. 1. de senat. Maced.—ll. 1. 3. 7. et 17. C. vul.*

11. Por la *l. 7. d. tit. 1.* si un mercader pone en su tienda á otro que no esté en su poder, y este toma algo en mutuo por mandado del mercader ó lo pasa en su pro ó utilidad, no estaria obligado al pago sino el mercader; lo contrario seria si lo tomase sin mandado ni utilidad del mercader.

12. Solo se pueden dar en mutuo las cosas que se cuentan, pesan ó miden, como dinero, trigo, vino, &c. El que recibe no está obligado á devolver las mismas cosas, porque puede consumirlas, sino otro tanto tal, esto es del mismo género ó especie y de tan buena calidad, aun que nada de esto se haya expresado á tiempo del préstamo, *l. 2. d. tit. 1.—l. 3. de reb. cred.* por ser esto una circunstancia esencial de este contrato. Pero hay que advertir, que en la moneda se estima el valor, y en los géneros se considera la entidad física; por lo que el mutuario no está obligado á volver la misma cantidad de moneda que recibió, sino el mismo valor, en caso que haya aumento ó disminucion en el valor de la moneda; mientras que en las cosas usuconsumptibles está obligado á devolver la misma cantidad, valgan mas ó menos al tiempo de la entrega (?). Y sino tuviese de aquel género deberá dar tanto precio quanto montare el valor de lo que

se le prestó en el día y lugar en que debió darlo. Y si no se hubiere señalado día ni lugar, deberá estimarse el valor según fuere en el lugar en que se demanda, y tiempo en que se le pide en juicio, l. 8. pudiendo el mutante pedir la cosa á los diez días después que fué prestada, si el plazo no fué puesto, l. 2.

13. El mutuo es esencialmente gratuito, y por estas leyes prohíben la usura; l. 46. tit. 6. P. 1. y l. tit. 6. lib. 8. R. Esta última dice: *se halla que el logro es muy gran pecado, y vedado así en la ley de Natura como de Escritura y de Gracia.* Es pues el logro ó usura: *la ganancia que viene del mutuo ó el interés por el uso del dinero.*

14. Sin embargo, aunque nada se puede exigir por razón del mutuo, hay tres títulos por los cuales se puede cobrar un interés: daño emergente, lucro cesante y mora.

15. Es justo que sea compensado con algún interés el que por prestar su dinero, sufre alguna pérdida que se priva de alguna ganancia justa: y de aquí es que se ha introducido la costumbre general de cobrar á razón de 6 por 100; lo que suele decirse á uso de comercio.

16. Puede pactarse pena para el caso en que el deudor no pague al tiempo señalado, l. 1. tit. 1. P. 5. Y para que el mutante pueda exigir la es necesario que sea puesta con solo el objeto de excitar al pago al deudor moroso; que la mora de este sea culpable, y que la pena sea moderada. Si no se pactó pena, lo único que puede exigir el mutante á mas del principal por razón de la mora, es el lucro cesante ó el daño emergente, y en este caso aun cuando la mora sea inculpable.

17. A veces se cubre la usura con el velo de algún otro contrato, y entonces se llama *palizada*, como: 1.º El anticresivo, tit. 13. n. 1.—2.º La usura muestra ó palizada con el contrato de compra y venta, como si buscando Juan dinero prestado le vende Pedro, un caballo en su precio supuesto de 55 pesos, y se lo compra el mismo Pedro inmediatamente en su precio infimo de 45 pesos que se les entrega, para que Juan lo pague los 55 en el plazo convenido. 3.º El contrato trino, así llamado de los tres contratos siguientes de que se compone: 1.º De compañía regular con el peligro común de pérdidas y ganancias, 2.º De aseguración del principal, 3.º De aseguración de la ganancia. Así Pedro y Juan ponen mil pesos en compañía, ó 500 cada uno: luego suponen que se gane un 30% por 100, y así conviene Juan en dar á Pedro solo el 10 por 100 y asegurar ante su principal de 500 pesos: finalmente vuelve Juan á

convenirse en dar à Pedro solo un 8 por 100 y asegurarle esta ganancia: de este modo se encuentra Pedro al fin del negocio con 540 pesos libres de riesgo; lo que en último análisis no se resuelve en otra cosa que en un mutuo, que se ha solapado para contravenir à las leyes.

18. La aseguracion se halla muy distante de la usura, y se define: *un contrato por el cual una de las partes toma à su cargo, mediante cierto precio, el peligro de las cosas que van por mar o tierra, ó que estan espuestas à incendio, &c.* Este contrato parece de los innominados, aunque tal vez puede reducirse al de compra y venta, cuando el precio à mas de ser cierto consistiere en dinero, diciéndose que el asegurador vende la seguridad que puede venderse no ménos que la esperanza. Covar. 3. var. cap. 2. nn. 4. et 5. El precio escijido por el asegurador debe ser proporcionado al mayor ó menor peligro que corre la cosa que asegura. Y el dolo ó mala fe anula este contrato, como todos los demas, ó bien provenga de parte del asegurador que sabia que las cosas habian llegado à su destino, ó bien de la del dueño que en el caso opuesto sabia de cierto que estas habian perecido.

19. El segundo contrato real es el comodato, que se define: *un contrato real por el que se entrega à alguno una cosa que no se consume con el uso à fin de que se sirva de ella gratuitamente hasta cierto tiempo ó para cierto objeto, y la devuelva despues.*

20. Pueden dar y recibir en comodato las mismas personas que pueden dar y recibir mutuo, nn. 9. y 10.—l. 1. tit. 2. P. 5. Mas el menor aunque no pueda dar, puede recibir en mutuo, porque esto mejora su condicion.

21. Entre el comodato y el mutuo hay dos diferencias esenciales: 1^a. Que la materia del comodato es una cosa que no se acostumbra contar, pesar ó medir, como un caballo, un mueble, &c. 2^a. Que el comodatario no se hace dueño de la cosa: al contrario de lo que sucede en el mutuo, en que el mutuatario adquiere el dominio de la cosa cantada, pesada, ó medida, l. d. tit. 1.—§. 2. Inst. quib. mod. re. cont. obl. De aqui es que cuando la cosa usuconsumptible se presta para ostenta y pompa, y no para que se use, habrá comodato y no se transferirá el dominio, porque se recibe la cosa por modo de especie. De estas diferencias naen otras subalternas, como: 1^a. Que concluido el tiempo convenido debe el comodatario entregar la cosa al comodante, aunque no se la pida, l. 9.—2^a. Que si pereciere sin culpa suya por aventura ó caso fortuito, queda libre de pagar cosa alguna espe-

to en los tres casos de la *l. 3.*

22. Cuando el comodato es en utilidad de solo el que recibe, como sucede regularmente, debe este prestar la culpa levisima por la pérdida ó deterioro de la cosa. Cuando la utilidad es así del que da como del que recibe, deben prestar ambos la culpa leve. Y cuando es solo del que da, debe prestar el que recibe la culpa lata, *l. 2.* que pone ejemplos al tenor de lo que hemos dicho, *tit. 10 n. 19.*

23. Los tres casos de la *l. 3.* en que el comodatario responde del caso fortuito son: 1.º Si pereció ó se perdió la cosa por su culpa, dándole otro uso del que se la había concedido, *l. 19. com. v. con.*—2.º Si fue moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de pasado el tiempo señalado, *l. 82. §. 1. de verb. obl.*—3.º Si se conviene con el comodante en pagarlo los daños y perjuicios ocasionados por el caso fortuito, *l. 23. de dis. reg. jur.*

24. Si el comodatario salva todas sus cosas en un incendio, naufragio ó peligro semejante, y perece la cosa prestada, se presume que pereció por su culpa, y debe probar la falta de culpa ó descuido. Si las cosas prestadas eran mas preciosas ó de mas valor que las suyas, debe salvar primero las mas preciosas; porque debe poner en conservarlas cuidado ménos el cuidado que en las propias, de las cuales habria salvado lo mejor; y si no lo hace así, está obligado à pagarlas. En caso que las cosas comodadas y las propias sean igualmente preciosas, debe preferir las comodadas; porque debe conservarlas con una diligencia escactisima, y es responsable à la culpa levisima. Por esta razon el comodante no está obligado à compensar al comodatario el valor de las cosas de este que no pudo salvar. Si las cosas del comodatario son mas preciosas, puede salvarlas primero; y es cuestionable si quedó obligado à pagar al comodante el valor de las cosas mas viles de este que perecieron. Si despues de haberse salvado las cosas comodadas hay que hacer gastos para reparar la lesion ó deterioro que han sufrido, debe pagarlos el comodante.

25. En caso de que el comodato sea para utilidad de solo el comodante ó de ambos, esta doctrina varia. El comodatario debe salvar las cosas mas preciosas del comodante, pero ecsije de este el valor de sus cosas que perecieron. Si las cosas de ambos eran igualmente preciosas, puede preferir las suyas sin quedar responsable a nada. Esta doctrina del peligro y caso fortuito tiene lugar en el conductor, depositario y demas que tienen cosas ajenas segun la culpa lata ó leve ó levisima à que estén obligados, siempre que no haya pacto en contrario. Vease à Molina, *de just. et jur. disp.* 295.

26. Si el comodatario remite la cosa al comodante con la persona designada por este, queda libre de toda responsabilidad, aunque se pierda la cosa. Si el comodante despacha un nuncio para intimarle que mande la cosa, sin decir que se la entregue á éste, y el comodatario se la entrega, debe pagarla si el nuncio ve la roba. Si el comodatario remite la cosa con persona de notoria probidad y cuya fidelidad le consta, queda libre de responsabilidad; pero debe pagarla, si no tiene estas cualidades y la defrauda, *l. 4. tit. 2. P. 5*

27. El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si lo tiene y no lo manifestare sabiendolo, debe pagar al comodatario todo el daño que por está razon le viniere, *l. 6.—l. 17. § 3. l. 18. §. com. v. cont.* como el que presta una cuba rota ó inficionada, de suerte que se pierda lo que se ponga en ella. El locador paga este daño, aunque ignorase el vicio de la cuba, *tit. 19. n. 5.*

28. Con respecto al comodatario es necesario considerar: 1.º Que debe restituir la cosa al comodante luego que pase el tiempo ó usa para que la recibió. Si fuere bestia, debe darle de comer de lo suyo, y gastar lo demás necesario mientras se sirviere de ella. Pero si enfermase sin culpa suya, pagará el dueño lo que costare su curacion, *l. 7.—d. l. 18. §. 2.—2.º* Que no puede retener la cosa á título de deuda que le debiere el comodante, salvo si está fuere contrahida por beneficio y razon de la misma cosa, y despues que se la prestó, y no antes, en cuyo solo caso la podrá retener, siendo las expensas que hubiese hecho de aquellas que puede pedir en derecho, *l. ult. d. tit. 2* esto es las necesarias. 3.º Que si por no entregar la cosa mueve pleito al comodante, y entretanto se dá sentencia la retiene, sin que sea por expensas extraordinarias en conservarla, se le obliga á que á mas de entregar la cosa pague el valor de ella, *l. 12. tit. 10. P. 7.—4.º* Que si perdió la cosa, y habiendola pagado la hallare el comodante, tendrá este la eleccion de retener la cosa y tornar el precio, ó conservar el precio y entregar la cosa al comodatario; pero si el que la halló fuere un tercero, se la podrá demandar el comodatario puesto que la pagó, *l. 8. tit. 2. P. 5.—5.º* Que si una cosa es comodada á muchos á un tiempo, cada uno es responsable de la parte que le toca y no del todo; á no ser que se haya pactado que cada uno se obligue *in solidum*, *l. 5. d. tit. 2.—6.º* Que si durante el comodato muriese el comodatario, dejando varios herederos, deberá restituir la cosa el que la tuviere en su poder. Y si habiéndose perdido, quedare en ello obligacion, deberá pagarse por todos, *d. l. 5.*

29. El tercer contrato real es el depósito, que las leyes de *Partida* llaman *condessijo* del verbo antiguo *condesar*, que significa poner en custodia ó guarda, y se define: un contrato real por el que confía uno a otro la custodia de una cosa bajo condición de que se la volverá en el instante que se la pida. Es de tres maneras, sencillo ó ordinario, miserable ó necesario, y secuestro. El 1.º es el que se hace regularmente entre amigos, sin un accidente extraordinario que lo motive. El 2.º es el que se hace por causa de tumulto, incendio, ruina, naufragio ú otro accidente impertinente, á fin de libertar las cosas del peligro. El 3.º es el que se hace de una cosa litigiosa hasta que la contienda sea librada en juicio, l. 1. tit. 3. P. 5—l. 1. in pr. et 5. 8. de pos. vel cont. del que trataremos en los juicios.

30. Aunque se pueden dar en depósito todas las cosas de cualquier manera que sean, está mas en uso dar las muebles. Este contrato es gratuito por su naturaleza, pues si se recibe precio, degeneraría en locacion, esto es, alquiler ó arriendo, ó en contrato innominado; bien que impropriamente se suele tambien llamar depósito la guarda que se hace por paga, l. 2. d. tit. 3.

31. Ni el dominio ni el uso de la cosa depositada se transfiere al que la recibe, á no ser que siendo de las cosas que se suelen contar, pesar ó medir, se diese por cuenta, peso ó medida, d. l. 2. l. 24. l. 25. 5. 1. eod. en cuyo caso el depósito se convierte en mutuo, llamándose por eso *irregular*.

32. Cuando la moneda ú otra cosa usuconsumptible se deposita dando facultad al depositario para que use de ella, pasa á ser mutuo; pero como es un mutuo mezclado con depósito, porque el deponente puede pedir la cosa en el momento que quiera, cuando en el puro mutuo debe esperar por lo ménos diez dias: disputan los autores y estan divididos sobre si compete al depositario dentro de los dos años la accion del *dinero no-contado*, n. 2. Molina de *just. et sur. disp.* 523. nn. 2 y 3. está por la negativa. Cuando la cosa usuconsumptible se deposita cerrada por modo de cantidad ó especie, no se transfiere el dominio al depositario, quien solamente debe pagarla si perece por su dolo ó culpa lata.

33. Cualquiera que tenga las cosas en su poder, puede darlas en depósito á todo hombre, sea laico, clérigo ó religioso. Si la cosa fuese depositada en una iglesia ó monasterio con otorgamiento y mandato del prelado y cabildo, estan obligados á volverla de la misma manera que la hubiese recibido cualquier hombre: lo mismo seria si estuviesen delante el pre-

tado ó cabildo y callasen y no lo contradijesen. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de los de la Iglesia ó cabildo, no sabiéndolo los otros, solo aquel estara obligado, salvo si la cosa fuese dada ó espendida en utilidad de la Iglesia, porque entonces estarán todos obligados, *l. 7. d. tit. 3.*

34. El depositario presta la culpa lata y dolo, porque toda la utilidad es del que deposita, *l. 3. d. tit. 3. P. 5.* que pone tres excepciones: 1a. Cuando el depositario se sujeta por pacto á la leve ó levisima. 2a. Cuando el depositario señaló el depósito. 3a. Cuando el depositario recibe paga, bien que en este último caso, hablando propiamente no es depósito. En cuanto á la 2a. excepcion, dicen unos que se sujeta á la levisima, y otros que no; Murillo Velarde, *de Deposito*, n. 138. es de los últimos.

35. No estando el depositario obligado á prestar la culpa leve, lo está mucho ménos á la levisima y al caso fortuito, *l. 4. d. tit. 3.* que tambien pone cuatro excepciones: 1a. Pacto. 2a. Mora. 3a. Culpa, que hemos explicado en el n. 19. y 4a. Cuando el depósito fué hecho principalmente por utilidad del que lo recibe. Parece que en este caso solo deberia estar á la culpa levisima, como el comodatario n. 18. y no al caso fortuito; pero la ley así esta escrita.

36. El depositario debe: 1.º Abstenerse de hacer uso de la cosa sin consentimiento del dueño, porque de lo contrario comete hurto. 2.º Restituirla con sus frutos y rentas en cualquier tiempo que se le pida, sin poderla retener por razon de compensacion ó deuda, ni aun de las expensas hechas en ella, porque deberá pedir separadamente lo que se le adeudare *ll. 5. y ult. d. tit. 3.—l. 10. §. 24. depos. v. cont.* excepto en los cuatro casos de la *l. 6.—1.º* Si siendo un arma la pide el dueño estando loco ó en acceso de colera. 2.º Si el dueño es desterrado y se le confiscan todos los bienes. 3.º Si concurren á pedir la cosa un ladrón que la depositó, y otro que dice ser suya. 4.º Si el depositario conoce que la cosa es suya, habiendole sido robada.

37. Si el depositario recibe una arca cerrada con llave ú otra cerradura semejante, y la entrega abierta, debe ser condenado al pago de todo lo que el deponente dijere que le falta bajo juramento; porque esta es la pena del que comete dolo, Murillo Velarde, *de Deposito*, n. 138. Si negare el depósito y le fuere probado en juicio, se hace infame, y debe ser condenado á volver la cosa ó su estimacion con las costas y menoscabos y perjuicios que hubiese tenido el deponente por esta razon, segun el juramento de esta, tasado por el juez; pero no deberá pagarle los daños por lo que dejó

de ganar, l. 8. d. tit. 8. Si el depósito fuese miserable, debe pagar el que negó y le fué probado, la estimacion doblada por la gran maldad de la negacion en los depósitos de esta clase, d. l. 8.—l. 18. depon. v. cont.

38. Por cedula de 17 de agosto de 1781 se manda, que todos los depósitos se impongan sobre las rentas de tabaco ó de alcabala, a razon de 4 por ciento al año, de cuenta de la Real Hacienda. Y por otra de 24 de agosto de 1799 se manda extinguir el oficio de Depositario jeneral de todas las ciudades y villas de las indias.

NOTAS:

(1) Se llama clausula *guarentija* la que contienen las escrituras en los términos siguientes: *Y confiere amplio poder á los Señores Jueces del Estado que deben conocer de este negocio conforme á derecho para que lo apremien á su cumplimiento como por senteneia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida.*

(2) Si la cosa *usuconsumptible* está á ménos precio á tiempo de hacerse el mutuo, y se sabe de cierto que valdrá mas en el tiempo de la entrega, no habiendo el mutante determinado guardarla para este tiempo, si recibe la misma cantidad que dió, comete *usure*; pero si determinó guardarla para este tiempo, ó era contingente el aumento ó disminucion del precio, puede recibir la misma cantidad que mutuo, y el mutuario está obligado á entregarla en el tiempo pactado.

TITULO XX.

DE LAS DONACIONES.

Tit. 4. P. 5. y tit. 10. lib. 5. R.—Tit. 7. lib. 2. Inst.

1. De la donacion y su division.—2. Quienes pueden ó no donar.—3. De lo que puede donar el hijo.—4. De la donacion pura, bajo condicion y á día cierto.—5. De la tasa y de la insinuacion.—6. De la donacion de todos los bienes.—7. De la donacion de aquel á quien sobreviene un hijo legítimo.—8. De la donacion en fraude para no pechar.—9. De la donacion entre vivos revocable por ingratitud.—10. De las gracias Enriquenas.—11. De la donacion por causa de muerte.—12. Es revocable de tres maneras.—13. Es parecida al legado.

1. Las Partidas tratan ahora de la donacion, que es un contrato por el cual renunciarnos voluntaria y gratuitamente nuestros derechos sobre una cosa que nos pertenece para transferirlos á otra persona que acepta el beneficio. Se divide en dos especies, la una llamada entre vivos, y la otra por causa de muerte: la 1.^a es la que se hace sin tener en consideracion el caso de muerte, y la 2.^a la que se hace por via de manda, en razon de tener sospecha de la proximidad de la muerte, *l. 7. tit. 10. lib. 5. R.* Empezaremos á tratar de la primera.—*Princ. Inst. de donat.*

2. Pueden donar todos los que pueden disponer libremente de sus cosas, *l. 1. tit. 4. P. 5.* No pueden donar: 1.^o El menor de 25 años. 2.^o El loco, pródigo, &c. 3.^o El reo de lesa magestad y el que trabaja en matar ó herir á los que el rey hubiese escogido señaladamente por sus consejeros escogidos honrados. 4.^o Los herejes condenados por la Iglesia; *l. 2.* que añade, que los anteriores no pueden donar desde el dia que se movieron á hacer ó aconsejar el yerro; pero que los acusados de otro yerro aunque merezcan muerte ó destierro perpetuo pueden donar hasta el dia de la sentencia. 5.^o Por esta *l. 2.* no pueden donar los sentenciados á muerte ó destierro perpetuo; pero la juzgamos corregida en esta parte por la *l. 5. tit. 4. lib. 5. R.* que les permite testar.

3. Los hijos que estan en poder de sus padres, pueden hacer donacion de sus bienes castrenses ó cuasi castrenses sin otorgamiento del padre. Tambien podran dar de los pro-

fecticios alguna cosa á su madre ó hermana ó sobrina ó alguno de los otros parientes para casamiento ó para otra cosa, que entendiessen les era gran menester, y fuere cosa justa y derecha. Y lo mismo seria si diessen á su maestro: mas de otra manera no pueden dar. *l. 3. d. tit. 4.* Lo mismo y con mas razon se podrá decir, aunque nada diga esta ley de los adventicios. De las donaciones de los padres á los hijos, vease lo que dijimos hablando de las mejoras de tercio y quinto en el *tit. 6.*

4. Las donaciones se pueden hacer puramente, bajo condicion y a dia cierto, *ll. 4. y 7. d. tit. 4.* como todas las obligaciones, segun dijimos en el *tit. 16. n. 12.* donde esplicamos estos tres modos de contraerse y los varios efectos que producen, y que se acomodan en todo á las donaciones. Tambien se pueden hacer asi entre presentes como entre ausentes, por carta ó mensajero; y hecha la donacion por palabras ó por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado á cumplir el que la hace *§. 2. Inst. de donat.* pero no se le puede pedir mas de lo que pueda hacer, porque le compete el beneficio de *competencia. l. 4. tit. 4.* si se hiciere hasta cierto tiempo, valdrá hasta que este viniere; y venido ganarian la posesion y el señorío de la cosa dada el donador ó sus herederos. *l. 7.* Si en la donacion se impuso algun cargo al que recibe, y lo cumpliere, quedara válida en todo; pero si no lo cumpliere, puede ser apremiado á que lo cumpla ó desampare la donacion, porque la puede revocar el donador, *l. 6.* que añade que estas donaciones se llaman en latin *sub modo.*

5. Como el bien público se interesa en que ninguno consuma su patrimonio en profusiones, ha puesto la *l. 9.* la tasa de quinientos maravedis de oro (1) á las donaciones, mandando que no valgan en quanto excediesen de esta cantidad, si no es con insinuacion, que consiste en que el juez la apruebe ó interponga su autoridad. Pero la misma ley pone varias donaciones que no necesitan insinuacion: 1a. La que hace el Rey ó se hace á él, *l. 34 C. de donat.*—2a. La que se hace para redimir cautivos, ó para rehacer alguna iglesia ó casa derribada. *l. pen. in pr. et §§. 1. et 2. eod.*—3a. La donacion por dote ó por razon de casamiento, *Nov. 127. §. 2.*—4a. La que se hace á alguna iglesia, lugar religioso ó hospital.

6. La donacion de todos los bienes es nula, aunque sea de solo los bienes presentes, *l. 8. tit. 10. lib. 5. R.* Si el que la hizo se reservó alguna cosa notable como el usufructo con que pueda mantenerse durante su vida, es válida; Gomez, en pu

d. l. 8 y en este sentido debe entenderse la 8. tit. 4. P. 5.

7. Esta l. 8 dice, que si alguno que no tiene hijos ni esperanza de tenerlos, diese a otro todo lo suyo ó gran parte de ello, y despues tuviese hijo ó hija de mujer legitima, con quien casase despues, es revocada por ende la donacion, y no debe valer en ninguna manera; sobre que se debe notar: 1.º Que como esta ley no espresa cantidad cuando dice *gran partida*, piezra Lopez *glosa* 5. que se debe definir esto por el arbitrio del juez, como se hace en casos semejantes; siendo lo mas probable que se anula la donacion en cuanto exceda del quinto; Molina, *de just. et jur. disp.* 252. n. 5.—2.º Que por las palabras *es revocada*, se ve que la donacion queda rescindida por el mismo derecho, *glosa* 10.—3.º Que por identidad de razon será lo mismo si los hijos que sobreviniesen fuesen en la misma mujer que era suya á tiempo de la donacion, con tal que aparezca que el donador no pensó en ellos, *glosa* 8.—4.º Que aunque muera el hijo legitimo que sobrevino, la donacion queda siempre anulada; Molina, n. 8.—5.º Que el donatario debe restituir la cosa donada con los frutos percibidos desde el dia en que fue nacido y bautizado el hijo.

8. Tambien es nula la donacion que se hace en fraude para no pechar, como la de un padre a su hijo clérigo, l. 11. tit. 10. lib. 5. R. y en el dia, de todos los bienes raices y derechos reales que adquieran las Manos Muertas por cualquier titulo lucrativo ú oneroso, por testamento ó cualquier última voluntad: ó acto entre vivos, han de pagar un quince por ciento con el preciso é invariable destino de extinguir los reales, segun el decreto *cit. tit.* 14. n. 22.

9. La donacion entre vivos es irrevocable, l. 7. tit. 10. lib. 5. R. excepto en el caso de grande ingratitud del donatario, como: 1.º Si el donatario hace gran deshonra de palabras al donador ó le acusa de tal delito que probándosele caeria en pena de muerte, de algun miembro, de infamia ó de la mayor parte de sus bienes. 2.º Si pusiese manos airadas contra él. 3.º Si hiciese gran daño en sus cosas. 4.º Si de alguna manera tratase de su muerte, l. *ult.* C. de *revoc. donat.* Mas es necesario que la ingratitud se pruebe para que la donacion se revoque por estas razones, que solo se pueden proponer por el donador ó agraviado y no por sus herederos, l. 10. tit. 4. P. 5. los cuales no podrán otra cosa que continuar la accion intentada por el donador. Y declarada la revocacion por el juez, debe devolver el donatario la cosa donada con los frutos percibidos desde el dia en que se le citó para el pleito.

10. El tit. 10. del lib. 5. R. contiene muchas leyes so-

bre las grandes donaciones que han hecho los reyes acosados de las urgencias de la monarquía y por importunaciones y sugestiones, principalmente sobre las de Enrique 4.º llamadas las gracias *Enriqueñas*.

11. Tratemos ahora de la donación por causa de muerte, n. 1. Si en la donación no se hizo mención de la muerte, será entre vivos, aunque se haga por un moribundo. La donación por causa de muerte es revocable, y esta facultad es tan esencial á esta donación y demás actos de última voluntad, que si el donador se obliga á no revocar la donación en que se hizo mención de muerte, pasa á ser donación entre vivos; y en este caso si pasa de quinientos maravedís de oro debe insinuarse, y si es de todos los bienes es nula. Pero la donación por causa de muerte puede ser de todos los bienes y no necesita insinuación.

12. La donación por causa de muerte se puede revocar de tres modos: 1.º Si el donatario muere antes que el donador. 2.º Si este salió de la enfermedad ú otro peligro, por cuya razón la hizo. 3.º Si el mismo se arrepiente de haberla hecho, §. 1. *Insl. de donat.—l. ult. d. tit. 4. P. 5.* que añade debe hacerse delante de cinco testigos; pero la creemos corregida en esta parte por *d. l. 1. tit. 4. lib. 5. R.* que sólo requiere tres testigos, para los testamentos nuncupativos, ú otra *postrimera voluntad*, cuyas palabras no tienen otra cosa á que referirse sino á estas donaciones; y porque sería incongruente exigir mayor solemnidad para estas donaciones que para los testamentos, *l. 15. de mort. cau. donat. Covar. in rubr. de testam. part. 3. n. 32.* Matienzo en las *ll. 1. tit. 4. lib. 5. R. y 7. tit. 4. lib. 10.*

13. Según la *l. 7. tit. 10. lib. 5.* esta donación se hace por manda, que significa legado ó fideicomiso, *tit. 6. n. 13.* pero esto no quiere decir que esta donación sea legado sino parecida á él, como en efecto se le parece en ser revocable, en estar sujeta á la cuarta falcidia, *l. 1. tit. 11. P. 6.—l. 42. §. 1. de mort. cau. donat. y en otras cosas.*

NOTA.

(1) En América es necesaria la insinuación siempre que la donación pase de mil pesos.

TITULO XXI.

DE LOS CUASI CONTRATOS

Tit. 28. lib. 3. Inst.

1. *Del cuasi contrato y sus fundamentos.*—2. *Hay cinco cuasi contratos.*—3. *El 1.º la administracion de bienes ajenos.*—4. *Varios modos de este cuasi contrato.*—5. *Deberes del dueño y del administrador.*—6 y 7. *De las expensas.*—8. *Del administrador que hace lo que no usaba hacer el dueño*—9. *Del administrador cuando los negocios son conexos*—10. *Del que administra habiendosele prohibido*—11. *De la culpa que presta el administrador*—12. 13 y 14. *Del administrador de pura compasion.*—15. *Cuando se ha de presumir o no que los gastos se hicieron con ánimo de repetir.*—16. *El 2.º cuasi contrato la tutela ó curaduría.*—17. *El 3.º La comunión de bienes.*—18. *El 4.º la adición de la herencia*—19. *El 5.º la paga de lo que no se debe.*—20. y 21. *Casos en que no se puede repetir por lo pagado*—22. *De los frutos de la cosa pagada.*—23. *Del pago de una cosa por otra.*—24. *Del menestral que se cree obligado á hacer obras para otro.*—25. *Del que paga bajo condicion.*—26. 27 y 28. *De lo que se paga mediando causa inope.*—29. *De lo que se da al juez.*—30. *De lo que uno da á otro para no ser descubierto.*

1. Es preciso digamos algo de las obligaciones, que nacen de unos hechos honestos tan semejantes en sus efectos á los contratos, que el derecho finje ó hace presumir que lo son, por lo que se llaman *cuasi contratos*, que suceden cuando hay verdadero consentimiento de una parte y presunto ó fingido de la otra, y se definen: *un hecho honesto que produce obligaciones aun de parte del que lo ignora, porque la equidad ó la utilidad que le resulta hace presumir su consentimiento.* Los principales fundamentos del consentimiento presunto son: 1.º Se presume que cada cual consiente en aquello que le trae utilidad. 2.º No se presume que nadie quiera hacerse mas rico con perjuicio de otro. 3.º El que quiere lo que antecede no debe dejar de querer lo que se sigue; II *Inst. Element del derecho civil Romano*, §. 967.

2. Hay cinco cuasi contratos, que son: 1.º La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño. 2.º La

administracion de la tutela ó curaduria. 3.º La administracion de una cosa comun. 4.º La adiccion ó admision de la herencia. 5.º La paga de lo que no se debe.

3. La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño, que los Romanos llamaban *negotiorum gestio*, es: un cuasi contrato por el que uno toma á su cargo voluntaria y gratuitamente el desempeño estrajudicial de los negocios ó de la administracion de los bienes de otro que lo ignora ó por haberse ausentado dejándoles en abandono ó por hallarse en demencia ó por otra razon, l. 26. tit. 12. P. 5.

4. Este cuasi contrato tiene lugar de varios modos: 1.º Si alguno administra los bienes de otro, que encontró en abandono: 2.º Si hace el negocio de Pedro creyendo que era de Juan, en cuyo caso resulta cuasi contrato con Pedro: 3.º Si hizo un negocio creyendo que era mandado sin serlo: 4.º Si pagó una deuda ajena líquida y cierta sin mandato: 5.º Si recibió lo que se pagaba á otro.

5. El dueño de los bienes está obligado á pagar al administrador lo que hubiere espendido en su utilidad y mejoras, como si lo hubiese hecho por su mandato: y el administrador está obligado á dar al dueño la cuenta de lo que haya percibido con deducion de las expensas, §. 1. *Inst. de obl. qua. quas. ex cont. mans.* El guardador de huérfanos y el procurador de algun comun ó particular tambien están obligados á esto, pudiendo el administrador de los bienes desamparados repetir por los gastos sea contra el guardador y procurador que se ausentan ó sea contra el huérfano y comun inmediatamente, l. 27. d. tit. 12 Y la accion mutua del dueño contra el administrador, y de este contra el dueño es personal, que pasa á los herederos.

6. Las expensas que se han de abonar son las necesarias y las útiles, y no solo las que lo son cuando se comienza y despues, sino tambien las que parecieron serlo en su principio y se vio despues que no lo fueron, con tal que se hayan hecho de buena fe. Si el huérfano fuese menor de 14 años nunca deberá pagar él las que parecieron y no fueron útiles, sino el guardador, ó no ser que fuesen necesarias. Y nótese que en las expensas necesarias entra tambien el trabajo personal y la industria del administrador.

7. Esta doctrina de expensas tiene lugar cuando el administrador entró de buena fe á cuidar las cosas del ausente; pero si pudiese saberse en verdad que alguno se metió en ello de mala fe, y no aparece que aliñó ni mejoró cosa alguna de donde puede sacar las expensas que hizo, las debe perder sin que pueda cobrarlas del dueño: y es

muy digno de notarse lo que añade la ley: "sino es que hiciere tanta ganancia, que bastara para pagarlas, y quedar parte de ella al dueño." Y si en las cosas hubiese algun daño ó menoscabo, lo deberis todo al dueño, *l. 29 d. tit. 12.*

8. No debe el administrador 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, le pertenece todo, y no al dueño, aunque aconteciere por ocasion ó caso fortuito. Y si hubiere ganancia será toda del dueño con la obligacion de pagar al administrador las espensas que en ello hubiese hecho, *l. 33.*

9. Si en ausencia del dueño quedan muchas cosas ó muchos negocios, el administrador puede encargarse de la administracion de una cosa y de un negocio dejando los otros; porque le es voluntario encargarse de lo que quiera; y en esto se diferencia del que por oficio ó pacto se encarga de negocios ajenos. Pero debe continuar ó concluir el negocio de que se encargó y empezó; y es responsable de los daños ó perjuicios, si lo desampara ó maneja mal; porque habiendolo empezado se perfeccionó el cuasi contrato, y equivale á un mandato aceptado. Del mismo modo en caso de que los negocios sean conexos ó que tengan dependencia los unos de los otros, si se hizo cargo del uno, está obligado á cuidar de los otros conexos. Aunque no sean conexos, si alguna persona quiso hacerse cargo de todos, y porque no quiso dejar el uno, quedaron desamparados los otros, está obligado á cuidar de todos, y es responsable.

10. Si el dueño prohibió á alguno que tome parte en sus negocios, y este se entromete á manejarlos, pierde su trabajo y las espensas que hizo en el manejo de los bienes, aunque hayan estado desamparados. Esceptuase el caso en que haya procedido solo con el fin de evitar un daño de muerte ó mutilacion ó enfermedad grave del dueño ó por el bien público; pues entonces podrá cobrar su trabajo y espensas, aunque se le haya prohibido meterse.

11. En cuanto á culpas dice la *l. 30. d. tit. 12* que el administrador debe prestar el engaño y la culpa, y Lopez, glosa 1. entiende por culpa la leve, y añade que esta es la que regularmente presta el administrador, y en efecto así lo espresa la *l. 34.* La misma *l. 30.* exceptua el caso en que alguno entrare á cuidar de las cosas de un ausente, porque las halló tan desamparadas, que ningun hombre del mundo pensaba meterse en ello, y por desviar el daño al dueño de ellas: en cuyo caso dice, que no debía pechar lo que por su

culpa se perdiese, sino solamente lo que hubiese sucedido por su engaño, l. 9. §. 9. *de negot. gest.* á lo que añade el mismo Lopez, *glosa* 8. ó por su culpa lata, que siempre va unida con el engaño en las prestaciones de los contratos por lo que se le asemeja. Al contrario, si alguno se metiese á administrar los negocios del ausente en lugar de otro que quisiese hacerlo con mucho cuidado por amistad ó parentesco, debería cuidar las cosas en la manera que quería el otro; de guisa que por su culpa, ni por su engaño, ni por su negligencia se pierda ni se menoscabe ninguna de ellas. Y si contra esto hiciere, tenudo sería de pechar cuanto se perdiese ó se menoscabase por cualquier de estas tres maneras, l. 84. Por lo que se ve claramente que el administrador se halla sujeto en este caso aun á la culpa levisima, pues aunque por negligencia se entiende regularmente la culpa leve, esta ley la toma aquí por la levisima, á la cual sujetan tambien las glosas romanas al administrador en igual caso. Por lo que respecta al caso fortuito el administrador solo está obligado á el cuando haya sucedido por culpa suya ó por mera culpable, ó cuando se le haya prohibido meterse en el negocio ajeno, y advertido de que quedaria sujeto al caso fortuito, ó cuando haya hecho lo que no acostumbraba hacer el dueño.

12. Sobre el administrador de pura compasion dice la l. 35. que si alguno por piedad se mueve á recibir en su casa á algun huérfano desamparado, gastando de lo suyo en cuidar de sus cosas, mientras que lo tiene en su casa, y acabe despues que este quiere cobrar de los bienes del mozo lo que se gastó, no lo puede hacer; pues habiéndose movido á criar al mozo por piedad y misericordia, se entiende que lo hizo por Dios; y por esta razon nada debe darle el mozo por el bien que le hizo, ni por lo que gastó en criarle sus cosas; pero sí deberá haerle honra y bien, y tenerle reverencia toda su vida. La l. 35. *tit.* 14. *P.* 5. excepta el caso en que la crianza fuese de mujer, y quisiese despues el que la recogió casarse con ella, ó que se casase con alguno de sus hijos; y ella ó su padre lo contradijesen: entonces deberá el que embarazó el casamiento pagarle los gastos de su crianza.

13. Si la madre ó abuela tuvieren los hijos ó nietos en su casa despues de la muerte de su padre; y al mismo tiempo los bienes de ellos en su poder, dándoles de comer, beber, vestir y calzar, y demas cosas que hubiesen menester, y los bienes de los dichos bastaren para soportar estos gastos, los podrán recibir de estos bienes. Mas si no los hubieren los

mozos, no pueden recobrarlos, y se entiende que se movieron naturalmente á mantenerlos. Pero si siendo los mozos tan ricos, que tuviesen de que vivir de lo suyo, y los bienes de ellos no estuviesen en poder de la madre ni de la abuela, y teniendo ellas en su poder algunos mozos, les diesen lo que fuese menester, protestando que querian recobrar de los bienes de los tales mozos lo que gastaban en ellos, bien podrian recobrarlo; pero no tendran desecho de cobrarlo si no lo protestaron, *l. 36. d. tit. 12.*

14. El padrastro que teniendo en su casa á su entemallo, le diese de comer y beber y las otras cosas que fueren menester, protestando que queria cobrar las espensas, que en ella hacia, las podra cobrar de los bienes del mozo, si los tuviere. Pero si este fuere ya tan grande que se sirviese de él, no podrá cobrar las que hizo en gobernarlo, aunque lo protestase, por ser justo que este servicio del mozo le sirva de descuento de las espensas que hizo en razon de su persona: mas si podrá recobrar las que hubiese hecho en recobrar las cosas del mozo que fueron en utilidad de él, *l. 11. d. tit. 12.* la que añade que lo que acabamos de decir del padrastro, se entiende tambien de todos los otros hombres que gobiernan y cuidan los mozos estranos, y recaudan sus cosas.

15. Lopez, en la glosa 6. de *d. l. 36.* sobre las espensas de que hemos hablado en el n. 15. dice, que tambien podran la madre ó abuela recobrar aquellas espensas aunque no hubiesen protestado, si constase que las hacen con ánimo de repetir. Y por lo demas añadimos: que siempre que se presume que uno hizo gastos á beneficio de otro por pura liberalidad ó caridad, no puede retractarse despues, y hacer uso de la accion *negotiorum gestorum*: que hay esta presuncion respecto del amo que costea la curacion de un criado pobre, especialmente si el amo era de comodidad y de un caracter piadoso ó liberal: que en los casos anteriores se presume el procedimiento ó ánimo liberal ó caritativo respecto de los alimentos; pero si los gastos no eran necesarios, no se presume el ánimo liberal ó caritativo cuando se duda y no consta lo contrario: que en caso de duda, es una prueba de que se tuvo ánimo de cobrar el haber llevado apunte de los gastos: finalmente, que si para cobrarlos no se puede dar prueba de su valor, se hade estar al juramento del que los hizo; Molina, *de just. et jur. disp.* 554.

16. El 2.º Cuasi contrato es la administracion de la tutela ó curaduria. Esta administracion no es un contrato entre el tutor y el menor, pero con todo produce en ellos una obligacion mutua; porque el guardador está obligado á dar cura-

tas al menor y prestarle la culpa leve, mientras el pupilo se obliga por su parte á pagarle lo que por razon de su oficio haya espendido en beneficio suyo, de lo que hemos tratado en el *lib. 1. tit. 7.*

17. El 3.º Cuasi contrato es la comunión de bienes, que no proviene del contrato de compañía, sino de otra causa, como la de que muchos sesa dueños de una cosa, en lo que hay que notar que en virtud del quasi contrato: 1.º Cualquiera de los comuneros está obligado á consentir que se parta la cosa comun, si el otro lo pide, *l. 2. tit. 15. P. 6.—l. 1. C. com. divid.* lo que se ha establecido justamente para evitar las discordias que nacen de la comunión, *l. 77. §. 20. de legat. II.* y para que teniendo cada uno lo suyo cuide mejor de ello, *l. 1. d. tit. 15.—2.º* El administrador de la cosa está obligado á dar cuentas de todos los provechos y cargos, *l. 9. com. divid.—3.º* Cuando la cosa comun no puede dirigirse sin que se destruya ó menoscabe, se debe adjudicar á uno de los comuneros, por ejemplo, al mayor licitante con la obligacion de pagar á los otros sus partes respectivas: 4.º Cuando hay instrumentos comunes se han de entregar en depósito al que tuviere mayor parte con obligacion de dar copias á los demas y mostrarles el orijinal cuando fuere menester, ó bien al mas anciano y honrado si las partes fueren iguales, ó bien al que lo toque por suerte si no hay diferencia entre los comuneros, ó bien se depositan en alguna iglesia hasta que estos se convengan.

18. El 4.º quasi contrato es la adición ó admision de la herencia. Por ella se obliga el heredero á pagar las mandas, esto es, los legados y fideicomisos del testador, *l. 3. tit. 9. P. 6.—l. 5. Inst. de obl. quæ quos. ex cont. nacs.* Esta obligacion no puede nacer de contrato; porque nó lo hubo entre los legatarios y el heredero á quien este muchas veces jamas ha conocido ni visto. Y debemos advertir que esta obligacion del heredero ácia los legatarios, no debe confundirse con la otra que tiene de satisfacer á los acreedores que ya lo eran del difunto; porque aunque á esta da tambien entrada la adición de la herencia, no nace de 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 eran ya carga de la herencia antes de ser adida, á diferencia de los otros que se llaman testamentarios, por ser su raiz el testamento.

19. El 5.º y último quasi contrato es 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,

l. 28. tit. 14. P. 5.—§. cod Y si hecha la demanda por el que pagó, confesase el otro que era cierta la paga, diciendo no haber habido yerro, el que hizo la paga deberá probar que lo hubo. Pero si el demandado negare habersele pagado, bastará al que pide probar solamente que pagó; pues aunque no probase que fué por yerro, se le deberá tornar lo que pagó; sino es que quisiese el demandado probar luego que la paga se hizo por ser deuda verdadera; *l. 29. d. tit. 14.* la que exceptua al menor de 25 años, mujer, labrador sencillo, soldado que vive con caballo y armas en servicio del rey ó de la tierra, á quienes esciuse de la obligacion de probar que fué con yerro la paga que hicieron, cargando con la de probar lo contrario al que recibió, aunque otorgase el recibo; *l. 25. de probat.* Y entiéndase que se habla del yerro de derecho, no del de hecho.

20. El que pagare dudando si debía ó no, podrá recobrar lo que pagó, si probase que no lo debía, *l. 30. d. tit. 14.—l. ult. C. conct. indeb.* Pero si pagó sabiendo que no debía, no podrá recobrarlo; porque se juzga que lo hizo con intencion de darlo, *d. l. 30.—l. 1. de cond. indeb. l. 53. de div. reg. jur.* salvo si fuese menor de 25 años, que por razon de la menor edad podria repetirlo, *d. l. 30.*

21. Tampoco puede repetir: 1.º El heredero que pagó de su voluntad las mandas dejadas en un testamento imperfecto, *l. 31. d. tit. 14.* que exceptua como *d. l. 29.* al menor de 25 años, á la mujer, al labrador sencillo y al soldado, porque á estos no deña la ignorancia del derecho: 2.º El que en juicio fué absuelto sin razon de hacer cierta paga que verdaderamente debía, y la pagó, *l. 33. d. tit. 14. P. 5.—l. 60 de cond. indeb.—3.º* El que da por titulo de dote ó arras á una mujer, creyéndose obligado á darlo sin que lo estuviese; porque este donadio es por causa de piedad, *l. 35. d. tit. 14.—l. 32. §. 2. cod—4.º* El que paga por transacion, *l. 34.—l. 65. §. 1. cod.*

22. Si la cosa que pagó alguno sin deberla era fructifera, el que la recibió debe restituirla con sus frutos. Y si cuando se le entregó y despues, tuviese buena fé, creyendo que se le debía y la vendiese, deberá pagar el precio en que la vendió; mas nada deberá pagar si la perdió sin culpa. Al contrario, si tuviese mala fé cuando recibió la paga ó despues, sabiendo que no se le debía, deberá pechar el precio de al cosa al que pagó, tanto en el caso que la perdiere como en el que la vendiese; *l. 37. en cuya glosa 1. dice Lopez,* que en cuanto á frutos debe restituir tambien los consumidos si con ellos se hizo mas rico; pero no es asi, pos-

que el poseedor de buena fe debe restituir la cosa con los frutos estantes, y de los consumidos solo aquellos en que se hizo mas rico; mientras el de mala fe debe restituirla con todos los frutos estantes, los consumidos y los que pudo haber percibido el dueño, aunque el tal poseedor no se haya hecho mas rico, aunque no se haya aprovechado de ellos; bien que puede descontar las espensas necesarias y útiles, conforme á la *l. 29. cit. en el n. 7.*

23. Si debiendo de dos cosas señaladas la una, como un caballo ó un mulo y creyendo alguno que debia ambos, los pagare, podrá repetir el que quisiere; pero si uno de ellos hubiere muerto, no podrá pedir el otro; *l. 39.—l. 32. de cond. indeb.* Y aunque cuando se deja un legado ó se debe una cosa disyuntivamente, pertenece la eleccion al deudor; si se deja ó se debe indeterminadamente alguna cosa de una especie, como un caballo, una mula, una oveja, cuatro varas de paño &c. el heredero ó deudor no puede dar lo peor, sino que está obligado á pagar una cosa mediocre, que aunque no sea lo mejor, tampoco sea lo peor.

24. Si algun menestral hiciese alguna obra á otro, creyendo estar obligado á ello, como una casa, nave ó otra cosa semejante, y despues de haberla hecho, hallare que no estaba obligado, debele dar aquel por quien la hizo, tanto precio quanto le pudiere costar el hacerla otro menestral tan bueno como el que la hizo; *l. 40.—l. 26. §. 12. de cond. indeb.*

25. El que pagó bajo condicion contingente futura, si despues no se verifica la condicion, puede repetir por haber pagado con error como deuda absoluta, la que solo era condicional.

26. Sobre lo que se da por causa torpe debemos decir, que la torpeza puede estar de parte del que recibe solamente ó de la de ambos, ó solo del que da. En el primer caso hay lugar á la repeticion, como si hubieses dado á Pedro 20 pesos, para que no mate; porque es cosa injusta recibir precio por no hacer aquello que naturalmente está obligado á no hacer; y no es torpeza dar para que no se haga mal. Lo mismo seria si habiéndole prestado alguna cosa, le dieras los 20 pesos para que te la restituya; *l. 47. d. tit. 14.—l. 1. §. 2. in. pr. et §. 1. de condic. ob turp. cau.*

27. Si la torpeza esta de parte de los dos, no hay repeticion; porque en caso de igualdad es mejor la condicion del que posee; *l. 53.* que lo ilustra con el exemplo de uno que da una cosa con intencion libidinosa á alguna mujer que fuese de buena fama; pues aunque ella prometa y reciba, con todo

si no quiere hacer lo que prometió, no puede el otro demandar lo que le había dado, ni ella es tenida de tornárselo, *l. 3. cod. Las ll. 51. y 52.* traen ejemplos de dos que se casan sabiendo ambos que tenían impedimento; y del que da algo al juez para que dé juicio á su favor. En ambos casos se niega también la repetición; pero en ellos no se queda lo dado en quien lo recibió, sino que va á la cámara del rey, *l. 32. §. ult. de don. int. vir. et uxor. aut. Novo jure C. de pen. jud. qui mol. jud.* exceptuando á los menores de la *l. 51.* que se casan sabiendo que tenían impedimento; porque han escusa por la menor edad para cobrar cada uno de ellos lo que dio al otro en dote ó arras.

28. Tampoco hay repetición, y con mas razon en el tercer caso, en que la torpeza está solo de parte del que da, como si una mujer sabiendo que tiene impedimento para casarse con uno que lo ignoraba, se casase, dándole dote, que no podría repetir cuando los separasen, *l. 50—l. 4. §. 8. de cond. ob turp. cau.* Así pues por regla general, solo cuando la torpeza está de parte del que recibe únicamente, hay lugar á la repetición, y nunca cuando está de parte del que da ó de ambos.

29. Acerca del que queda al juez para que juzgue bien, tenemos dos leyes que parecen contrarias: la *27 tit. 22. P. 3.* y la *d. 52. tit. 14.* La 1a. le concede la repetición, significando que la torpeza está solo de parte del juez que recibió, y la 2a. se la niega. Para concordar estas dos leyes nos parece bien lo que dice Lopez, *glosa 4. d. l. 27.* y la 1a. de la *52.* que solo en el caso en que diere, para que el juez dé sentencia justa, y que no le haga injusticia, tendrá lugar la repetición; por que solo entonces se cree, que dió con ánimo de redimir la vejación, y no de corromper al juez; y de consiguiente que no comete torpeza alguna: del mismo sentir es Covar. in *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. part. 2. cap. 3. n. 1.* donde examina muy bien este asunto. Las *ll. 26. y 27. d. tit. 22. P. 3.* traen las penas en que incurrir el juez que recibe algo por juzgar.

30. Si alguno que cometió adulterio, homicidio, hurto ó otro delito semejante, diere alguna cosa á otro para que no lo descubriese, tendría repetición de lo que dió; porque si fue torpeza haber cometido el delito, no lo es dar algo para evitar que se le descubra; pues todo hombre debe solicitar cuanto pudiere no caer en peligro de muerte ó de mala fama, *l. 54. d. tit. 14.* Lopez, siempre deseoso de concordar nuestras leyes con las romanas, quiere, *glosa 1a.* que se entienda en caso de que no sea el que recibe, juez ni oficial

público, que tenga obligacion de averiguar delitos: y que seria lo contrario si lo fuese; porque dando á un oficial ó juez, parece que se aspira á corromperlo, y por lo mismo no tendria lugar la repeticion, conforme á la ley romana, 4. *in p. et. §. 1. eod.* contraria á la nuestra. Por ingeniosa que sea esta conciliacion, nos parece que tiene poco lugar, segun el vers. *Ca sabida de d. l. 54.*

TÍTULO XXII.

DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS EN CUANTO PRODUCEN PENA PECUNIARIA.

Tit. 9. 15. 14. y 15. P. 7.—Tit. 1. 2. 3. 4. y 5. lib. 4. *Inst.*

1. y 2. *Del delito.*—3. y 4. *Del hurto y sus especies.*—5. *hasta 8. De las acciones contra el hurto.*—9. *Accion de hurto contra el comodatarario y el depositario.*—10. *Casos en que el dueño no puede repetir por los daños.*—11. *El padre y morido no tienen accion penal contra el hijo y la mujer.*—12. *Los tahures no tienen accion contra el hurto que les hacen los que acojen en sus casas de juego.*—13. y 14. *de la rapta.*—15 y 16. *Del daño contra justicia.*—17. *De la injuria y su division.*—18. *Quienes no pueden injuriar.*—19. *Quien puede intentar la accion.*—20. *De las acciones civil y criminal que competen al injuriado.*—21. *Como se acaba la accion del injuriado.*—22. *Pena pecuniaria del que toma a fuerza una cosa al enfermo que muere despues.*—23. *Pena del que injuria con las palabras mayores de la ley recopilada.*—24. *Pena del que llama á otro tornadizo ó usa de palabras semejantes.*—25. *Pena del que canta ó dice en lugares públicos palabras sucias.*—26. *Pena del que denosta á sus padres.*—27. *Pena del que injuria á un esposito con los nombres que se espresan.*—28. y 29. *De las injurias por escrito.*—30. *De las injurias de hecho.*—31. *Del cuasidelito, y del juez que juzga mal por ignorancia.*—32. y 33. *De lo que se arroja á la calle.*—34. *De lo que se cuelga de*

modo que pueda dañar a los transeuntes.—35. De lo que se hurta en posada ó nave.—36. De la acción real.—37. De la acción de pauperem.

1. Dijimos en el *tit. 9. n. 5.* que todas las obligaciones nacen de la ley natural ó civil, bien inmediatamente, bien mediadamente en virtud de algún hecho nuestro: que este hecho es lícito ó ilícito; que el lícito se llama *convención*, y el ilícito *delito*. Hasta aquí hemos tratado de las *convenciones*: nos contraemos ahora á los *delitos* en cuanto producen obligación de reparar el mal que han causado á los particulares.

2. Delito en jeneral al que las leyes de Partida llaman *malfetría*, maldad, *primo. del tit. 1. P. 7.* es: *un hecho ilícito cometido voluntariamente en daño de otro, que obliga a su reparación, y sujeta a la pena.* Esta obligación á diferencia de las demás nace de tal modo del delito, que por mas que proteste el delincuente, que no quiere contraerla, no puede libertarse de ella, *l. 4. de obl. et act.* Y aunque todos los delitos obliguen al pago de todos los perjuicios que causaron, solo hablaremos ahora de cuatro, como lo hizo Justiniano en sus Instituciones, que son: *hurto, rapina, daño hecho contra justicia, e injuria*; porque en estos hay penas pecuniarias ciertas, que se han establecido á favor del perjudicado.

3. Hurto es: *malfetría que hacen los omnes que toman alguna cosa mueble ajena encubiertamente, sin placer de su señor con intención de ganar el señorío ó la posesion ó el uso de ella; l. 1. tit. 14. P. 7.—§. 1. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Es de varias especies que tienen sus penas segun sus circunstancias de que hablaremos despues, limitandonos ahora á su única division con respecto á nuestro actual objeto, que es: *hurto manifesto y no manifesto.*

4. El 1.º es cuando hallan al ladrón con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto ó en cualquier otro, antes que la pueda esconder en aquel donde queria llevarla, bien fuese preso, hallado ó visto por el dueño ó cualquier otro. El 2.º es aquél que no tiene algunas de las circunstancias referidas; *l. 2. d. tit. 14—§ 3 eod.* en cuya glosa 4. dice Lopez que por ser visto el ladrón con la cosa hurtada, no es manifesto el hurto, si además no se grita contra él y se le persigue, *l. 7. §. 2. de furt.*

5. Hay dos acciones contra el ladrón: la 1.ª por la que se pide la cosa existente del poder de cualquiera, y si no existe, su estimacion, y sea que exista ó no, sus frutos percibidos, los que se pudo percibir y no se percibieron

y todos los demas daños y perjuicios: á todo lo cual se halla sujeto el ladrón ó el que hereda sus bienes, aun antes de sentencia, como una verdadera deuda que obliga en lo fuero interno luego que se contrae; y aun cuando perezca la cosa por caso fortuito, en cuya circunstancia debe pagar cuanto ella pudiera valer desde el día que la hurtó hasta el día en que se la empezaron á demandar; *l. 20.—l. 8. §. 1. de cond. furt.*

6. Se pide la cosa en virtud de la acción que se llama persecutoria de la cosa, y su estimacion, daños y perjuicios en virtud de otra que se llama condicion furtiva; y ambas son perpetuas por su naturaleza, y pasan del dueño á sus herederos contra el ladrón y sus herederos: y si los ladrones son muchos competen contra cada uno de ellos *in solidum*; mas si el uno de ellos entregase la cosa á su dueño ó pichase su estimacion, no la podria despues demandar á los otros; *l. 20.*

7. La 9a. accion es penal por el cuádruplo del valor de la cosa, si el hurto es manifesto, y por el duplo, si no es manifesto, *l. 18.* Como esta accion es penal no pasa contra el heredero, sino en caso que el ladrón hubiese muerto dejando contestada la demanda, *l. 20.* y no obliga sino despues de la sentencia, como sucede jeneralmente en el pago de las penas pecuniarias. Y si los ladrones son muchos puede ser demandada la pena á cada uno de ellos enteramente, y no se pueden excusar los unos por los otros, *d. l. 20.* Pero Gomez y Ayllon, *8. var. cap. 5. n. 4.* dicen: que no estan en uso estas penas, sino sola la corporal á otra al arbitrio del juez, segun las circunstancias, y siempre despues de obligar á la restitution de la cosa y al pago de los perjuicios, segun queda espuesto (1).

8. Tambien se puede intentar estas dos acciones contra los que dan ayuda ó consejo tal que por él se hizo el hurto, que de otra manera no se hubiera hecho, y aunque la cosa hurtada no pasase á su poder; *ll. 4. y 18. Molina, disp. 695. n. 27.*

9. La *l. 6.* establece que tambien comete hurto el comodatario que se excede en el uso de la cosa comodada, contra la voluntad del dueño: del mismo modo que el que usa la cosa que tiene en depósito ó empeño: en cuyo caso no se practica otra pena que la satisfaccion de los perjuicios al dueño.

10. A veces no puede repetir el dueño por los daños y perjuicios, ni por la pena contra el ladrón de la cosa, sino aquel á quien se la hurtaron, por el interes que tiene en ella, como el acreedor en razon de la prenda, *l. 9. el menestral*

DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS &c. (289)

por el metal que te dieron para que hiciese una obra, l. 10. el depositario que tiene la cosa en guarda, l. 12. el comprador, el promisorio y el legatario de una cosa que se hurta antes de entregarse á estos, l. 13. Pero esto se entiende segun las circunstancias que deben verse en dichas leyes y las glosas 5. y 6. de d. l. 9. Tambien puede verse á Molina, disp. 696.

11. Si á Pedro le hurtase alguna cosa su hijo, nieto ó mujer, no se la podrá pedir como á ladrones, esto es, no tendrá contra ellos la accion penal; porque puede castigarlos por sí de buena manera; y si la vendiesen á alguno que sabia que era hurtada, se la podrá pedir al comprador, y probando ser suya recobrarla, sin dar por ella cosa alguna al que la compró, que perderá el precio que dió por ella. Pero si el tal comprador tuvo buena fe, aunque siempre deberá dejar la cosa á su dueño, podrá pedir el precio que dió por ella á aquel de quien la compró. Y observese, que aunque el hijo, nieto y mujer estan esentos de la accion penal, no lo están los que hubiesen dado ayuda ó consejo para cometer el hurto; d. l. 4.—5. 11. cod.

12. Los tahures ó truanes que matienen casa de juego no pueden demandar el hurto que les hagan los allí acojidos, por presumirse que han voluntad de ello, cuando admiten jente mala en sus casas, l. 6.

13. La rapiña, que las leyes de Partida llaman robo, es el acto de quitar á otro abiertamente una cosa mueble con intencion de hacerla propia, segun espone Lopez en la l. 4. tit. 13. P. 7. Se diferencia del hurto en el modo y en la pena: en el modo, porque el hurto se hace encubiertamente ó á escondidas, y el robo manifiesta ó violentamente: en la pena, porque la del hurto es el cuadruplo ó duplo, y la del robo el triplo; y porque la accion penal es perpetua en el hurto, y añal en el robo, l. 3. d. tit. 13. y 2. tit. 12. lib. 9. R. debiendo cuidarse de no confundir la accion penal con la persecutoria de la cosa, pues esta en ambos es perpetua. En los demas efectos son iguales el robo y el hurto; l. 2. d. tit. 13.—Primo. Inst. de vi bonor. rap.

14. Mas para saber por qué esta pena del robo es mas leve que la del hurto es necesario advertir, que nuestras leyes en esta parte siguieron á las romanas, y que los Pretores Romanos establecieron la pena del triplo en el robo, no porque en el robo no se den las mismas acciones que en el hurto, pues como dice Justiniano, *inst. Inst. de vi bon. rap.* el que comete robo es un improbo ladrón, y puede ser reconvenido con las mismas acciones que el que comete hurto,

sino por acreditar su zelo y en odio del robo; por consiguientemente esta accion es de las que se llaman *pretorias*, y que á veces son demas como la presente.

15. El daño hecho contra justicia es: *empeoramiento ó menoscabo ó destruímento que uno recibe en sí mismo, ó en sus cosas, por culpa de otro; l. 1. tit. 15. P. 7.* Los romanos tuvieron la famosa ley *Aquila*, adoptada en la mayor parte por las *l. de d. tit. 15.* que regulan los daños que recibimos por culpa de otro.

16. Por la *l. 18.* el que mata un animal manso por su naturaleza, como caballo ú otro cuadrúpedo útil debe pagar tanto cuanto mas podria valer el animal desde un año en antes, hasta aquel dia que lo mató; §. *Inst. de leg. Aquil.* Pero si el daño no fuese por muerte del animal sino por herida que lo empeorase, ó si matase ó hiriese otras bestias, quemase, derribase, destruyese ó hiciese cualquier otro daño, deberá pagar tanto cuanto mas podia valer la cosa en que recibió el daño desde treinta dias antes, hasta aquel dia en que sucedió; §§. *13. et 14. cod.* de suerte que el resarcimiento de este daño mira siempre hacia atras; bien que segun *Ant. Torres* en su *Instit. Hispana, en este tit.* no está en uso estimar el daño mirando hacia atras, sino que se tasa al arbitrio del juez, y se manda pagar. Y no solo está obligado al daño que causó en la misma cosa sino tambien á los menoscabos que ocasionó al dueño, *l. 19. d. tit. 15.— § 10. Inst. cod.* Mas para esto es necesario que haga el daño con culpa; porque sin ella á nada, estará obligado, como si uno corriese á caballo en lugar señalado donde otros acostumbran hacer esto, y yendo por la carrera atravesase alguno y topase con él, no estaria obligado al daño que le hiciese; pero si pudo contener al caballo ó desviarlo, y no quiso hacerlo, ó si corrió en lugar por donde pasan muchos, en que no se usa correr, entonces es en culpa, y es tenido de hacer enmienda; *l. 6.*

17. La injuria llamada *deshonra* por las leyes de Partida, es: un dicho ó hecho que se dirige maliciosamente al agravio, desprecio ó *deshonra de otro.* Es de dos maneras: verbal, que se hace con palabras ó escrito; y real que consiste en hecho; *l. 1. tit. 9. P. 7.* Una es grave, y otra leve. La grave es tal, ó respecto de la gravedad del hecho, ó respecto del lugar donde se injuria, ó respecto de la persona injuriada ó de la que injuria, ó del escrito ó libelo famoso, *l. 20. d. tit. 9.* La leve es la que no pide consideracion respecto de estas cosas, de donde dimana la dificultad de determinar pena cierta á este género de delito, *l. 21.*

18. Para que haya injuria es necesario probar determinado ánimo en el que injuria; y así no pudiendo recaer éste en el menor de diez años y medio, en el loco, fatuo &c. se sigue 1.º que ninguno de ellos puede injuriar; l. 6.—2.º Que tampoco injuria al que impide que uno ejerza algún cargo informando al superior por otro como mas capaz; l. 10. Y es preciso advertir que si la injuria se hace determinadamente á la persona, y ésta se halla disfrazada no puede querrellarse de ella: por lo que la mujer honesta que se disfraza con traje de una mujer pública, no puede quejarse que le digan deshonesto, ni el clérigo, si no viste sus hábitos clericales, puede quejarse al Juez como clérigo; l. 18.

19. Puede intentarse la acción que nace de la injuria el que la recibe en sí, el padre por el hijo que tuviese en su poder y el marido por la mujer; l. 9. que establece lo mismo con respecto al suegro por la injuria de la nuera; pero ya no tiene este lugar desde que por el matrimonio sale el hijo de la patria potestad; *Lopez glosa 3.* Y puede intentarse tambien contra los que mandaron la injuria ó dieron esfuerzo ó consejo ó ayuda para haverla en cualquiera manera que sea; l. 10.—5. 11. *Inst. de injur.*

20. El injuriado puede pedir enmienda de dos maneras, qual mas quiera. La 1a. es que el que injurió haga enmienda de pecho de dineros. La 2a. es en manera de acusacion, pidiendo que el que hizo el tuerto sea escarmentado por ello al arbitrio del juez. Y la una de estas dos maneras se excluye por la otra; porque de un yerro non debe ome recibir dos penas. Y desde que hubiese escogido la una, no la puede dejar y pedir la otra. Y si pide y probare la primera debe el juez hacer que estime la injuria, y jure su estimacion, y la reforma, si no la encuentra justa, y manda al injuriante que se le pague al injuriado. Y si este escoje la segunda, y hace acusacion y demanda que sea hecho escarmiento y venganza, entonces el juez puede escarmentar, esto es, aplicar pena corporal, ó dar pena de pecho al injuriante, la qual debe ser para la cámara del rey, l. 11. Y á mas de la estimacion de la injuria puede pedir el injuriado los daños y perjuicios que esta le hubiese causado; *Lopez, glosa. 2.* El 1r. modo es civil, y el 2.º criminal.

21. La acción del injuriado se acaba: 1.º Por la prescripción de un año, l. 22. y tenemos por mas probable que este año es útil; *Lopez, glosa 2.*—2.º Por la condonacion expresa ó tácita, como si el injuriado se acompaña de su grado y come ó bebe con el injuriante en su casa ó en otro lugar, d. l. 22.—3.º Por la muerte del injuriante ó del in-

jurado, pues no pasa á los herederos de este contra los de aquel, á menos que sucediere la muerte despues de contestado el pleito, ó que sea en el caso del n. siguiente.

22. En lo jeneral no está señalada la pena de la injuria excepto de las que vamos á notar. Si estando Pedro gravemente enfermo de enfermedad de que despues muere, entrase alguno en su casa y tomare alguna de sus cosas, sin mandamiento del juez prestando que Pedro es su deudor, recibiría esta injuria; y su autor además de perder la deuda y pagar á los herederos del difunto otro tanto de su importe, perdería tambien la tercera parte de sus bienes á favor del fisco y quedaria infamado; y si no tenia crédito alguno contra el doliente así agravado, se le confiscará igualmente la tercera parte de los bienes, y pagará á los parientes del muerto por la injuria que hizo á él y á ellos, lo que estimare el juez; *l. 11. d. tit. 9.—Authent. Hen. C. de sepulc. viol.*

23. El que injuria con alguna de las palabras mayores de la *l. 2. tit. 10. lib. 8. R.* que son: *Gafo*, esto es leproso, *Sodomítico*, *Cornudo*, *Traidor*, *Hereje*, ó *Putá* á la mujer casada, ó con otros denuestos semejantes, debe cantar la palinodia, esto es, desdecirse ante el alcalde y hombres buenos al plazo que el juez le señale, y pagar la multa de treinta sueldos ó mil y quinientos maravedís, la mitad para el fisco y la otra para el injuriado. Si fuese hidalgo, no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos sueldos ó dos mil maravedís, con la misma aplicacion y la demas pena que le imponga el juez, segun la calidad de las personas y de las palabras. El juez no debe proceder de oficio; pero procedida queja de parte, tiene que hacer justicia, aunque el interesado se separe de la querrela. Puede verse á Covar. y Faria, *l. var. cap. 11.* y Azev. que en los nn. 47. y 87. prueba, que por las palabras de la ley: *O otros denuestos semejantes*, y por otras razones, debe decirse lo mismo del que llama á otro *Judio* ó *Moro*, y añade, que así está recibido en práctica.

24. El que llame *tornadizo* ó *marrano*, ó con otras palabras semejantes al que convertido de otra ley se tornase cristiano, debe pagar diez mil maravedís al fisco y otros tantos al injuriado que se quejase; y si no tuviese para pagar todo, estará por el resto un año en el cepo, del que saldrá, si puede pagar antes, *d. l. 2.* silvirtiéndose que la palabra *marrano* denota en esta ley al que descendiendo de judíos se ha bautizado, y es cristiano fingido, como explica Azev. nn. 254. y 255. y puede verse á Sebastian Covarruías, *tesoro*

de la lengua castellana. Por lo que si alguno injuriase á otro con este nombre, dándole otra significacion, no deberá ser castigado con la pena de est. ley 2. sino con otra mas leve. El que injuria con palabra menor pagará doscientos maravedis para el fisco, y el juez podrá imponerle mayor pena, según las circunstancias.

25. La l. 5. manda que ninguno sea osado á decir ni cantar de noche ni de dia por las calles, ni plazas, ni caminos ningunas palabras sucias ni deshonestas, ni otros cantares que sean sucios ó deshonestos, so pena de cien azotes, y desterrado un año del pueblo donde fuere condenado. Y si lo que cantare fuese por deshonor ó denuesto de otro, le impone la l. 3. d. tit. 9. P. 7. la pena de infame.

26. Si los hijos desobedientes denostasen á sus padres en público ó en escondido, en su presencia ó en ausencia, manda la l. 1. tit. 10. lib. 8. R. que ademas de las penas establecidas en las leyes de la P. 7. tit. 9. los eche la justicia en la cárcel pública, con prision por 20 dias, ó paguen al padre ó á la madre 600 maravedis de los buenos, de los cuales han de ser 200 para el acusador; pero la prision ó la multa son disyuntivas á eleccion del padre ó madre.

27. El que injurie á un esposo con los nombres de borde, ilegítimo, boz ardo, espureo, incestuoso ó adultero ademas de hacerlo retractar judicialmente, se le debe imponer la multa pecuniaria que fuere proporcionada; Real decreto de 20 de enero de 1794.

28. A las injurias de palabras refieren los autores las que se hacen por escrito. (2) La l. 3. tit. 9. P. 7. gradua de grande la injuria que se hace en escrito que se llamaba *libelo famoso*, y *sona pasquin*. La pena debe ser la misma que corresponde al delito que se imputa al ofendido, si fuere probado: la cual tiene tambien lugar contra el que lo compuso ó escribió, y contra el que hallándolo no lo rompe sin enseñarlo á nadie.

29. Es necesario distinguir entre la injuria de palabra y por escrito: el que atribuye de palabra algun delito á otro, si lo probare, está esento de pena, con tal que la república interese en que se sepa el delito, ó que su autor no haya sido indultado. Si no interesa la república en que se sepa, ó si el autor ha sido indultado, no se admite prueba, y debe aplicarse la pena; pues aunque el delito sea cierto nadie tiene derecho para insultar á otro, y siempre es injusto é injuridico el echar á otro en cara sus defectos. Mas al que atribuye á otro algun delito por escrito debe siempre aplicarse la pena, no admitiéndosele prueba aunque el

QQ

delito sea cierto, y aunque no haya sido indultado, ó interesado á la república que se sepa; porque en este caso pudo el que injuria acusarlo ante el juez conforme á las leyes, y no debió valerse de libelos que siempre están reprobados. Este es el sentido de las *ll. 1. y 3. d. tit. 9. P. 7.* cuyas glosas pueden verse.

30. De las injurias de hecho hay varios ejemplos en las *ll. 4. y sigui.* y pueden ponerse otros; porque esto depende en gran parte de la estimacion de los hombres buenos.

31. Tratamos agora del cuasidelito, que es una culpa que dimana de una impericia ó negligencia semejante al dolo. Hay varios cuasidelitos: 1.º El juez que juzga mal por necesidad ó por no entender el derecho, está obligado á pagar á aquel contra quien dió la sentencia todo el daño ó menoscabo que le vino por razon de ella, (*3. l. 24. tit. 22. P. 5. Inst. de obl. quas. ex del. nasc.* Sobre la penas del delito del juez que juzga mal á sabiendas vease el *tit. 26. n. 2.*

32. 2.º A veces echan los hombres de las casas donde moran alguna cosa á la calle, y aunque no lo hagan con intencion, si acaeciese que aquello que así echan hiciese daño en paños ó ropa de otros, son tenudos de lo pechar doblado los que en la casa moran. Y si por aventura aquello que así echasen matase á algun hombre, tenudo es el que mora en la casa de pechar cincuenta maravedis de oro, la mitad para los herederos del muerto y la otra para la cámara del rey, por esta culpa. Y si muchos hombres moran en la casa, sea que fuese suya ó que la tuviese arrendada ó prestada todos desso uno son tenudos de pechar el daño, si no se supiesen ciertamente cual era aquel por quien vino; pero si lo supiesen, el solo es tenudo de hacer enmienda de ello y no los otros. Y si entre los que morasen cotidianamente en la casa hubiese alguno que fuese huésped, este no es tenudo de pechar ninguna cosa, fueras ende si el mismo lo hubiese hecho; *l. 25. tit. 15. P. 7.*

33. Mas hay que notar sobre esta ley: 1.º Que el dueño de la casa está obligado á estas penas por el cuasidelito; Lopez en la *exposicion* y en la *glosa* 2.º Que por dueño se entiende el que vive en la casa haciendo cabeza, sea como propietario de ella, ó como arrendatario ó comodatario. 3.º Que si hay dos cabezas en la casa, paga el daño aquel por cuyo lado se causó; y si no se sabe de que lado, deben pagar los dos que hacen cabeza: 4.º Que el que recibe el daño puede repetir contra el que se lo hizo si es mayor de diez años y medio, *l. 3. ó* contra el dueño. 5.º Que si paga el dueño, tiene accion para repetir.

contra el que hizo el daño: 6.º Que sobre la pena civil pecuniaria de duplo, cuádruplo &c. se debe tener siempre presente que solo puede pedirse contra los herederos del obligado, cuando este muere dejando contestada la demanda, según dijimos en el n. 7. Véase á Molina, *de just. et jur. disp.* 710.

34. 3.º También es cuasidelito muy semejante al anterior el tener una cosa colgada en su casa sobre las calles por donde pasan las jentes, que se sospechare podía caer, en cuyo caso si lo acusaren, y se hallare que podía caer y hacer daño, aunque no cayese ni lo hiciese, deberá pagar el que así le tuviere colgada, diez maravedis de oro por mitad al acusador y á la cámara del rey: y debe quitar la cosa ó ponerla de manera que no pueda caer. Y si cayese é hiciese daño á otro ó matare á algun hombre, habrá de pagar los penas espresadas en el cuasidelito anterior; *L. 26. d. tit. 13.—5. 1. col.* Si no se sabe quien fue el que colgó lo que puede caer y dañar, ó si sabiéndose no pueda pagar, el que hace cabeza en la casa es responsable al daño y á la pena civil del mismo modo que cuando se arroja algo; porque debió haber impedido que se colgase; Molina, *disp. cit. n. 7.*

35. 4.º Cuando en la establia, meson, posada ó nave se hurta alguna cosa á los viajeros por los criados del posadero ó maestro de la nave, debe el posadero ó maestro pagar el duplo de la cosa hurtada por la culpa de tener malhechores en su servicio; pero si el ladrón no fuese de su familia ó servicio sino otro extraño, nada deberá pagar, a no ser que hubiese recibido la cosa en guarda, en cuyo caso pagaria su valor según las reglas del depósito ó arrendo, *L. 7. tit. 14. P. 7.* Otros ejemplos pueden ponerse de esta doctrina en las aduanas, molinos, &c.

36. Aquí puede tratarse también de las acciones *nocturnas* y de *pauperia*. Cuando un esclavo causa un daño por su culpa, la acción civil para que resarza el daño y pague la pena pecuniaria, se debe intentar contra el amo, el que está obligado á pagar ó entregar al esclavo, para que pase al dominio del actor, pudiendo escoger la paga ó la entrega del esclavo. Mas por lo que respecta á la acción criminal para la pena corporal, esta debe intentarse inmediatamente contra el mismo esclavo, y no contra el amo; porque á la acción criminal y pena corporal nadie puede obligarse sino el mismo delincuente. Si el esclavo no cometió culpa al causar el daño, no están obligados ni él, ni el amo, sino solo en lo que esto se hubiere hecho mas rico á causa del daño. Si el amo aconsejó la mala acción del esclavo, ó no la embarazó puden-

do hacerlo: entonces no queda obligado por cuasidelito, sino por verdadero delito personal que lo sujeta civil y criminalmente. Si después que el esclavo causó algún daño, lo vende el amo, queda este obligado al saneamiento de pagar el daño ó devolver al comprador el precio del esclavo, para entregarlo al perjudicado, que pone la demanda y prueba. El delito se llama *noctia*, y el esclavo *noctas*; Molina, *disp.* 711.

37 Cuando una bestia hace daño, si fue por culpa del dueño, queda este obligado al duplo. Pero si la bestia hizo el daño sin culpa del dueño, queda este obligado á pagar el daño con todos los perjuicios, ó á entregar á la bestia para que pase al dominio del perjudicado, pudiendo escoger lo uno ó lo otro. Lo mismo es si fueren muchas las bestias que hicieron el daño, pues debe entregar todas ó pagar. Cuando las bestias pelean entre ellas, y se hieren ó matan, el dueño de la bestia que provocó é invadió á la otra debe pagar ó entregarla. Si alguno por culpa propia recibe perjuicio de una bestia ajena, como si entra de noche á hurtar en una casa ya cerrada, en la que se habian suelto perros furiosos para seguridad, no tiene accion ninguna por el perjuicio, ni el dueño de los perros está obligado á nada. Esta accion se llama de *pauperie*, de pobreza; Molina, *disp.* 712.

NOTAS.

(1) El Dr. Agustín Arroyo y Ballestas en su *Prontuario de delitos y penas*, impreso en Cartajena de Colombia, en 1814 hablando de las penas del duplo y cuadruplo dice, en el cap. 11. "siendo de advertir que en cuanto á aquella pena del cuadruplo, se libró al Gobierno de esta plaza real orden reservada para que en ningun caso la aplicase, y por eso no puntualizo su fecha, aunque me consta su certeza por haberla visto." *La l. 5. tit. 7. lib. 7. R. de Ind.* manda que la pena del marco y otras pecuniarias sean al doble que en los reynos de Castilla.

(2) Por cédula de 7 de setiembre de 1788 se manda que ningun procurador ni abogado puedan firmar escrito desvergonzado ni el escribano recibirlo, bajo pena de perdimiento de oficio y destierro, y que los jueces no admitan semejantes escritos.

(3) Segun Molina, *de just. et jur. disp.* 710. n. 1. cuasidelito es ser reponsable por disposicion del derecho, sin culpa propia y por consiguiente sin verdadero delito, al resarcimiento de un daño causado por otro; y añade en el n. 2. que no sabe por qué se llama en el derecho romano cuasidelito, y no verdadero delito, la injusta sentencia que da un juez por impetria ó negligencia culpable.

TITULO XXIII.

MODOS DE ESTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES.

Tit. 14. P. 5.—Tit. 30. lib. 3. Inst.

1. *Modos de estinguirse las obligaciones.*—2 y 3. *De la paga.*—4. *De lo que se paga al tutor.*—5. *Del lugar en que se paga.*—6. *Del plazo.*—7. *Cuando el acreedor se resista al cobro.*—8. *No puede el acreedor apremiar por sí al deudor.*—9. *Cuando se paga parte de muchas deudas, se entiende pagada la mas gravosa, y primero el rédito que el principal.*—10. *Como se prueba el pago.*—11. *De la muerte ó pérdida de la cosa.*—12. *Del juramento decisorio.*—13. *Del perdon ó quitamiento.*—14. *hasta el 18. De la novacion.*—19. *De la compensacion.*—20. y 21. *Quienes pueden compensar.*—22. *Cosos que se pueden compensar.*—23. y 24. *Cosos que no se pueden compensar.*—25. *Diferencia entre la compensacion y la retencion.*

1. Despues de haber tratado de los modos de contraerse la obligacion, debemos hablar de los modos con que se estingue, que son: 1.º Paga: 2.º Pérdida de la cosa sin culpa del deudor: 3.º Juramento deferido: 4.º Quitamiento ó remision: 5.º Novacion: 6.º Compensacion: 7.º Transcripcion: 8.º Prescripcion. De estas dos ultimas se ha tratado en sus lugares respectivos.

2. Paga ó solucion es: *entregar al acreedor la cosa, ó hacerle aquello ó que está obligado el deudor.* Debe hacerse la paga de las cosas que se deben y no de otras, si no quisiere el acreedor. Pero si el deudor no puede pagar la misma cosa que debia, podrá dar otra al arbitrio del juez. Y si la obligacion fuere de hacer alguna cosa, y el deudor no pudiere hacerla de la manera que prometió, deberá hacerla de otra, tambien al arbitrio del juez, y pagar ademas el daño y menoscabo que por ello le vino al acreedor. Y se puede pagar á nombre del deudor, aunque este lo ignore, y aunque lo sepa y lo contradiga; l. 3. lit. 14. P. 5—Princ. Inst. quib. mod. sol. obl. y tambien quedan libres los fiadores y las prendas, l. 1.

3. Si se paga á otro que al acreedor, y ratifica este, es válido el pago. Lo mismo seria si se pagase al procurador nombrado señaladamente por el acreedor, al que quitase el

mandamiento despues de haber cobrado; pero si lo quitase antes, y el dendor lo sabia, quedaria vijente la deuda; *l. 5. y 6.* Si Pedro promete darnos á Juan y á mí 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 antes de haber empezado yo el pleito contra Pedro; porque si fuese despues, ya no le aprovechaba pagarlos á Juan; como tampoco si este despues de la promesa hubiese mudado de estado; haciéndose de seglar religioso, ó poniéndose en poder de otro, ó siendo desterrado para siempre á algun lugar; *d. l. 5.—§. 4. Inst. de inut. stip. l. 16. de fidejus. l. 86. de solut.* Vease el *tit. 16. n. 19.* Y no se puede pagar al que tiene poder para pedir la cosa en juicio aunque saliese vencedor, si no es que el poder fuese tambien para cobrarla; *l. 7. d. tit. 14.*

4. En lo que se debe á un menor ó loco no basta que se haga el pago al tutor ó curador, para que se extinga la deuda enteramente, sino que debe hacerse con otorgamiento del juez; porque de otra manera está sujeto á la restitucion *in integrum*; *l. 4. §. 3. Inst. quib. al. lic.*

5. No se puede pagar por partes lo que se recibió por junto, y el acreedor puede repeler la paga parcial, escusándose por junto. Y debe hacerse en el lugar señalado; á no ser que la deuda sea por delito, en cuyo caso debe pagarse en cualquiera parte distante donde se halle el acreedor, aunque el dendor sufra costos y riesgos en la conduccion; porque está obligado á indemnizar enteramente al perjudicado.

6. Cuando en la obligacion no se espresa plazo, no está obligado el dendor á pagar sin ser reconvenido; á no ser que el acreedor se haya olvidado de su crédito, ó que no se atreva á pedir por miedo ó por vergüenza, que entonces debe pagar de su motivo sin que se lo pida. Puede pagar antes de cumplido el plazo, á ménos que este se haya fijado en beneficio del acreedor, en cuyo caso no puede pagar antes.

7. Si el acreedor se resiste á cobrar la deuda, tiene el dendor el medio de la consignacion, que es ofrecerle el dinero en el tiempo y modo correspondientes, delante de hombres buenos, con protesta de que quiere pagar con él, y depositarlo en algun hombre bueno, ó en la sacristia de una Iglesia. Con esto queda el dendor tan libre, que si se pierde el dinero sin culpa suya, se pierde para el acreedor que la tuvo en no recibirlo; *l. 8. d. tit. 14.—l. 9. C. de solut.* Y es mejor hacer esto ante juez y con su aprobacion, como se practica.

8. No puede el acreedor apremiar por sí al dendor á que:

le pague, ni tomarle en prenda cosa alguna: lo debe hacer ante el juez á su requerimiento, sino es que los dos lo hubiesen pactado antes; porque por las *ll. 11. tit. 13. y 14. tit. 14. P. 5.* se manda que si un acreedor de su propia autoridad quita por fuerza al deudor una prenda ó la cosa que le es debida por algun contrato, pierda su crédito, vuelva doblada la prenda, y pague tambien su valor al fisco, quedando el deudor libre de la deuda. Pero si la cosa que tomó de su autoridad era una prenda señalada en el contrato, con derecho á tenerla en su poder hasta que se pague, y no la tomó para quedarse con ella: en este caso dice Lopez, *glosa 5. d. l. 11.* que solo pierde el derecho á la prenda y no el crédito. Vasee *fuerzas* en el *R. 25. n. 12.*

9. Cuando uno paga alguna parte de las muchas deudas que tiene á favor de otro, se aplicará esta parte á la deuda que el quiera; si callá, podrá escojerla el acreedor, pero si lo contradijere luego el deudor antes que saliese del lugar, se contará en la deuda que él señalare; si ninguno la señala, se aplicará á la mas gravosa por razon de pena, usuras &c. entendiéndose pagadas las usuras primero que el principal, *l. 10. tit. 14. Lopez, glosa 6:* pero si todas fuesen iguales, se repartirá el pago entre todas, aunque Lopez, *glosa 4.* diga, que esto se entiende cuando las deudas son tambien iguales en antigüedad; pues aunque haya alguna equidad en esta opinion, solo se funda en derecho romano, que no deroga el nuestro.

10. Se prueba el pago por el recibo del acreedor; por la cancelacion de la escritura, por testigos, &c. y en los réditos y pensiones añales mostrando el deudor haber pagado, los tres años proximos continuos, es visto ser probada la paga de todos los demas anteriores, aunque sea con instrumento público. Y lo mismo se ha de decir en la deuda que tiene mas de tres plazos ó pagas. *Curia Fil. Paga, n. 52.*

11. Por la muerte ó pérdida de la cosa que se debe, cesa la obligacion de pagar su importe, si la cosa es cierta ó señalada, como un caballo, y si esta muere ó perece de otro modo, sin culpa del deudor; *ll. 18. tit. 11, y 9. tit. 14. P. 5.—l. 5. de reb. cred.* Pero si esto acontece por culpa del deudor, aunque solo fuese la de tardanza ó mora, quedaria vijente su obligacion de 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 quiso entregársela, pudiéndolo hacer, *dd. ll. 18, y 11.* Dijimos cosa cierta, porque si la deuda fuese de cosa incierta ó de cosas que se cuentan, miden ó pesan; siempre pareciera para el deudor, y

quedaría con la obligación; *l. 10. tit. 1. P. 5.—§. 2. Inst. quib. mod. re cont. obl.* porque: 1.º El deudor lo es entonces del jénero, y el jénero nunca perece, *l. 11. C. si cert. pet.* 2.º Aunque quisieramos decir que perece, el deudor es dueño, y por lo regular las cosas perecen para su dueño; *l. 9. C. de pign. act.* por lo que si prestas a Pedro una onza de oro que le roban, tendrá que pagártela, no estando obligado á darte aquella misma onza, sino una onza en jeneral.

12. Espira la obligación por el *juramento deferido ó decisivo*, cuando el acreedor escije del deudor que jure sobre la certeza de la deuda, y este jura y la niega, *d. l. 9.* Pero en la practica para evadir los acreedores este peligro de perder sus deudas, piden el juramento con la reserva de otra prueba.

13. Es claro que se acaba la obligación por *remision ó perdon* de la deuda, que el acreedor hace al deudor, y que las *Partidas* llaman *quitamiento*; *ll. 1. y 2. d. tit. 14.* Esta remision puede ser expresa ó tácita: expresa es cuando se hace por palabras claras que la manifiestan, como si el acreedor pactase con el deudor que nunca le pedirá la deuda. Lo mismo sería si el acreedor se diese por pagado, á lo que los romanos llamaron *acceptilacion*; §. 1. *Inst. quib. mod. tol. obl.* Tácita es la que se indica, por algun hecho, como si el acreedor da el vale al deudor ó lo rompe con intencion de quitar la deuda; pero si el acreedor prueba, que solo dió el vale en confianza, ó que se la hurtaron, ó forzaron á que lo rompiese, la obligación queda vijente. Y téngase presente que la remision solo puede hacerse sin insinuacion, cuando no excede de la cantidad expresada en el *tit. 20. n. 5.*

14. La *novacion*, que tambien se llama *quitamiento* en las *Partidas*, es: *la sustitucion de una obligación por otra*; de modo que aunque se estingue la obligación antigua, queda la nueva en su lugar, á diferencia de los otros modos que la quitan enteramente, dejando al acreedor sin derecho alguno en el que fué su deudor. Se puede hacer de dos modos: 1.º Variándose la especie ó la forma de la obligación; como si se establece que se deba como precio de renta lo que se debia por titulo de préstamo, ó que se deba puramente lo que se debia bajo condicion: 2.º Subrogándose un nuevo deudor en lugar del primero con consentimiento del acreedor; en cuyo caso queda libre el primero aun cuando el segundo viniese á pagar la deuda del primero sin expresar su intencion de que este quedase libre, no habria novacion, sino que ambos quedarian obligados; bien que pagando cualquiera

de ellos, se extinguiría la obligación para los dos; *l. 15. tit. 14. P. 5.—§. 9. Inst. eod.*

15. Si la primer obligación es pura, y se renueva bajo condición, solo habrá novación, cuando se cumpla la condición. Si al contrario, la primera es bajo condición y la segunda pura, tampoco habrá novación, si no se cumple la condición, *l. 16.* La razón es la misma en ambos casos, porque siendo la novación renovamiento de obligación, es preciso para que la haya, que sean dos las obligaciones, la antigua y la nueva, y en estos casos faltaría la obligación condicional, si no se cumpliese la condición. Parece á primer vista que esta ley contiene una formal escepcion del segundo caso, cuando dice: "fuera ende si los contrayentes pactasen que valiese la nueva obligación, aunque no se cumpliese la condición puesta en la primera;" pero entonces no habría una novación propiamente, porque faltaban las dos obligaciones; bien que sería válida la segunda, que se llamaría segunda, en cuanto se dirijía á desatar la primera condicional, que pudo serlo y no lo fué.

16. La *l. 19.* nos pone otro caso de un acreedor putativo, en que tambien llama renovamiento la obligación que se contrae con intención de extinguir otra que se crea existir, y no existia. Aunque esta ley es bastante larga, se reduce á la obligación de devolver lo que se cobra sin ser debido.

17. La *18* trae el caso de un mayor de 7 años y menor de 14, que contrae por sí solo, sin otorgamiento de su guardador, alguna obligación en renovamiento de otra: entonces se extingue la primer obligación, aunque el menor no está obligado á pagar, y el acreedor debe imputarse á sí mismo el haber renovado la obligación con uno que no podía obligarse eficazmente en su daño; *l. 9. §. 3. eod.*

18. Por la novación se extingue la obligación de los fiadores y de la prenda; á no ser que consientan en quedar obligados.

19. La compensación es: *descuento de una deuda por otra,* como si debiendo tú cien pesos á Pedro, te debiere él igual cantidad por el mismo título ó por otro. Para la compensación es necesario que las deudas sean ciertas y líquidas por ambas partes; *l. ult. §. 1. C. de compensa.* por lo que si el reo no prueba á lo mas tarde dentro de diez días, que el actor le debe, el juez debe ir adelante en el pleito, sin atender á la compensación, *l. 20.* y si las deudas fuesen desiguales, tendrá lugar la compensación en la cantidad concurrente, quedando vijente la obligación en lo demas, *l. 22.*

20. Pueden compensar: 1.º Si dos compañeros hicieren

FIN



daño por su culpa ó negligencia en las cosas de la compañía, se compensará la obligación de resarcir del uno con la del otro. Y si sólo el uno hubiese hecho daño por una parte, y utilidad por otra, podrá compensar el valor de esta con el de aquel, según fuere la cantidad. Esta doctrina de *d. l. 22.* parece contraria á la de la *l. 13. tit. 10. P. 5.* Véase la *l. 7.* en el *§. 13. tit. 15.* pero Lopez, *glosa 1. d. l. 22.* la concorda diciendo: que la *22* habla del caso en que el daño vino por solo culpa del compañero, y la *13.* del daño que acaeció por dolo, en cuyo caso no puede pretender compensación á título de que ha beneficiado á la compañía. Si uno 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 compensación; pero no si los dos lo hubiesen hecho en una misma cosa, pues entónces todo lo pagaria el del dolo, sin poder compensar cosa alguna con el otro; *l. 22.*

21. 2.º No solo pueden compensar los deudores principales, sino tambien sus fiadores, tanto de lo que el acreedor debiese á los principales, como á los mismos fiadores. 3.º Tambien puede 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 puede descontar de lo que se debe á su principal sin consentimiento de este; *l. 24.—4.º* Cualquiera puede compensar por el demandado, dando fianza de que este tendrá por firme lo que fuese hecho y pagará lo que fuere juzgado; *l. 16. tit. 5. P. 5. l. m. C. de sáñsd.*

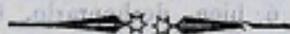
22. Pueden compensarse todas las deudas de cosas que se pueden contar, pesar ó medir; *l. 21.—l. C. de compens.* porque estas cosas fungibles son de tal naturaleza que valen unas por otras, como una fanega de trigo por otra.

23. No pueden compensarse 1.º Las cosas que no son tan iguales como las fungibles: y si la misma *l. 21.* añade que tambien tendrá lugar la compensación, cuando dos se deban alguna cosa que no fuese cierta ó señalada, como en general un caballo, ó otra cosa semejante: se entiende esto cuando el caballo del uno tenga el mismo valor que el del otro; de suerte que en este caso deberá señalar el juez un caballo de igual valor por ambas partes, considerando que los deudores lo son mas bien de una cantidad que de un cuerpo inestimado. La misma ley prosigue diciendo, que si una de las cosas debidas fuere cierta ó señalada, no tendría lugar la compensación.

24. Tampoco puede compensarse: 2.º Lo que se debe

al fisco ó á algun fondo público para las necesidades comunes; l. 26.—l. 3. *C. de compens.*—3.º Ni lo que se debe á alguno por razón de fuerza ó delito que hayan cometido contra él, l. 27.—4.º Ni lo que se deposita; debiendo el depositario entregar la cosa luego que se la demanden, para repetir despues por lo que se le debiere; l. 5. *lit. 3. P. 5.*

25. Aunque la compensacion y la retencion se semejan en algunas cosas, no deben confundirse; porque se diferencian en otras. La compensacion no tiene lugar quando una de las cosas debidas es cuerpo inestimado, y la retencion sí; como sucede en el marido que retiene el campo dotal inestimado hasta que le satisfagan las impensas necesarias que hizo en él y en otros varios. La compensacion tiene fuerza de paga ó solucion, y la retencion no.



TITULO XXIV.

DE LOS DELITOS EN JENERAL, DE LAS TRACIONES, DE LOS HOMICIDIOS, DE LOS RIPTOS, LIDES Y DESAFIOS.

Tit. 2. 3. 4. y 8. P. 7.—Tit. 18. y 23. lib. 8. II.—
Tit. 4. et 8. lib. 48. *Dig.*

1. *Del delito*—2. *De la traicion*—3. *De su pena*—4. *Del perdullion*—5. *De la pena con respecto a los hijos y nietos del traidor*—6. *Pena del que aconseja el hecho ó del que lo sabe y no lo descubre*—7. *Quienes pueden acusar y ser testigos*—8. *Pena del que acoge al traidor*—9. *Del homicidio y su pena*—10. *Los nobles están sujetos á la pena de muerte*—11. *Casos en que se aumenta la pena*—12. *Del Suicida*—13. *De los que son condenados como homicidas*—14. *Tres casos en que no ha lugar á pena*—15. *Quando se aplica pena corporal no se comprende la culpa bajo el nombre del dolo*—16. *Se puede matar por la propia defenza*—17. *Ley recop. que da el derecho de matar en los casos que expresa*—18. hasta 24. *Comentarios de Azueta sobre esta ley*—25. 26 y 27. *Otros tres casos de la ley de Partida*—28. *Del Parricida*—29. *De los Riptos*.

1. Despues de haber tratado de las cosas que se dirijen á conservar, aumentar ó disminuir nuestro patrimonio, de-

demos contrarnos á los delitos con respecto á las penas que es necesario imponer á sus autores, para la conservacion del orden público; *tit. 22. n. 2.* Los Romanos distinguian los delitos en públicos y privados, llamando públicos á los que venian de las leyes de los juicios públicos; *l. 1. de publ. jud. qua leges recenset.* mas nosotros decimos, que el delito público es: *el que ofende directamente á la república,* en el cual es permitida la acusacion á cualquiera del pueblo; y privado, *el que ofende directamente á los particulares,* quienes por lo mismo tienen el derecho de acusar y el de percibir la pena pecuniaria que le está impuesta.

2. Empezaremos por la traicion, que es: *yerro que hace ome contra la persona del rey;* *l. 1. tit. 2. P. 7.* que pono las siguientes catorce especies de traicion, copiadas casi á la letra en la *l. 1. tit. 18. lib. 8. R.*—1a. Procurar matar, heír ó prender al rey ó bien deshonrarlo, haciéndole agravio con la reina su mujer ó con su hija no casada: lo cual se entiende al príncipe heredero. 2a. Unirse al enemigo para hacer la guerra al rey ó reino. 3a. Procurar que alguna tierra ó jente se alce contra el rey. 4a. Impedir que otro rey se le someta, dándole parias ó tributo. 5a. Alzarse con algun castillo, villa ú otra fortaleza, ó darlo al enemigo ó perderlo culpablemente. 6a. Desamparar al rey en la batalla ó irse al enemigo. 7a. Hacer levantamiento. 8. Matar a alguno de los adelantados mayores, del rey, ó su consejero, ó su guarda, ó su juez. 9a. Quebrantar la seguridad que el rey da á un lugar ó persona, matando, hiriendo ó deshonrando contra su prohibicion. 10a. Matar, ó hacer huir al que se ha dado en renes al rey. 11a. Soltar al acusador de traicion, ó proveerle de lo necesario para que se vaya. 12a. No entregar el oficio ó fortaleza á otro nombrado por el rey. 13a. Quebrantar ó derribar maliciosamente la estatua del rey. 14a. Hacer moneda falsa. Y concluye la ley, que si alguno de estos yerros es hecho contra el rey, ó su señorío ó contra el procomunal de la tierra, es propiamente llamado traicion, y *aleve,* cuando es hecho contra otros hombres; *l. 10. tit. 23. lib. 8. R. Azev n. 4.*

3. La traicion se llama tambien crimen de *lesa majestad* ó de *lesa patria,* y sus penas son: 1.º La muerte del traidor (1) 2a. La confiscacion de todos sus bienes (2) deducida la dote y las deudas anteriores al crimen. 3a. La infamia de todos sus hijos varones para siempre, de suerte que no puedan haber honra, ni dignidad, ni oficio, ni heredar á sus parientes, ni á los estraños, ni recibir las mandas que les dejaren; permitiéndose á solo sus hijas que hereden hasta la cuarta parte de los bienes de sus madres, *l. 2. tit. 2. P. 7.*

4. Se derriban y destruyen sus casas y heredades labradas de modo que queden de señal de escarmiento para siempre. Véanse otras penas en el *tit. 13. P. 2.* y especialmente su *l. 6. la 2. tit. 28. d. P. 2.* y la *2. tit. 13 lib. 8. R.*

4. La traicion es mas ó ménos grave, pues aunque toda traicion es perjudicial al Estado, no toda tiende inmediatamente á destruirlo: de aqui es que hay traicion de primer y segundo órden. Las leyes no podian desconocer esta distincion, y por eso han llamado perduccion á los crímenes de primer orden, que son los que se cometen inmediatamente contra la persona del rey, ó contra el bico comun de toda la tierra; sinembargo castigan indistintamente toda traicion con las mismas penas de muerte, (3) confiscacion, &c. sin otra diferencia que la que trae la *l. 3. d. tit. 2. P. 7.* que dispone: que la acusacion del crimen de perduccion se pueda empezar aun despues de muerto el reo: que si su heredero no lo pudiese defender, quede tambien infamado el reo y confiscados sus bienes; pero que esto solo pueda hacerse en los casos de perduccion; *l. ult. ad. l. Jul. majest.*

5. Tambien debemos añadir: 1.º Que la pena de infamia contra los hijos debe limitarse al crimen de perduccion; Lopez, glosa 5. *d. l. 2.* que es digna de véerse por las varias cuestiones que examina sobre la palabra hijos, y Azcueda en la *l. 2. tit. 18. lib. 8. R.*—2.º Que en las penas contra los hijos no incurran los que nacieron antes del crimen del padre; *l. 6. tit. 27. P. 2.* y la *3. tit. 8. lib. 8. R.* Que manda: que ningun traidor, ni alapeso, ni su hijo que ovo despues que hizo la traicion ó el alave no pueda reptar á otro. 3.º Que tampoco son transcendentes estas penas á los nietos; porque en lo perjudicial y odioso no se comprenden estos bajo el nombre de hijos.

6. Las penas de la traicion alcanzan á los que aconsejaren el hecho ó dieren ayuda ó esfuerzo á los traidores, y aun á los que lo supieren de cualquier manera que fuese y no lo descubriesen, aunque no se hubiese acabado el hecho; *l. 6. tit. 18. P. 2.*—*l. 3. C. ad l. Jul. majest.* Pero si alguno habiendo tenido voluntad de entrar con otros en la traicion, antes de formar la convencion con ellos, la descubriese al rey, debe ser perdonado y premiado; y si la descubriese despues de hecha la convencion, pero antes de ejecutarse, ha de ser tambien perdonado, pero no premiado; *l. 5. tit. 2. P. 7.*—*l. 5. §. ult. cod.*

7. Pueden acusar este delito los hombres y mujeres de buena ó mala fama, ricos ó pobres y todos aquellos que estando en su juicio no pueden ser acusadores en otras causas;

á 5. d. tit. 2.—l. 8. ad l. Jul. majest. y estas mismas personas pueden tambien ser admitidas como testigos, excepto el enemigo conocido á quien se puede recusar; l. 13 tit. 16 P. 3.

8. El que acogiese en su casa al traidor ó alave, sabiendo que lo es, debe entregarlo, y si no lo hiciere, pierde la tercera parte de sus bienes, que ha de repartirse en partes iguales entre el juez, (4) el acusador y el fisco; l. 4. d. tit. 18. lib. 8. R.

9. Pasemos al homicidio, que las leyes de Partida llaman *asesinato*, y se define: *el acto de privar a uno de la vida*. Es de tres especies: 1a. Contra derecho: 2a. Con derecho: 3a. Por casualidad, l. 1. tit. 8. P. 7. Solo el de la 1a. especie es delictivo: Todo hombre, dice la l. 4. tit. 23: l. 8. R. *que matare a otro á sabiendas que muera por ello*, sufriendo la muerte de lores, l. 10: d. tit. 23: sin distinguirse si el muerto era libre ó esclavo l. 2: d. tit. 8. P. 7. aunque la muerte se haya hecho en pelea, esto es, riña ó desafío, l. 3. d. tit. 23: La muerte hecha fuera de pelea, guerra ó riña es, segura ó alave; l. 10. tit. 23 lib. 8. R.

10. Gomez, 3. var. cap. 3. n. 2: pretende que las personas ilustres y nobles no deben ser castigadas con la pena de muerte, sino con otra menos grave, fundado en la l. per. d. tit. 8. P. 7. que así lo dice hasta el versículo último, signifiendo al derecho romano, l. 8. §: *pen. ad l. Cornel de sicar.* pero debió advertir, que en d. vers. tit. los sujeta á la muerte, diciendo: *mas segun el fuero de España, todo ome que matare á otro á traicion ó alave, que sea caballero ó otro, debe morir por ende, segun dijimos de suso en el titulo de los traiciones*. Lo mas que pudieran pretender los nobles conforme a este versículo es que si la muerte que hicieron fue sin la circunstancia de alave, no se les debe imponer la pena de muerte; pero tambien se opone á esto la c. l. 4. tit. 23. lib. 8. R: que es mas reciente, y que habla jeneralmente sin hacer distincion de personas: Lo que no se les puede disputar es, que no se les ha de imponer horca, sino decapitacion ó otro género de muerte menos indecoroso; l. 24. tit. 21 P. 2. citada por Azuvedo en la l. 3. d. tit. 23. n. 6. donde añade, que no debere ser llevados al suplicio en un asno, sino en caballo ó mula, con silla y freno Garcia, de *nobilitate*; glosa l. in princ. nn. 12. 13. y 14 dice que en algunos casos pueden ser ahorcados.

11. Hay casos que merecen especial mencion, porque se aumentó la pena ó por otra circunstancia, como: 1º Al que mata á muerte segura á mas de la pena de muerte, se le confiscan la mitad de sus bienes; l. 10. tit. 26. d. lib. 8. R.—

2.º sufre las mismas penas el que despues de condenado por cualquier muerte, entra en la corte ó en cinco leguas en rededor; *l. 7. tit. 23. d. l. 8.—3.º* Tambien se aplican estas penas al que matare á otro, robándole en el camino; *l. 6. d. tit. 23.—4.º* Todo hombre que matare á traicion ó aleva debe ser arrastrado y ahorcado: si es traidor, todos sus bienes van al fisco, y si aleva, la mitad para el fisco y la otra para sus herederos; *l. 10. d. tit. 23.—5.º* El que mata ó hiere á otro, con arcabuz ó pistolete, es tenido por alevoso, y pierde todos sus bienes, la mitad para el fisco y la otra para los herederos del muerto, *l. 15.* Sobre la prohibicion del pistolete y otras armas y sus penas contra los que las hacen y las usan sin excepcion de personas, véanse las *l. 16. y 17. d. tit. 23.* y el *tit. 6. lib. 8. do los aut. acor.*

12. El suicida, que es el que se mata á sí mismo, pierde todos sus bienes á favor del fisco, si no tuviese herederos descendientes; *l. 8. d. tit. 23.* pero no está en uso esta pena, porque piadosamente se cree que perdió el juicio antes de matarse.

13. Son condenados como homicidas: 1.º El juez que á sabiendas da falsa sentencia condenando á muerte, destierro perpetuo ó perdimiento de miembro; y el que dijere falso testimonio en este pleito; *l. 11. tit. 8. P. 7.—2.º* El que estando acechando para herir ó matar á otro, haciendo habla ó concejo para ello, lo hiere aunque no lo mate; *l. 2. tit. 23. lib. 8. R.—3.º* El que con intencion de matar á otro vendiere ó comprare veneno ó manifestare el modo de darle fuerza, y el que lo diere, aunque no se haya seguido la muerte; *l. 7. tit. 8. P. 7.—4.º* El que castrare ó mandare castrar á otro, sino es por enfermedad que lo esijiere; *l. 13. d. tit. 8.—5.º* El que manda á otro que haga una muerte, ó le da auxilio á sabiendas para hacerla, con tal que en efecto la haga; *l. 10. d. tit. 8.* y aunque esta ley solo pone el ejemplo del que da armas á un ebrio ó furioso, para que se mate; debe entenderse que merece la pena ordinaria todo el que presta auxilio para un acto que es causa proxima del delito; Gomez, 3. var. cap. 8. n. 48. y Covar. *in clement. Si furiosus, part. 2. §. 2. n. 2.* que cita *d. l. 10.—6.º* El boticario que sin orden del médico da medicina que pueda causar la muerte, y en efecto la causó; *l. 6. d. tit. 8.—l. 3. §. 3. cod.—7.º* La mujer preñada y cualquier otro que procuran eficazmente el aborto, si la criatura era ya viva, pues si no lo era solo incurrén en la pena de cinco años de destierro á alguna isla; *l. 8.* la cual solo aplica el destierro al marido que hiere á su mujer á sabiendas de que estaba em-

barazada, sea que la criatura fuese ya viva ó no; porque no se cree que la hirio por dolo, sino por correccion; Lopez, *glosa* 5. pero si constase del dolo, tambien incurre en la pena de muerte.

14. Puede cometerse una muerte: 1.º Por casualidad, sin dolo ó intencion: 2.º Por la propia defensa: 3.º Por derecho que conceden las leyes: el que la comete no está sujeto á la pena del homicidio en estos tres casos; pero hay que notar, que en el primero puede haber culpa ó no: la hay, cuando la casualidad ú ocasion nace de culpa del matador, como cuando uno corre á caballo en lugar no acostumbrado sin advertir á los otros que se guarden, y causa una muerte; en este caso debe ser desterrado el matador á una isla por cinco años: no la hay, cuando corre en lugar acostumbrado, y advierte á los otros que se guarden; y entonces no merece pena ninguna, aunque debe jurar que la muerte acaeció por ocasion, y probar que no tenia enemistad con el muerto; las *ll.* 4. 5. y 6. *d. tit.* 8. *P.* 7. traen estos y otros ejemplos, y dan esta doctrina, asi como otras *del tit.* 23. *lib.* 8. *R.*

15. Esta misma doctrina sobre la culpa prueba claramente que es necesaria la intencion de matar para que recaiga la pena de muerte; *ll.* 5. y 6. *tit.* 8. *P.* 7. y otras que requieren se haga la muerte á sabiendas: lo que es secuela de la doctrina recibida por todos, que en las causas criminales, y cuando se impone pena de muerte ú otra corporal, no se comprende la culpa bajo el nombre de dolo ó engaño; Azevedo *l.* 4. *tit.* 25. *lib.* 8. *R. nn.* 4. y 5.

16. Nadie ignora que no incurre en pena alguna el que mata á otro por escijirlo su propia defensa, *ll.* 3. *d. tit.* 23. y 2. *d. tit.* 8. pero esta defensa debe ser necesaria al matador para preservarse, Azev. *l.* 1. *d. tit.* 23. n. 26. y sigui. Si el invadido no estuvo en verdadero peligro de muerte, ó pudo evitarlo huyendo sin deshonor; y sin embargo mata al agresor, debe ser castigado no con pena de muerte sino con otra extraordinaria, como prueba Gomez, 3. *var. cap.* 8. n. 24.

17. La *l.* 4. *d. tit.* 23. da el derecho de matar á otro en los casos siguientes: 1.º Si uno halla á otro yaciendo con su mujer, en cualquier parte que lo halle: 2.º Si lo halla en casa yaciendo con su hija ó con su hermana: 3.º Si lo halla llevándose mujer forzada para yacer, ó que ya hubiese yacido con ella: 4.º Si halla un ladron de noche en su casa hurtando ó forzandola, ó si lo hallare con el hurto huyendo, y no quisiese darse preso; ó si lo hallare hurtándole lo suyo, y no lo quisiese dejar: 5.º Si socorre á su señor á quien ve matar, á su padre, ó hijo, abuelo ó hermano ó otro hombre á

quien debe vengar por linaje. El comentario de Azev. á d. l. 4. es muy digno de leerse, y notamos con él:

18. 1.º Que para la impunidad del matador en el primer caso es necesario que mate al mismo tiempo á su mujer adúltera; l. 1. tit. 20. lib. 8. R. la cual dice: que no pueda matar al uno, y dejar al otro.

19. 2.º Que la l. 5. tit. 8. P. 7. escije fuerza para que el matador quede impune, mientras que la l. 4. recopilada no la escije: lo que se concilia advirtiendo, que la primera habla del caso en que se va á yacer; y la segunda del caso en que se está yaciendo. El padre tambien ha de matar al que encontró yaciendo con su hija; pero esto se entiende cuando la hija es soltera; porque si fuese casada, como ya habia adulterio, solo el marido podria matarla en los términos que hemos referido.

20. 3.º Que en cuanto al tercer caso se inclina Azev. en los nn. 18. y sigui. á que pueda matar cualquiera, aunque no sea pariente de la mujer forzada.

21. 4.º Que sobre el cuarto caso se deben tener presente las palabras de la ley recopilada, que hemos copiado, y las siguientes de la l. 3. tit. 8. P. 7. "Otro tal decimos, que seria si algun ome hallase algun ladrón de noche en su casa é lo quisiere prender para darlo á la justicia, si el ladrón se amparase con armas: ca entonces si lo matase no era por eso en pena, é si lo hallase allí de dia, y lo pudiese prender sin algun peligro, no lo debe matar en alguna manera."

22. Azevedo procura concordar estas dos leyes, y despues de citar á Lopez en las *glosas de d. l. 3.* y á Covar. en la clementina, *Si furiosus*, 3. Part. 5. unio. n. 6. dico en los nn. 32. y sigui. "segun la l. 4. si el ladrón tenia las cosas, é estaba tomándolas, ó horadando la casa, ó abriéndola para hurtar, se le puede matar; pero no, si no hacia ninguna de estas cosas, y podia ser conocido ó habia testigos, y no se temia que desapareciese con las cosas hurtadas; porque entonces aun cuando no se quisiese dar á prision, y quisiese fugar, no se le ha de matar, á no ser que quisiese matar al dueño, y este lo matase defendiéndose: y así se concilia nuestra ley recopilada con la de *Partida*, siendo digno de notarse que ni Lopez ni otro alguno de nuestros escritores reparan en estas circunstancias. Y todo esto se ha de entender cuando se halla al ladrón de noche, en la casa, haciendo las cosas referidas; pues seria lo contrario, si se le hallase de dia, á no ser que se defiende con armas; porque entonces tambien es lícito matar al ladrón que hurta de dia."²⁷

23. Según la glosa de la *l. 3.* no se puede matar al que hurta de día, y se resiste con armas, si se puede defender de la resistencia, y recobrar las cosas hurtadas dando gritos; pero no es necesario gritar cuando el hurto es de noche; aunque según Azev. n. 57. también se debe gritar en este caso; porque el grito es signo de que se hace violencia, y por consiguiente el que mata tendría á su favor la presunción de que el ladrón quiso defenderse con armas.

24. 5.º El mismo Azevedo estiendo juramento, en el quinto caso, al marido y á los parientes del cuarto grado la facultad de matar para socorrer á su mujer y á sus parientes.

25. La *c. l. 3. tit. 8. P. 7.* trae otros tres casos á mas de los cinco de la *l. recop.*—1.º si uno matare á soldado que desamparase á su señor dentro del campo ó en huerte, ó se fuese á los enemigos, y queriendo prenderlo en la carrera para llevarlo á su señor ó á la Corte del Rey, se defendiese.

26. 2.º Si matare al que le quemaba ó destruía de noche sus casas, campos, mieses ú arboles, ó de día apoderándose por fuerza de las cosas que le tomaba.

27. 3.º Si matare al que fuese ladrón conocido, público robador de caminos; lo que limita Lopez, *glosa 11.* al caso en que el ladrón se resiste sin darse á prisión; y añade, que es lo mismo público que famoso.

28. Antiguamente solo el que mataba á sus padres cometía el atrozísimo delito de parricidio; pero despues se extendió á otros parientes por la *l. 1 tit. 9. lib. 49. dig.* de la cual es tomada la *l. 12. tit. 8. P. 7.* que da por parricida al que mata á su padre, abuelo, bisabuelo, hijo, nieto, biznieto, hermano, sobrino, tío, marido, mujer, suegro, suegra, yerno, nuera, padastro, madrastra, estenado ó patrono. Su pena consiste en ser azotado públicamente, y despues metido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una culebra y un mono, y arrojado al mar ó rio mas cercano; pero lo que se acostumbra es quitar primero la vida al delincente, y simular que se arroja al mar su cadáver en un saco, en cuyo exterior se pintan ciertos animales. Torres, *lib. 4 tit. 18. §. 6. Inst. español.* dice, que esto es conforme á la *l. 46. tit. 18. lib. 8. R.* que manda, que al condenado en pena de muerte á saeta, no se le pueda tirar saeta, sin que primero sea ahogado. Esta pena tiene también lugar contra los que dan ayuda ó consejo para cometer este delito, aunque sean extraños, y contra el que compra ponzoña para matar á su padre, y trabaja por dársela, sin poderlo conseguir. Véase á Gomez, 3. var. cap. 3. n. 3.

29. Hablemos ahora de los rieptos, desafíos ó duelos y lides. Riepto ó desafío es: *emplazarse para reñir*; *Aul. 1. tit. 8. lib. 8.* por el cual se anulaban las antiguas leyes del riepto, y se prohibieron con graves penas. La *l. 12. tit. 8. lib. 8. R.* confirma este *auto* y dice, que los que desafían, los que admiten el desafío, los que intervienen en él por terceros ó padrinos, los que llevan carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierdan irremisiblemente por el mismo hecho todas las oficias, rentas y honores que tengan del rey, queden inhabiles para tenerlos en adelante, y sean infames. Siendo caballeros de las órdenes militares se les degrade; y teniendo encomiendas vaquen; esto a demas de la pena de alevos y perdimiento de todos sus bienes, establecida por la *l. 10. d. tit. 8.* Si el desafío llega á tener efecto, saliendo al puesto señalado los desafiados ó alguno de ellos, aun cuando no haya riña, sean castigados con pena de muerte y confiscados todos sus bienes. Todos los que vieren ó miraren los desafíos cuando riñen y no los estorven pudiendo, ó no tayan á dar luego aviso á la justicia, sean castigados con seis meses de prision, y perdimiento de la tercera parte de sus bienes. En este delito no tiene lugar la prescripción. Las demas particularidades véanse en *d. l. 12.* Las lides son especies de desafíos de que usaron los Godos; Véase Cornejo, *diccion. hístor. Lid.*

NOTAS.

(1) Los progresos de la razon van aboliendo la pena de muerte que se subroga por la prision perpetua, en la que se aplica al condenado todo el rigor de una pena, justa, porque guarda la debida proporcion con el crimen; útil, porque es capaz de reprimirlo, y razonable, porque no dejenera en los extremos de la crueldad, y porque consulta el bien estar físico y moral del individuo en cuanto sea compatible con su situacion. Pero la pena de muerte tiene todavia mayores inconvenientes en los crímenes políticos; porque los que hoy se consideran como tales, mañana se reputan como hechos heroicos; y porque puede incurrir en ellos un ciudadano estimable, á quien pudo haberse desterrado para que en mejores tiempos volviese á ser útil á su familia y á su patria. El Sr. Luca, abogado frances, ha escrito últimamente con mucho aplauso sobre esta importante materia.

(2) La confiscacion y la infamia decretadas contra los hijos inocentes son penas sumamente injustas; porque nunca se puede penar en el inocente el crimen del culpable. Semejantes leyes se deben interpretar del mejor modo posible

á favor del inocente. La presente es tomada de la 5.ª *cod. ad leg. Jul. maj.* dictada por los favoritos de Arcadio y Honorias y Vinio, §. 8. *Inst. de Pub. jud.* es de parecer que estas emperadoras se arrepintieron de ello, y la derogaron dos años después por la Constitución, que se lee en la 22.ª *cod. de Post.* por la cual se manda ceñir precisamente toda pena al culpado.

(3) ¿Que distancia entre estas leyes tomadas de las que dictaron los monstruos de Roma: entre estas leyes que interesan al juez en hallar crímenes políticos: que en los juicios sobre ellos violan ó olvidan todas las reglas del derecho: que admiten á declarar á los que ellos mismas dan por inhabilitados en los demás juicios: que distancias, volvemos á decir, entre estas leyes y la legislación Inglesa que tiene por principio fundamental *proporcionar al acusado mayores medios de defensa mientras mas grave es su crimen!* Cuando en 1800 disparó Santiago Hadfield un tiro de pistola contra Jorge 3.º en el teatro de Drury Lane, el Sr. Erskine, encargado por la corte de la defensa del acusado, habló en estos términos: "Yo convengo con el abogado jeneral que si en el mismo teatro hubiese disparado el acusado un tiro contra el mas oscuro de los hombres que se encuentran en este recinto, habria sido conducido á juicio al instante, y al suplicio en seguida, si se le hubiese declarado culpable . . . Pero acusado de un ataque de muerte contra la persona del rey, la ley lo embre enteramente con toda su armadura: los mismos jueces del rey le han dado un concejo elegido no por ellos sino por él. Ha recibido una copia del acta de acusacion diez dias antes del debate. Ha sabido los nombres, las cualidades, la habitacion de todos los jurados designados ante la corte. Ha podido ejercer en su mayor estension el privilegio de las recusaciones perentorias. Ha gozado del mismo beneficio con respecto á los testigos que deponen contra él. La ley ha hecho mas todavía; ha querido que un solemne intervalo separase el juicio del crimen: ¡y que espectáculo mas sublime que el de toda una nacion legalmente declarada incapaz de hacer justicia por algun tiempo, y el de esta mora de quince dias prescrita antes del debate, para que el espíritu de los hombres no se deja penetrar de prevencion y de parcialidad!" *Speeches of Lord Erskine.*

(4) ¿Será posible que los que atentan contra un juez ó concejero sean reos de lesa majestad, como si atentasen contra el soberano? Los tribunales, que existen bajo semejantes leyes, deben tener esto presente, y ser muy circunspectos así en la calificación de tales delitos, como en el examen de las pruebas y la aplicacion de las penas, debiendo acomodarse en cualquier caso á los tiempos y á los lugares.

TITULO XXV.

DE LOS HURTOS, ROBOS, FUERZAS Y ASONADAS.

Tít. 10. 13. y 14. P. 7.—Tít. 11. 12 y 13. lib. 8. R.

Tít. 1. et 2. lib. 4. Inst.—Tít. 14. et 21. lib. 47. tit. 6. et 7. lib. 48. dig.

1. Del hurto y su division.—2. Pena del primer y segundo hurto simple.—3. Pena de presidio en lugar de galeras.—4. No se puede condenar á presidio perpetuo.—5. Se puede conmutar la pena de presidio en pena pecuniaria.—6. Circunstancias que constituyen el hurto calificado.—7. Del primer hurto calificado á que se aplica pena de muerte.—8. Observaciones sobre este hurto.—9. Del segundo hurto calificado á que se aplica pena de muerte.—10. Del tercer hurto simple á que se aplica pena de muerte.—11. No se puede conmutar la pena de muerte.—12. Pena del hurto en la Corte.—13. Pena del hurto en el menor de 17 años.—14. Pena del abigeato.—15. Pena del que muda mojonas.—16. De la fuerza y de los que la hacen con armas.—17. De los que se entiende que hacen fuerza con armas.—18. Penas del que hace ó se entiende que hace fuerza con armas.—19. Penas del que hace fuerza sin armas.—20. Penas especiales en algunas fuerzas, y primeramente del incendiario.—21. Del que quita á otro una cosa de su propia autoridad.—22. Del que se alza con intereses ajenos.—23. De las asonadas.—24. De la asonada contra el Estado.—25. De las asonadas de ménos gravedad.—26. hasta 31. Penas de este crimen.—32. Pena del que vierte especies sediciosas de palabra ó por escrito.—33. Modo de proceder en las causas de asonada.—34. y 35. Del crimen de resistencia á la justicia.—36. y 37. Penas de este crimen.—38. y 39. De los bandidos y contrabandistas que resisten á la justicia.—40. Pena del quebrantador de carcel.—41. Obligacion de ausiliar á la justicia en caso de asonada.

1. En el tít. 22. hemos hablado de los hurtos y robos con respecto á la obligacion pecuniaria que producen á favor del que recibió el daño; aora tratamos de las penas que se impo-

men á los delinquentes para reprimir y precaver los delitos. Los furtadores, pueden ser escarmentados en dos maneras: la una con pena de pecho ó pecuniaria, y la otra con escarmentamiento, que es la pena corporal; *L. 18. tit. 14. P. 7.* El hurto puede ser simple ó calificado; *L. 7. tit. 11. lib. 8. R.* Simple es el que no tiene circunstancia alguna que lo agrave, y calificado el que la tiene.

2. La pena del primer hurto simple ó sencillo es de vergüenza (1) y seis años de galera, con tal que el reo tenga á lo ménos 17 años; *L. 9. d. tit. II.* y se debe notar con Don, *Derech. publ. §. Hurto, n. 19.* que esta ley no distingue si el hurto es enorme ó no. La del segundo hurto simple es de cien azotes y galera perpetua, si el reo es mayor de 20 años; *L. 7. d. tit. 11.* comprendiendo las penas de ambas leyes, á los encubridores, receptadores y partícipes de los hurtos; *Azev. en d. L. 7.*

3. Mas por no hallarse las galeras en estado de servir se condena ahora á presidio, conforme á la *real orden de 30 de diciembre de 1805.* Las últimas reales órdenes mandan que los reos sean destinados segun el tiempo y la necesidad de trabajadores que tengan los presidios. Por cédula de 4 de noviembre de 1787 se debe destinar á las Islas Filipinas y Cuerpo fijo de Manila á los que se destinaban á Puerto Rico y presidios de Africa. Y los condenados á otros presidios deben ir á Zenta por circular de 1795.

4. Por cédula de 28 de marzo de 1786, que se refiere á otras, se manda que no se destine perpetuamente reo alguno á presidio, ni reclusion en casa de correccion sin limitacion de tiempo para evitar la desesperacion y otros inconvenientes. La de 17 de febrero de 1786 manda, que las leyes que señalan diez años de presidio se entiendan por una sola sentencia y sin perjuicio de la recarga por nuevos crímenes. Diez años con la clausula de la retencion es á lo mas que pueden estenderse las condenas de presidio por la cédula de 7 de octubre de 1786.

5. La pena de presidio se puede conmutar segun el delito, conforme á la *Instruccion de 1808 para el Gobierno, y Beneficio de los efectos de Penas de Cámara,* mandada observar como *Adicional* á la expedida en 27 de diciembre de 1748 que dice en el cap. 5. "A las personas pudientes se les impondrán penas pecuniarias en lugar de las efectivas de cárcel ó detencion y otras de semejante naturaleza por delitos leves; y tambien los Tribunales superiores podrán conmutar las penas de presidio en pecuniarias, permitiéndolo la clase del delito: puesto que sobre ser útil al aumento de

fondos que necesita la administracion de justicia, producirá mas escarmiento y ménos malas consecuencias en muchas familias. ¹¹

6. Antes de tratar del tercer hurto simple nos contraeremos al hurto calificado: las circunstancias que lo constituyen tal dependen: 1.º Del modo, como si el hurto se hace por fuerza ó violencia, con armas ó quebrantamiento; porque la esencia del hurto consiste en la violencia sea con armas ó sin ellas: 2.º Del lugar, como la iglesia, los caminos ó el mar: 3.º Del tiempo, como si es de noche, ó cuando sobreviene un incendio ó naufragio: 4.º De la persona, como si el que hurta es un centinela, ó un doméstico, ó un comerciante que se alza; porque estos roban con seguridad, y abusan de la confianza: 5.º Finalmente, la costumbre, bastando tres actos para ella.

7. De los hurtos calificados unos se castigan con pena de muerte desde la primer vez, y otros en la segunda. Entre los primeros se comprenden los seis casos de la l. 18. tit. 14. P. 7. que dice: "mas por razon de furto no se debe matar ni cortar miembro ninguno, fueras ende: 1.º Si fuese ladron conocido que manifestamente tuviese caminos: 2.º O que robase á otros en el mar con navios armados á quien dicen pirata: 3.º O si fuese ladron que hubiese entrado por fuerza en la casa ó lugar de otro para robar, con armas ó sin armas: 4.º O ladron que hurtase de la iglesia ó de otro lugar religioso alguna cosa santa ó sagrada: 5.º O oficial del gobierno que tuviese de él algun tesoro, ó que hubiese de recaudar sus pechos, y le hurtase, ó le encubriese de ello á subidas: 6.º O el juez que hurtare los maravedis del gobierno ó de algun concejo mientras estuviese en el oficio. Qualquier de estos á quien fuese probado que hizo hurto en alguna de estas maneras debe morir por ende él y cuantos dieren ayuda y consejo á tales ladrones para hacer el hurto, ó los encubrieren en sus casas ó otros lugares. Pero si el gobierno ó concejo no demandase el hurto que habia hecho su oficial despues que lo supiere por cierto hasta cinco años, no le podria despues dar muerte por ello como quier que le podria demandar pena de pecho de quatro doble; l. 7. ad l. Jul. pecul. §. 9. Inst. de publ. jud.

8. Segun Gomez, 3. var. cap. 5. n. 10. se entiende en el 1r. caso el que estuviese en los caminos de propósito para robar. Sobre el 2.º caso dice la l. 6. tit. 5. lib. del Fuero de las leyes, que: *toda ome que ó foradase casa ó quebrantase iglesia por furtar, muera por ello;* y Gomez n. 12.

dice, que así se practica, y lo vió en un hurto mínimo que le sucedió; y añade, que no basta para esta pena el rompimiento de arca ú otra cosa en que estaba lo que se ha hurtado; porque las *leyes citadas* requieren violencia con rompimiento de casa, entrándola y quebrantándola; y que por esta razón defendió y libertó de la muerte á un criado, que rompiendo un arca, hurtó más de 50 dabanos, y fue convicto y confeso.

9. Se impone muerte por el segundo hurto á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros; *ll. 6. y 7. tit. 23. P. 2.* que añade otras penas de corte de orejas, manos y otras semejantes que deben preceder, y no estan en uso.

10. Aquel cuyo hurto se halla acompañado de alguna circunstancia por la cual lo condenan á muerte las leyes, es reo de *ladroneo*, y se llama *ladrón famoso*; y dicen nuestros autores que está generalmente recibido que se imponga pena de horca por el tercer hurto simple; porque ya entonces el ladrón es famoso; Lopez, *gl. 5 d. l. 18.* Gomez, *d. cap. 5. n. 6.* Azevedo, *d. l. 7.* pero todos convienen en que no tenemos ley que formalmente lo establezca así; (9) y que los tres hurtos han de ser grandes ó de cosa que valga mucho al arbitrio del juez de cada lugar, que debe atender para esto á la cosa y á las personas del que hurtó y del dueño; *l. 7. d. tit. 14.* También es necesario para que téngase lugar esta pena, que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo; Azevedo; *d. l. 7.* pero no es menester que se hayan hecho en un mismo territorio, ó que haya sido condenado el ladrón por alguno de los dos hurtos anteriores; Gomez, *d. cap. 5. tit. 2. y 3.*

11. Gutierrez, *Pract. criminal, par. 3. cap. 5. n. 24.* trae en *l. 8. tit. 11. lib. 9. R.* que manda que en los hurtos calificados y demas crímenes de cualquiera calidad, no siendo tan calificados ni graves que convenga á la república la pronta ejecución de la justicia, y pudiendo haber buenamente lugar á conciliación sin perjuicio de los querellantes, se continen las penas ordinarias en galeras por el tiempo que previere á las justicias atendida la calidad de los delitos. También los autores de la *l. n. de Castilla, lib. 2. cap. 4. §. 1.* se refieren á esta ley; y Alvarez Posailla, *Pract. criminal, tit. 37.* añade, que la mayor parte de las sentencias benignas que se observan, dimanar de la conmutacion que ellas confiere; pero ninguno de estos autores modernos se ha hecho cargo de que así *d. l.* como la *12. tit. 24. lib. 3. R.* se hallan espresamente derogadas por la *pregn. de 12 de marzo de 1771.* que manda á todos los jueces que á los reos por cuyos delitos segun la espresion literal ó equivalencia

de razon de las leyes penales del Reyno correspondá la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud y escrupulosidad, sin que puedan servir de pretexto ni traerse á consecuencia para la conmutacion ni minoracion de las penas las d. H. 8. y 12. declarando que sin embargo de estas y otras leyes y de cualquiera práctica fundada en ellas, se haga cumplimiento de justicia segun la natural calidad de los delitos y casos. Y quando sobre las mismas leyes, cuya observancia se manda acra, ocurra duda muy grave por la variacion sustancial de los tiempos ó otras circunstancias dignas de atencion que necesiten real declaracion, los tribunales deberán consultar al Concejo: (8)

12. El hurto simple hecho en la Corte se castigaba con pena de muerte; mas por el decreto real de 18 abril de 1746, que es la l. 6. tit. 14. lib. 12. de la Novia R. se mandó que estos hurtos se castigasen con penas arbitrarias, y aunque hay dos decretos reales de 19 de abril de 1764 y 22 de febrero de 1765 que reviven la pena de muerte, y pueden verse en el Teatro de la Legislacion universal, no se hallan en observancia, y la sala de los SS. alcaides procede conforme á lo dispuesto en d. l. 6. como afirma Gutierrez, d. cap. 5. n. 35.

13. Vilanova, *Materia crim. forense*, obser. 11. §. 14. n. 6 citando á *Math. de re crim. conf.* 41. n. 1. dice, que quando por razon del hurto, por la reincidencia ó por otra justa causa conviene imponer al menor de 17. años algún castigo corporal, se le aplica el de azotes, que suele mandarse ejecutar dentro de la cárcel, por via de correccion.

14. Los abigeos ó ladrones de bestias ó ganados que se llaman *castreros*, tienen pena de muerte quando usan hacer estos hurtos, y de obras públicas por algun tiempo los que sin este uso hurtan alguna bestia; pero si alguno hurta una grey, que se compone de diez ovejas, ó cinco puercos, ó cuatro yeguas, debe morir por ello, aunque no hubiese usado hacerlo otras veces, y de consiguiente por el primer hurto de una grey ó manada. Los que hurtasen menor número son castigados como los ladrones ordinarios; y los que encubren ó reciben á sabiendas tales hurtos, desterrados por diez años; l. 19 tit. 14. P. 7.—l. 1. §. 1. *Dig. de abigeis*. Y segun estas mismas leyes es necesario para ser abigeo ahuyentar ó desviar con arte ó maña algunas bestias de las dehesas ó de cualquiera especie de pastos, ó de la manada ó rebaño, bosques ó despoblado, quedándose con ellas como propias; Lopez, *glosa* 1. y en la 8. añade, que es juzgado como los ladrones ordinarios el que hurta una oveja ó un puerco, porque este se llama ladrón y no abigeo; pero que es

que hurta caballo ó buey ó mulo, que son bestias grandes aunque hurte uno solo de estos animales, se llama abijeo, no porque tenga la pena de muerte, sino la de obras públicas, cuando no hurta muchas veces.

15. El que muda los mojones ó señales que dividen una heredad de otra, comete un delito semejante al hurto, tiene que pagar al fisco cincuenta maravedis de oro por cada mojon mudado; *l. ult. de term. mot.* pierde el derecho que tuviere en la parte que procuró ganar con la mudanza, y si no lo tuviere, debe volverla á su dueño con el otro tanto; *l. 4. C. fin. regun.* La misma pena tiene lugar contra los que mudan mojones divisorios de los términos de los pueblos; *l. ult. tit. 14. P. 7.*

16. Fuerza es: la violencia que se hace maliciosamente, con armas ó sin ellas, y con intencion de causar algun daño á otro que no pueda resistir. Hacen fuerza con armas: 1.º El que acomete ó hiero á otro con armas de madera ó de hierro, con piedras, y mas si fuese con armas de fuego: 2.º El que lleva consigo hombres armados para hacer mal á otro en su persona ó en sus cosas: 3.º El que estando armado encierra ó combate á otro en su casa ú otro lugar, ó lo prende, ó lo precisa á hacer algun pacto contra su voluntad: 4.º El que con jente armada va á quemar ó robar algun pueblo, casa, nave ú otro lugar: 5.º El que junta hombres armados con intencion de meter escándalo ó bullicio en algun pueblo ú otro paraje, aunque del ayuntamiento de las armas no nazca mal ni daño; *ll. 1. y 2. tit. 10. P. 7.—l. ult. C. ad. leg. Jul. de vi publ.*

17. Se entiende que hacen fuerza con armas, aunque formalmente no las lleven: 1.º El que en la confusion de un incendio hurta ó roba algunas cosas de las que habia en la casa incendiada: 2.º El que prohíbe á los concurrentes que apaguen el incendio ó que libren las cosas del dueño; *l. 8. d. tit. 10.—l. 8. 55. 8 y 5. ad. l. Jul. de vi publ.—* 3.º El juez que por malicia ó ignorancia, sobre no conceder la apelacion, deshonra, prende, hiero ó maltrata al que la pide; *l. 4.—l. 7. cod.—* 4.º El que escije contribuciones ó portazgos que no estan aprobados por el gobierno; *l. 5.—l. ult. cod. En las ll. 5. 6. 8. y 9. tit. 7. P. 5.* pueden verse otras penas contra los que cobran estos portazgos: 5.º El que va con jente armada á los juicios, diciendo encubiertamente palabras para intimidar á los jueces, abogados, ó testigos; *l. 6.—l. 10. cod.* Los que se arman ó juntan jente en su casa para defenderse de la fuerza, no incurrén en pena alguna; *l. 7.*

18. Las penas del que hace ó se entiende que hace fuerza

con armas son: 1.º Destierro perpetuo: 2a. Confiscacion de todos sus bienes, si no tiene parientes de linea recta hasta el tercer grado, sacando las arras de su mujer y las deudas que debia hasta el dia que fué dada la sentencia: 3a. Si muriese alguno de parte del forzador ó del forzado, debe sufrir la pena de muerte el jefe de la fuerza; *l. 8. d. tit. 10.—l. 6. C. ad. l. Jul. de vi públ.*

19. Las penas del que hace fuerza sin armas son: 1a. Destierro: 2a. Confiscacion de la tercera parte de sus bienes: 3a. Pérdida del oficio público que tuviese é inhabilitacion para cualquier otro oficio.—A mas de estas penas debe en jeneral todo forzador pagar al forzado los perjuicios que le vinieron por su culpa; *l. 9. tit. 10.*

20. Veamos ora las penas especiales en algunas fuerzas: 1a. El que juntando hombres con armas pusiese fuego ó lo mandase poner para quemar casa ú otro edificio ó mieses de otro, debe ser desterrado para siempre si fuere hijo dalgo ú hombre honrado, y quemado si fuere hombre de otra clase ó vil; *d. l. 9.*

21. 2a. Las *ll. 13. y 14. d. tit. 10. P. 7.* mandan que si un acreedor de su propio autoridad quita por fuerza al deudor una prenda ó la cosa que le es debida por algun contrato, pierda su crédito y vuelva al deudor lo que tomó, quedando este libre del pago de la deuda. Pero si la cosa que tomó de su autoridad era la prenda señalada en el contrato, y tenia derecho á conservarla en su poder hasta que se le pague; y no la tomó para quedarse con ella: en este caso solo pierde el derecho á la prenda y no el crédito, segun Lopez, *glosa 1. d. l. 14.* Y si fuese tan atrevido, que prendiese á otro por tal razon como esta, debe ademas recibir alguna pena en el cuerpo segun el arbitrio del juez, *l. 15.* Tambien está sujeto á las penas del que comete fuerza y de robador público el que de su autoridad quita á otro alguna cosa aunque le sea debida, segun unas *ll. de las tit. 13. y 17. lib. 4. R.*

22. 3a. Las *ll. 1. 2. 3. 4. y 5. tit. 19. lib. 5. R.* mandan que los mercaderes y cambiadores que se alzan con intereses ajenos se tengan por ladrones y salteadores públicos, y se les aplique las penas establecidas contra estos: que no pueden volver á ejercer estos oficios, y que si vuelven se les confisquen sus bienes: que los que les deben ó tienen cosas de ellos, no las entreguen á ellos sino á la justicia para que sean pagados los acreedores, bajo la pena de que volverán á pagar lo que les hubieren pagado ó entregado. Y que todo esto se entienda y ejecute tambien contra los recaudadores y mayor-

demos de concejos, y de cualquier persona que se alzare con lo que estaba á su cuidado.

23. En el delito de fuerza se comprenden las asonadas, los levantamientos, los tumultos, alborotos, escándalos, bullidos, motines ó sediciones con que se turba la quietud pública. *Es, pues, la asonada el levantamiento y reunión de diez hombres al menos contra la pública seguridad;* Lopez, *glosa 2. l. 16. tit. 26. P. 2. y Azev. l. 1. tit. 15. lib. 8. R.*

24. La asonada que se dirige contra el Estado se castiga con las penas del crimen de perjuración ó lesa patria, notadas en el n. 4. tit. 24.

25. Sobre las asonadas de otra naturaleza, como las que se dirijen á reusar la obediencia de alguna ley ó precepto, ó á solicitar alguna cosa, aunque fuere de pedir ó desear, mas por los medios legítimos y no por los violentos de conspirar con bandos y parcialidades, debe verse la pragm. de 17 de abril de 1774, que prescribe el modo de proceder en ellas, y manda se apliquen á los delincuentes las penas que señalan las leyes; pero como no dice que leyes son estas, es también necesario ver las 3. tit. 19. P. 2.—16. y 17. tit. 26. de la misma P.—1. y 2. tit. 2. P. 7.—2. y 8. tit. 10. de la misma P.—1. tit. 7. lib. 1. R.—algunas del tit. 14. lib. 2. y las del tit. 15. del mismo lib.

26. Si requeridos los tumultuados de orden de la justicia, no se apartan, se han de derribar sus casas fuertes, y han de ser conducidos presos al soberano, para que les imponga la pena que le parezca conveniente: no teniendo dichas casas han de salir desterrados del reino por cuatro años; y aunque el Soberano les perdone, no han de poder en los cuatro años que habian de sufrir de destierro, poner demanda, ni querrela, ni ha de tener nadie obligación de responderles, sin embargo de que ellos han de tenerse de responder á los que los demanden ó acusen: en cuya pena incurren los que ayudan en las asonadas, y amonestados por la justicia cometiesen igual desobediencia; l. 1. tit. 15. lib. 8. R. Era de 1886. Además, en los que concurren á las asonadas, hicieron algunos daños ó tomaron algun conducho (comensales que podían pedir los señores á sus vasallos,) han de satisfacerlo todo cuadruplicado al fisco, y duplicado á los que recibieron el perjuicio; l. 2. y 3. d. tit.

27. Los Prácticos citan comunmente la l. 6. d. tit. 15 que es del año de 1501, y prohíbe las asonadas bajo pena de confiscación de la cuarta parte de los bienes, pérdida de todos los oficios, mercedes y rentas recibidos de mano del soberano, y dos años de destierro del domicilio por la pri-

mej vez: por la segunda destierro del reino y pérdida de la mitad de los bienes; y por la tercera, muerte como á enemigos de la patria.

28. Dou, *Derecho público. lib. 3. tit. 5. cap. 5. sec. 2. art. 2.* no duda, que por el espíritu de las *ll. 6. tit. 12. y 14. tit. 25. lib. 8. R.* si se causase daño ó desorden mayor como si muriere alguno en la peléa ó cosa semejante, ha de morir el autor principal de la asonada, como dice Pradilla, *Sum. de Ley. pen. part. 1. cap. 38. n. 3.*

29. La *l. 6. tit. 15. lib. 8. R.* estableció pena de muerte con pérdida de todos sus bienes para el fisco contra el que maliciosamente repicare campanas sin mandato de la justicia.

30. Por las varias leyes que tratan de esta materia se observa, que segun la persona contra quien se dirija la asonada, segun el modo y las circunstancias que intervengan, con todo lo demas que acompañe, así deberá ser el castigo; unas veces de muerte con confiscación de bienes; otras de galeras, otras de destierro, y las dias, por no decir todas con Azév. en la *l. 1. tit. 15. lib. 8. R.* arbitraria de parte del Soberano, según la misma ley que dice: *y sean traídos presos ante nos, para que nos les demos aquella pena que entendieremos que deben.* El mismo Azév. explica en seguida los que deben considerarse autores.

31. Por auto acord. de 5 de mayo de 1766 se declara que los autores, fomentadores, auxiliadores ó participes voluntarios de los motines ó tumultos son infames toda su vida para todos los efectos civiles como enemigos de la patria, siguiéndoles este resto sin prescripción alguna de tiempo. Y que los indultos y perdones que los magistrados, ayuntamientos ú otras cualesquiera personas concedan á los reos de tan enormes crímenes, son de ningún momento, por ser esta facultad privativa de la suprema realia.

32. Por otro auto acord. de 1 de abril de 1767 se manda que el que injiere ó se arrogare la facultad de anunciar algunas leyes ó reglas de gobierno inciertas, ó que contengan especies sediciosas; de palabra ó por escrito, con firma ó sin ella, sea castigado como conspirador contra la tranquilidad pública, y tratado como reo de Estado, valiéndose contra él las pruebas privilegiadas.

33. Pero la cédula de estos últimos tiempos mas particular en materia de bullicios y alborotos es la cit. de 17 de abril de 1774, por la que: 1.º Toca el conocimiento de estas causas á la jurisdicción ordinaria, sin que valga fuero alguno para excusarse de ella: 2.º Se han de consultar las sentencias con las

Salas del Crimen ó de Corte de sus respectivos distritos ó con el Concejo, si la necesidad lo escije: 3.º Se consideran como reos de la asonada los que no dieron cuenta de los papeles sediciosos que la promovieron: 4.º Si despues de publicado un bando para que se separen las jentes, se encuentran personas reunidas en número de diez, han de ser estas tratadas como autores del bullicio: 5.º Los que no se retirán á sus casas, incluso los que se hallen por curiosidad en las calles, deben ser castigados como desobedientes al bando.

34. La resistencia á la justicia puede ser mas ó ménos grave segun sea desobediencia, ó desacato, ó fuerza; y esta puede ser sin armas y sin ayuntamiento de jentes, ó con estas ú otras circunstancias, entre las cuales son esenciales la clase ó dignidad del juez, y que el resistente proceda contra este como tal, y no como contra una persona privada.

35. El ayuntamiento de jentes puede constituir un levantamiento ó sedicion con que se turbe la tranquilidad pública, ya estrayendo los reos violentamente de las cárceles, ya tomando por propia autoridad conocimiento de sus causas, ya despreciando ó desobedeciendo los mandatos de las justicias, ya impidiendo á los majistrados el ejercicio de sus empleos, ya obligando á las justicias ó ayuntamientos á que hagan bajas en los abastos públicos, &c.

36. Por la *l. últ. tit. 22. lib. 8. R. de S de mayo de 1566* se manda "que los que cometieren delito de resistencia á las justicias, ó las hirieren, en caso que segun la cualidad del delito y de las personas les habia de ser puesta pena corporal, se commute esta en vergüenza y ocho años de galeras; salvo si la resistencia fuese tan qualificada que para el ejemplo de la justicia se deba y convenga hacer mayor castigo" de suerte que como la resistencia á las justicias puede cometerse de tantas maneras y con tanta variedad de circunstancias, tiene mas lugar en este delito que en otros el arbitrio del juez para imponer la pena proporcionada, la cual puede ser de azotes y aun de muerte segun el hecho, sus circunstancias y condicion de las personas con arreglo á las *ll. 4. 6. y 10. tit. 10. lib. 12. de la Novis. R.* A que se añade que en este delito un mismo hecho, sin distinta calificacion, se estima unas veces alevocia, y se castiga como tal, y otras no: lo que consiste en la dignidad y clase del juez á quien se resiste, conforme á *d. ll. y á las l. 2. y 5. del mismo tit. y la 8. tit. 10. P. 7.*

37. El conocimiento y castigo de estos delitos corresponde á la justicia á quien se ha resistido, segun la real orden de 9 de julio de 1784. por la cual no solo pierde

el fuero el que hiciere resistencia á la justicia, sino el que cometiere desacato ó falta de respeto de palabra ú obra, en cuyo caso podrán ser arrestados y castigados los delinquentes, remitiendo testimonio á los jueces privilegiados.

38. Incurren en pena de la vida los bandidos, contrabandistas ó saltadores que hiciere fuego, ó resistencia con arma blanca á la tropa que los capitanes ó comandantes jenerales empleen con jefes destinados espresamente á su persecucion por sí, ó como auxiliadores de la jurisdiccion real, ordinaria ó de rentas. Los reos quedan sujetos por el hecho de tal resistencia á la jurisdiccion militar, y ha de juzgarlos un concejo de guerra de oficiales, presidido de uno de graduacion que elija el capitan ó comandante jeneral de la provincia. A los reos que no hayan hecho fuego ni resistencia con arma blanca; pero que hubieren acompañado á los que hubiesen cometido este delito, condenará el mismo concejo á diez años de presidio, debiendo ejecutarse sin dilacion ni otro requisito las espresadas sentencias. Pero cuando la tropa preste auxilio á las mencionadas jurisdicciones, sin haber precedido delegacion ó nombramiento del jefe de ella por el capitan ó comandante jeneral, conocerá de la causa la jurisdiccion á que correspondan los reos, aunque hubiere habido resistencia, por la cual debe imponerseles incontinenti la pena de azotes conforme al auto acordado y pragmática que lo previenen; y deberán observarse sin perjuicio de la causa principal; cédula de 5 de mayo de 1789. que es la *l. 10. tit. 10. lib. 12. de la Novis. R.*

39. Mas por la cédula de 7 de octubre de 1796 se prohibe imponer penas á los reos de resistencia á la justicia, escalamiento de cárcel y de otro de pragmática sin preceder su declaracion, la audiencia de sus excepciones ó defensas y la prueba legal del delito y delincuente, anulándose cualquiera estilo ó práctica contraria.

40. La pena del quebrantador de cárcel es arbitraria, segun la *l. 13. tit. 29. P. 7.* mas por real órden de 27 de enero de 1787. es destinado á galeras, si el delito porque estaba preso no pidiese mayor pena, y fuese probado, en cuyo caso se le impondrá la que merezca el delito; de lo que se infiere que por solo el quebrantamiento no debe ser habido por confeso. Por *d. l. 13. y por la 7. tit. 26. lib. 8. R.* era el quebrantador habido por confeso, aunque no siempre, como esplica Azev. en *d. l. 7.* porque esta confesion presunta no escluia la prueba que hiciese de su inocencia el quebrantador, debiendo ceder la prueba presunta á la cierta. La cédula de 21 de junio de 1787 impone la pena de vergüenza pública por el escalamiento de cárcel.

U

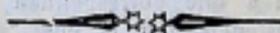
41. Últimamente, los Concejos y Rejidores deben auxiliar á la justicia contra los que movieren escandalos, los inobedientes y receptadores; *ll. 4. tit. 15. y 6. tit. 22. lib. 8. R.*

NOTAS.

(1) La pena de vergüenza por el primer hurto lejos de reprimir el delito lo fomenta; porque despoja enteramente al hombre del honor que todavia podria moderarlo.

(2) Por el tercer hurto dicen algunos autores que se debe imponer la pena de muerte, mas aunque yo soy de opinion que deben ser castigados los ladrones con el rigor de la ley, no hallo una que imponga espresamente esta pena, y por tanto no suscribo á la opinion de estos autores; Palacios, en *las Inst. del Derecho civil de Castilla, lib. 2. tit. 20. Hurto.*

(3) El mismo Palacios, *loc. cit.* dice: sin embargo de lo terminante de esta pragmática y de su severidad, la práctica ha alterado y suavizado en muchos delitos las penas: lo mismo dicen todos los demas prácticos, incluso el mas moderno que es Escriche en su *Diccionario de legislación.*



TITULO XXVI.

DE LAS FALSEDADES.

Tít. 7. P. 7.—Tít. 17. lib. 6. R.—Tít. 10. lib. 48. Dig.

1.—26. *Falsedades que refieren las ll. del tit. 7. P. 7.—2. y 8. Pena del falso testigo.—4. Pena del abogado que comete falsedad.—5. Pena del escribano falsario.—6. y 7. Pena del juez que juzga mal á sabiendas.—8. Pena del que coecha.—9. falsedades cuya pena se encuentra en la l. 6. tit. 7.—10. Pena del que falsos sellos del rey, obispo, &c.—11. Pena del que usa medidas ó pesos falsos, ac los que nenden una cosa á dos y del falso medidor o contador.—12. 13. 14. y 15. Pena del monedero falso.—16. Derecho de Indias.*

1. La falsedad es una ficcion, alteracion ó supresion de la verdad, que puede hacerse de muchos modos, y que cometen: 1.º El escribano ó notario público que hace privilejio

9 carta falsa á sabiendas, ó rasó ó cancela: ó muda alguna escritura verdadera, ó algunas palabras de ella; *l. 1. §. 4. ad. 1. Cornel. de fals.*—2.º El que teniendo en guarda un testamento de otro lo niega, ó lo esconde, ó quita los sellos, ó lo inutiliza de otro cualquier modo; *l. 2. ad. 1. Cornel. de fals.* ó lo enseña sin licencia del que se lo entregó reservadamente; *l. 1. §. 5. et 6. eod.*—3.º El que hurtase á otro un testamento que tenía en guarda. 4.º El juez ó escribano que leyese ó dijese á alguna de las partes lo contenido en una escritura que le mandaron tener en guarda ó abrir en secreto. 5.º El abogado que en daño de su parte manifiesta á la contraria las cartas ó secretos con que apoya su pretension. 6.º El abogado que alega á sabiendas leyes falsas; *l. ult. eod.* estando prevenido por aut. acord. de 1 de abril de 1767, que no se dé crédito á ley nueva, que no esté lejitimamente publicada. 7.º El depositario de privilegio ó otros instrumentos de algun concejo ó particular, que los muestra maliciosamente á los contrarios de estos; *l. 1. §. 6. eod.*—8.º El juez que da sentencia contra derecho á sabiendas; *l. 1. §. 3.*—9.º El que trabaja en corromper al juez para que dé sentencia injusta; *d. l. 1. §. 2.*—10.º El testigo que dice falso testimonio, ó niega la verdad sabiéndola. 11.º El que da precio á otro para que no dé testimonio de lo que sabe; en cuyo caso tambien comete falsedad el que recibe; *d. l. 1. §. 2.*—12.º El que muestra maliciosamente á los testigos el modo de dar su declaracion para encubrir ó negar la verdad. 13.º El que diese ayuda ó consejo para la falsedad en alguna de estas maneras que trae la *l. 1. tit. 7. P. 7.* ó en otras semejantes. 14.º El que descubre maliciosamente los secretos del gobierno. 15.º El que á sabiendas dice mentira al gobierno. 16.º El que anda con insignias ó traje de soldado sin serlo; *l. 27. §. 2. eod.*—17.º El que celebra misa sin ser presbitero. 18.º El que cambia su nombre maliciosamente; *l. 2. d. tit. 7.—l. 15. eod.*—19.º La mujer que hace creer al marido que es hijo suyo el que es ajeno; *l. 3. d. tit. 7.—l. 30. eod.*—20.º El que hace bulas, sellos ó cuños falsos ó los manda hacer; *ll. 4. y 6.*—21.º El que hace moneda falsa. 22.º El platero que mezcla maliciosamente algun otro metal en las piezas de oro ó plata que trabaja. 23.º El médico ó boticario que hiziere malas mezclas maliciosamente poniendo una cosa por otra; *l. 4. d. tit. 7.*—24.º El que á sabiendas compra ó vende con varas ó pesos falsos. 25.º El que vende á sabiendas una cosa á dos, y recibe precio de ambos; *l. 7. d. tit. 7.*—26.º El medidor de tierra, y el cortador nombrado por las partes, que á sabiendas dan á uno mas y á otro menos de lo que le toca; *l. 8. d. tit. 7.*

2. Despues de referir *d. l. 1.* las 12 falsedades primeras, añade: "Otro si decimos, que qualquier que diese ayuda ó consejo por do fuese fecha falsedad en alguna de estas maneras sobredichas, en otras semejantes de ellas, que hace falsedad é merece pena de falso. E de la pena que deben haber por ende, fablamos assaz cuplidamente en la *Tercera Partida* de este libro en las leyes que fablan en esta razon." mas refiriéndose Lopez, *glosa ult.* à estas leyes solo trae las cinco falsedades del testigo, del abogado prevaricador, del juez corrompido por dinuro, del escribano que hace escritura falsa, y del que coecha.

3. Segun la *l. 26. tit. 14. P. 3.* el falso testigo debe sufrir la misma pena que causó su falsedad, como muerte, mutilacion de miembro, &c. y en lo civil debe satisfacer todo cuanto se perdió por su testimonio, y ademas merece la pena de falso. Segun la *l. 4. tit. 17. lib. 8. R.* el que depuso falsamente en causa criminal ha de sufrir la misma pena de muerte ó otra corporal que debia imponerse al reo en su persona y bienes, si se le probase el delito que se le imputa, aunque á este no se haya impuesto tal pena, pues no quedó por el testigo. Y esta pena se ha de ejecutar en todos los delitos de qualquier calidad que sean. Y en las otras causas criminales y civiles, esto es, segun prueba Azev. en *d. l. 4. n. 95.* en que no se haya de imponer pena corporal, han de guardarse las leyes del reyno, que son la *cit. 26. tit. 11. P. 3. la 6. tit. 7. P. 7.* y la *ult. d. tit. 17. lib. 8. R.* que conmuta la pena de quitar los dientes en la de pública vergüenza y diez años de galeras, si la causa era civil; y si criminal, en la misma de vergüenza y galeras perpetuas: lo qual ha de estenderse á las personas que indujeren á los falsos testigos. Los autos acord. 1. y 2. *tit. 4. y único, tit. 17. lib. 8.* mandan que se ejecuten con la mas rigurosa exactitud las leyes contra los falsos testigos: sin embargo en la práctica apenas se ven castigados; y por eso se hallan testigos para probar quanto se quiere, aun á pesar de que el juez debe perseguirlos de oficio conforme á las *ll. 42. tit. 16. P. 3.—28. tit. 1. P. 7. y 57. tit. 5. lib. 2. R.*

4. El abogado que descubre el secreto de su parte á la contraria es dado por hombre de mala fama; nunca puede ser abogado ni consejero en ningun pleito; y puede imponerle el juez la pena que entendiere que merece; *l. 9. tit. 6. P. 3.* Pero el prevaricador, que es el que en secreto ayuda y aconseja á la parte contraria de aquella á quien defiende en público por salario ó por avenimiento, es alevoso y debe morir por ello; y de sus bienes debe ser pagado de todos los daños y

menoscabos aquel á quien hizo la falsedad. Esta misma pena tiene el abogado que á sabiendas hace usar á su parte falsas cartas ó falsos testigos; *l. 15. d. tit. 6.* Mas por derecho de Castilla la pena es resarcimiento de daños, privacion de oficio, y confiscacion de la mitad de los bienes; *ll. 6. y 17. tit. 16. lib. 2. R.* Y aun parece, que así en este caso como en los demas, es arbitraria en nuestros dias.

5. La pena del escribano de la corte del rey que hace falsedad en carta ó privilegio es de muerte. Si descubre secreto del rey á hombre que pueda hacer daño al mismo rey habrá de imponerle esta la pena que entendiere que mereca. Mas si es escribano de ciudad ó villa que hace alguna carta falsa, ó cometa alguna falsedad en el pleito que siga, debe cortársele la mano, y quedar infamado para siempre; *l. 16. tit. 19. P. 3. y 6. tit. 7. P. 7.* Vease á Azev. en la *l. 4. tit. 17. lib. 6. R.*

6. El juez que juzga mal á sabiendas por amor ó por odio en causa civil debe pechar otro tanto á aquel contra quien dió tal juicio y todos los daños y menoscabos y las expensas que este jurase; pierde su cargo, y queda infamado para siempre. Si juzgó mal por ignorancia, y jura que no dió el juicio maliciosamente, mas por yerro ó por su desentendimiento, no sabiendo escojer el derecho, solo debe pechar á bien vista de la corte del rey todo el daño é el menoscabo que causó. Pero si el mal juicio fué por alguna cosa que le hayan dado ó prometido, es tenuto de pechar al fisco tres tantos de lo recibido, y el doble de lo no recibido, y no vale la sentencia aunque no se apele de ella; *l. 24. tit. 22. P. 3.*

7. El juez menor que juzga mal á sabiendas en causa criminal merece la misma pena que impuso. Y si el rey le perdona la vida puédelo echar de la tierra para siempre por infamado, é tomarle todo lo suyo. La misma pena tiene el juez mayor cuando así condena á un rico ome, infanzon ó caballero honrado: mas si el condenado fuese de menor condicion, será desterrado. Y si tal juicio hubiese dado por precio, tambien debe ser desterrado para siempre, y su bienes confiscados, si no tuviese ascendientes ó descendientes hasta el 4.º grado, en cuyo caso pueden estos tomar los bienes dando el cuatro tanto de lo que él recibió y tres tanto para el fisco. Y si no recibió lo promovido, debe pechar un duplo al fisco y otro á los herederos del condenado injustamente; *l. 25 d. tit. 22.*

El acusador que da ó promete algo al juez para que juzgue injustamente, debe perder la demanda, y sufrir la pena de *d. l. 25.* quedando absuelto el acusado. Si el acusado es el

que da ó promete, debe sufrir la pena que mereceria si se probare la acusacion, á ménos que fuese cierto que era inocente, y constase que hizo esto por temor del pleito. Si la causa es civil, la pierde cualquiera que dé ó prometa, y paga al fisco el triple de lo dado ó el duplo de lo prometido. Si el corruptor se descubre de su grado, y lo puede probar, no tiene pena; Si no prueba, paga al fisco la estimacion del pleito, si es civil; y si criminal, se confiscan todos sus bienes, y el juez se purga con juramento; *l. 26. d. tit. 22.*

9. Explicadas estas cinco falsedades conformes á las leyes de la *P. 9a.* á que se refiere *d. l. 1. tit. 7. P. 7.* debemos notar las *ll. 2. 3. y 4. d. tit. 7.* que traen las falsedades 14. 19. 20. 22. y 23. n. 1. á las cuales se refiere la *l. 6.* que dice: "siendo alguno condenado en juicio ó confesando sin premia haber cometido alguna de las falsedades que dijimos en las leyes antes de esta, debe ser desterrado para siempre en alguna isla, y si hubiere parientes en la linea derecha hasta el tercer grado, deben heredar lo suyo; pero sino los tuviere, deben ser del fisco, deducidas las deudas y la dote y arras de su mujer." A lo que debemos añadir, que de las 13 falsedades primeras de *d. n. 1.* exceptuadas las cinco cuya pena se ha expresado ya, las demas pueden tambien considerarse comprendidas en esta pena de la *l. 6.*

10. De la falsedad 20. habla tambien la *l. 6.* para imponerle pena de muerte; y la *l. 3. tit. 17. lib. 8. R.* añade la confiscacion de la mitad de los bienes al que falsease los sellos del rey, ó de obispo ú otro prelado: lo que nos parece en el caso de tener el reo parientes en linea derecha dentro del tercer grado; porque si no los tuviese, habrá de ser la confiscacion de todos los bienes, conforme á *d. l. 6. Azev. en d. l. 8.* hace varias distinciones que pueden verse.

11. Las falsedades 24. 25. 26. tienen su pena señalada por las *ll. 7. y 8.* La 7. dice, que hace falsedad aunque no tan grande como las expresadas en las leyes anteriores del mismo *tit.* el que á sabiendas vendiese ó comprase con varas ó pesos falsos; y que debe pagar el daño doblado al que engañó, y ser desterrado por tiempo cierto al arbitrio del juez, rompiéndose públicamente, ante las puertas de su casa, las medidas ó pesos falsos; pero en el dia suele ser castigado con multa. Sobre la falsedad 25. del que vende una cosa á dos, vease el *tit. 10. n. 14.* Y sobre la 26. dispone *d. l. 8.* que el que recibio mas restituya el exceso al que recibio ménos, y si no lo pudiere hacer, que lo pague el medidor ó contador, al cual ademas puede imponer el juez una pena arbitraria atendida las circunstancias.

12. Las *ll.* 9. y 10. condenan à muerte de fuego, al monedero falso, y al que le diese ayuda ó consejo, ó al que lo encubriese; *l. 2. c. de falsa moneda.* y dejan al rabitrio del juez la pena de los que cercenan la moneda, ó la pintan para que parezca buena, ó hacen alquimia. La *l. 5 d. tit. 17. lib. 8. R.* añade la confiscacion de la mitad de los bienes contr^a estos falsarios, y los que los aconsejan, y asi lo afirman Azév. n. 17. y Covar. cap. 8. *de veter. colat. numism.* n. 3. Pero Gomez en la *l. 4. d. tit. 17. á la l. 67. tit. 21. lib. 5. R.* que manda que ninguna persona sea osada deshacer, ni fundir, ni cercenar las monedas de oro, plata y vellon, que entonces se acuñaba, defiende que la confiscacion debe ser de todos los bienes.

13. La casa ó lugar donde se hiziere la falsa moneda debe ser confiscada, ezepto: 1.º Si su dueño estuviere tan distante que no lo pudiese saber, ó si lo descubre luego que lo sabe: 2.º Si la casa es de viuda, que aunque estuviere cerca no lo supiese: 3.º Si fuere de huerfano menor de 14 años; pero en este caso debe el tutor pagar al fisco la estimacion de la casa.

14. El que habiendo recibido falsa moneda la diese en cambio ó pago, ó la pasase à otro en otra manera, sin entregarla luego à la justicia, tiene pena de destierro del reyno por quatro años y confiscacion de la mitad de los bienes, aplicándose la mitad de ellos al fisco, y la otra mitad al acusador y al juez; *l. 64. tit. 21. lib. 5. R.*

15. Palacios en las *Instit. del derecho civil de Castilla.* lib. 2. tit. 20. dice, que los monederos falsos son castigados en el dia como los falsarios de sellos reales, y cita la real instruccion de 1794. que no encontramos en la *Novis. Recop.* ni en Dou, *Derecho público,* lib. 3. tit. 5. cap. 5. *Sec. 2. art. 2.* ni en las *Prácticas modernas* de Gutierrez y Vilanova.

16. La *l. 5. tit. 8. lib. 7. R. de Ind.* manda que los falsos zestigos sean castigados con todo rigor conforme à las leyes de los Reynos de España.

TÍTULO XXVII.

DE LOS ADULTERIOS Y DEMAS DELITOS
CONTRA CASTIDAD.

Tit. 17. P. 7. — Tit. 20. lib. 8. R. — Tit. 5. lib. 46. Dig.

1. *Del adulterio.*—2. 3. *Cuando se incurre ó no en la pena de adulterio.*—4. *hasta 7 De la acusacion de adulterio.*—8. 9. y 10. *De la pena del adulterio.*—11. *Del que se casa con la huérfana que guarda.*—12. 13. 14. *Del Incesto.*—15. y 16 *Del Estupro.*—17. *Del que se casa segunda vez durante su primer matrimonio.*—18. *Del marido consentidor.*—19. *De la Sodomitia.*—20. *hasta 23. Del Lenocinio.*—24. *Pena de la manceba pública de clérigo ó fraile.*—25. y 26. *Modo de proceder en el amancebamiento de clérigo ó fraile.*—27. *Pena del casado que se amanceba públicamente.*—28. *Pena de la ramera pública.*—29. y 30. *Del Rapto.*—31. *Derecho de Indios.*

1. El adulterio es: *yerro que ome face á sabiendás, yaciendo con mujer casada ó desposada con otro; l. 1. tit. 17. P. 7.* como esta ley es anterior al concilio del Trento, habla de los espousales de presente, que entónces constituian verdadero matrimonio; pero despues de aquel concilio es necesario el matrimonio en faz de la Iglesia para que haya adulterio; *Azev. en la l. 3. tit. 20. lib. 8. R.—l. 6. tit. 1. ad l. Jul. de adult.*

2. Para que las penas del derecho civil contra el adulterio tengan lugar, es necesario que la mujer sea casada: aunque por derecho canónico basta que sea casado cualquiera de los dos, hombre ó mujer; *Can. 15. quest. 5. caus. 32.*

3. Si la mujer tenia motivo justo para creer que su marido habia muerto, no incurre en las penas del adulterio; *l. 5. d. tit. 17. y por la 4. tit. 20. lib. 8. R.* ni el hombre ni la mujer se excusan de ellas, aunque uno ú otro pruebe que el matrimonio que contrajo la mujer fue nulo por impedimento de consanguinidad, afinidad ó por otro, *puesto que por ellos no quedó de hacer lo que no debian.* *Gomez en d. l. n. 48.* pretende con bastante fundamento, que no rije esta ley cuando el matrimonio fuese nulo por falta de consentimiento; y de la misma opinion es *Azev. d. l. n. 25.* y sigui. citando á varios, y entre ellos á *Castillo*, que dice haber libertado por este medio á una mujer.

4. Por la *l. 2. tit. 19. lib. 8. R.* que corrige la *l. 2. d. tit. 17. P. 7.* la acusacion de adulterio solo es permitida al marido, el cual debe acusar al adúltero y á la adúltera siendo vivos, y no á uno solo; *l. 2. d. tit. 20. lib. 8.*

5. La *l. 4. d. tit. 20.* dice, que si el marido hallare á los adúlteros en fragante delito, puede matar á los dos, pero no matar al uno y dejar al otro, si pudiere matar á ambos; y si acusare á ambos ó á cualquier de ellos, que aquel contra quien fuere juzgado, que lo metan en su poder, y haga de él y de sus bienes lo que quisiere; y que la mujer no se pueda excusar de responder á la acusacion del marido, porque diga que quiere probar que el marido cometió adulterio.

6. Azev. en *d. l. 2.* interpretando las palabras: siendo vivos, juzga que el marido puede acusar al uno, siendo el otro muerto; y que si el uno estuviere presente y el otro ausente, debe acusar á los dos, siguiendo la causa contra el uno como presente, y contra el otro como ausente. Otros que allí cita, quieren que por aquellas palabras de la *l. 3. ó á cualquier de ellos,* puede acusar en este caso á solo el presente.

7. Se debe hacer la acusacion ante juez secular dentro de cinco años desde que sucedió el adulterio, y si habiere sido por fuerza, dentro de treinta; *l. 4. d. tit. 17.* y como este delito es de muy difícil prueba por el cuidado que tienen los adúlteros de ocultarlo, puede probarse por vementes sospechas; Gomez en *d. l. 4. tit. 20. lib. 8. R.* y de ellas ponen dos ejemplos las *ll. 11. d. tit. 17. P. 7.* y *12. tit. 14. P. 3.*

8. Ya se ha visto que el condenado de adulterio debe ser puesto en poder del marido para que haga lo que quisiere de su persona y de sus bienes; *d. l. 4* mas por la *l. 5. d. tit. 20.* si el marido mata por su propia autoridad al adúltero y á la adúltera, aunque los tome en fragante delito, y sea justamente hacia la muerte, no gana la dote, ni los bienes del que matare; salvo si los matare ó condenare por autoridad de la justicia; en cuyo caso si tuvieren hijos los dos reos ó el uno, hereden sus bienes, y si la mujer no fuere en culpa, y fuere forzada, no haya pena, segun la *l. 1. d. tit. 20.*—Véase *tit. 24. n. 17.*

9. Por la *l. 7. tit. 17. P. 7.* debe tener presente el juez para condenar á la mujer, si el marido le dio mal ejemplo, porque es injusto que el marido pretenda que la mujer sea honesta, no siéndolo él.

10. Parece que la *cit. l. 5. tit. 20. lib. 8. R.* que autoriza al marido para quitar la vida á los dos adúlteros que encuentran en fragante, está derogada por el auto acord. *2. tit. 8.*

lib. 8. que prohibe á todos jeneralmente sin escepcion de personas el tomarse por sí la satisfaccion de cualquier agravio ó injuria bajo las penas que impone. Tales son las disposiciones legales contra el adulterio; pero en el día el castigo de este delito se reduce en el adúltero á un destierro ó presidio, y en la adúltera á una reclusion.

11. Nada encontramos en las *ll. de la Recop.* sobre el contenido de la *l. 6. tit. 17. P. 7. l. 7. ad. l. Jul. de adult.* que despues de establecer que el guardador no pueda casar, ni dar por mujer de su hijo ó nieto á la huérfana, que tuvo en guarda, salvo si el padre de ella la hubiese desposado en su vida con alguno de ellos, ó lo mandase hacer en su testamento: manda que el guardador que lo contrario hiciera, debe recibir por ello pena de adulterio, en cuya *glosa.* 1. dice Lopez no tener lugar en el día esta pena. Y si el tal guardador sin casarse con la huérfana, la violase, manda la misma *ley*, que debe ser desterrado para siempre, y que todos sus bienes sean confiscados, si no tuviere descendientes ó ascendientes dentro del tercer grado.

12. Incesto es el coito ilícito entre personas que no pueden contraer matrimonio por razon de parentesco de consanguinidad ó de afinidad ó espiritual; á cuya clase pertenece tambien el tenido con monja profesa, ó con hombre de otra *ley*; *ll. 7. d. tit. 26 lib. 8. R. 15. tit. 2. P. 4. y 1. tit. 16. P. 7.*

13. La computacion de grados debe ser la canónica hasta el 4.º inclusive de consanguinidad y afinidad; *d. l. 1. tit. 16.* y respecto á que por el Concilio de Trento no pasa del segundo grado el impedimento de afinidad por cópula ilícita, parece que ya no será esta incestuosa en los grados 3.º y 4.º sobre que puede verse á Azev. en *d. l. 7.* que no se atreve á resolver, por ser muy graves las razones de esta cuestion por una y otra parte.

14. El mayor de 14 años y la mayor de 12 pueden ser acusados de incesto por cualquiera del pueblo, y estan sujetos á la pena de adulterio; *d. l. 1.* y á la confiscacion de la mitad de sus bienes; *d. l. 7* y el que se casa á sabiendas con parienta, ó tiene coito con ella so color de matrimonio, si es hombre honrado debe perder la honra y el lugar (*el empleo*) que tenja, y todos sus bienes á favor del fisco en caso de no tener hijos legítimos de otro matrimonio, y sea desterrado para siempre; mas si fuere hombre vil, ha de ser azotado públicamente y desterrado para siempre; sin que el que dió algo por este motivo á la parienta lo pueda recobrar, pues queda á favor del fisco, porque cometió torpeza; *l. 61. tit. 14. P. 5. Véase tit. 24. n. 26.*

15. Estupro es la violación de virgen ó viuda de buena fama, aunque intervenga su consentimiento. El estuprador puede ser acusado por cualquiera del pueblo, y su pena es la confiscación de la mitad de sus bienes si fuere honrado, y la de ser azotado públicamente y desterrado por cinco años si fuere vil; *L. 1. tit. 19. P. 7.* Pero el rigor de las penas que hemos referido en los delitos de injuria no estan en uso, y en este del estupro suele seguirse lo que dispone el derecho canónico, *cap. 1. de las decretales de Greg IX. de adult. et stupr.* que el estuprador se case con la estuprada ó la dote, aunque *d. cap.* sujeta al estuprador a una y otra pena; y suele añadirse otra pena leve; si escogiere dotarla, y la estuprada fuese virgen; Gomez ca la *L. 80. de Toro.* A instancia de la mujer que justificaba estar estuprada se ponía preso al que ella decía haber sido su estuprador, mas en el día por la real órden de 30 de octubre de 1796 se manda que no se ponga presos á los tales, sino han de fianzar estar á derecho, ó en su defecto han de prestar caución juratoria, y tener por cárcel su lugar y arrabales.

16. Por real decreto de 20 de enero de 1784 se mandó que se renueven por cédula circular las leyes que penan á los domésticos que abusan de la confianza de las casas para seducir á las hijas, parientas ó criadas de sus amos: parece que estas leyes son la *2. tit. 19. P. 7. la 4. tit. 20. lib. 6. y la 6. tit. 20. lib. 8. R. leyes* por cierto que se resienten de la ferocidad de los tiempos en que se dictaron, pues imponen penas capitales, de azotes, de vergüenza pública y otras cuyo rigor no dudamos se mitigaría en el día.

17. *Las R. 16. tit. 17. P. 7. y las 5. 6. y 7. tit. 1. lib. 5. R.* traen la pena de los que se casan segunda vez durante su primer matrimonio; pero la *8. tit. 20. lib. 8. R.* que es la mas reciente, y debe rejir en el día previene que se conuten en vergüenza pública y diez años de galeras las penas corporales y de marca que se habian de imponer á los dos veces casados "Sin embargo sabemos" dice Gutierrez, *Práctica eria cap. 9. n. 36.* "que algunas veces se ha mitigado el rigor de la ley condenando á los reos á seis ó mas años de presidio."

18. *La 1. 9. tit. 20. lib. 8. R.* dispone que á los maridos que por precio consintieren que sus mujeres sean malas de su cuerpo ó de otra cualquier manera les indujeren ó trajeren á ello, á mas de las penas acostumbradas les sea puesta la misma pena que á los rufianes: que es, por la primer vez vergüenza pública y diez años de galeras; y por la segunda: diez azotes y galeras perpetuas.

19. Por la *l. 2. tit. 21. P. 7.* tienen pena de muerte los que cometen el gravísimo pecado de sodomia nefando contra naturaleza; y las dos *ll. del tit. 21. lib. 8. R.* añaden que sea quemado y confiscados sus bienes por el mismo hecho, aunque el delito no se hubiese consumado, con tal que hubiere habido actos muy próximos á su consumacion, y que no hubiese quedado por los reos el consumarlo.

20. Lenocinio es *prostituir mujeres á otros por interes.* Sus reos se llaman *alcahuetes ó Rufianes.* La *l. 1. tit. 22. P. 7.* divide los rufianes en cinco clases: 1a. Los bellacos que guardan á las mujeres en casas públicas de prostitucion, percibiendo parte de sus ganancias. La *l. 8. tit. 19. lib. 8. R.* prohíbe estas casas, previniendo á los jueces que las impidan bajo pena de privacion de oficio y de cincuenta mil maravedís aplicados por tercias partes á la cámara, juez y denunciador: 2a. Los que proporcionan hombres á las mujeres que estan en sus casas, para que ellos les paguen algo: 3a. Los que en sus casas tienen mujeres para tomar de ellas lo que ganasen por su prostitucion: 4a. Los maridos que alcahuetean á sus mujeres; y 5a. Los que por algun lucro consenten en sus casas que cometan torpezas mujeres casadas ó otras decentes sin ser medianeros entre ellas y sus cómplices.

21. El rufian de su propia mujer, de docella, casada, religiosa, ó viuda de buena opinion tiene pena de muerte por la *l. 2. d. tit. 22.* que dispone que todo lo dicho de los alcahuetes tenga lugar en las mujeres que se ocupen ó vivan de la rufianeria; Tambien es infame el rufian por la *l. 4. tit. 6. P. 7.* y el que á sabiendas alquila su casa á mujeres malas para hacer de ella poteria, debe perderla, y ser para el fisco, y ademas ha de pagar diez libras de oro.

22. Con respecto á las leyes de la *Recopilacion* debemos observar que, sin distinguir de rufianes como debiera hacerse, porque unos son mas culpables que otros, como los que prostituyen á sus mujeres ó hijas, imponen por la primer vez vergüenza pública y diez años de galeras, con tal que el reo tenga ya diez y siete años: por la segunda cien azotes y galeras perpetuas; y por la tercera muerte de horca, habiendo de perder siempre las armas y ropas que llevaré el rufian al tiempo de la aprension, las cuales han de aplicarse por mitad al juez que sentenciare y al acusador. Ademas cualquiera persona puede por su propia autoridad prender á los rufianes donde quiera que los halle, y presentarlos sin dilacion á la justicia.

23. Mas sin embargo pareciendo, y con razon, demasiado riguroso para los alcahuetes el suplicio capital, se ha con-

mutado por costumbre jeneral de los tribunales con la pena de azotes, con la de presentarlos emplumados al público, y destinar despues á los hombres á presidio y á las mujeres á encierro.

24. La *l. 1. tit. 19. lib. 8. R.* manda que cualquier mujer que fuere manceba pública de clérigo ó frayle, sea condenada por la primer vez á pena de un marco de plata, y destierro de su territorio por un año: por la segunda en otro marco y dos años de destierro; y por la tercera en otro marco, otro año de destierro, y cien azotes en público. Y los marcos corresponden al fisco á excepcion de la tercera parte que se dá al acusador ó, si no lo hay, al juez; bien que no han de percibirla hasta despues de haberse ejecutado las penas; debiendo ser privados de sus oficios los jueces que no castiguen debidamente á las concubinas de los eclesiásticos.

25. La *l. 2.* previene que si supiere la justicia que un eclesiástico tiene en su casa manceba pública, haga informacion de ello, y si la encontrare bastante, pueda entrar á buscarla y prenderla por sí ó por su alguacil, y que en otros términos no puedan ser buscadas las casas de los clérigos sin ser antes condenadas. (1) Y declara la misma *l.* que ninguna mujer casada pueda decirse manceba de clérigo, ú frayle ó casado, y que no pueda ser demandada en juicio ni fuera de él, sino por su marido. Pero si este consintiere que su mujer estuviese públicamente en aquel pecado con el clérigo, la debe llamar la justicia, y habiéndola oido ejecutar en ella las penas de derecho.

26. La *l. 3.* quiere, que las mujeres, que despues de haber sido públicas mancebas de los clérigos se casan con criados de estos ú otras personas semejantes para encubrir su delito, permaneciendo así en la casa del clérigo, sean castigadas como mancebas públicas, con las penas de la *l. 1.* como si tales mujeres no fuesen casadas; y aunque sus maridos no las acusen, y digan que no quieren que las justicias las castiguen. La penas de los clérigos pertenecen al derecho canónico; sin embargo se espresan varias en el *tit. 6. P. 1.* y refiere algunas Azv. en *d. l. 1.* desde el n. 107. (2)

27. El casado que tuviere manceba públicamente, pierde el quinto de sus bienes hasta la cantidad de diez mil maravedis por cada vez, los cuales se depositan en poder de un pariente ó dos de la manceba, para que se los entreguen á esta, si dentro de un año se casa, ó entra en monasterio, ó hace vida honesta, y en caso contrario se dividen entre el fisco, el acusador y el juez; *l. 5. d. tit. 19. lib. 8. R.* cualquier hombre que sacare mujer casada con otro, y la tuviere

públicamente por manceba, si requerido por el alcáldé ó por su marido, que la entregue a la justicia, no lo quisiere hacer, y le fuere probado; á mas de las penas del derecho, pierda la mitad de los bienes y sean para la cámara; l. 6. y sea tambien para la cámara la mitad de los bienes de aquel que, siendo casado, toma manceba, y vive con ella juntamente en una casa, y no en casa con su mujer; d. l. 6.

28. La mujer que pone en venta su cuerpo es el oprobio del pueblo, se hace vil y jurídicamente infame; Lopez, glosa 2. l. 12. tit. 7. P. 6. es reputada como prodiga y furiosa: no puede ser tutora y curadora de sus hijos; l. 9. tit. 16. P. 6. se le pone intervencion en el manejo de sus bienes; pues la que es pródiga de su cuerpo lo será tambien de aquellos; bastando para el entredicho que viva fujurosamente, aunque no llegue al estado de pública ramera; Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 9. n. 25. se le deniega la accion de injuria contra el que la solicitó á actos torpes, y tambien la de raptor y fuerza por más que haya sufrido estas violencias; l. 5. tit. 20. P. 7. Las donaciones que se hagan á ella ó á sus hijos son revocables. Pierde el derecho de suidad y de sangre; de consiguiente puede el padre preterirla y desheredarla; l. 5. tit. 7. P. 6. Lopez, glosa 5. Puede ser presa por deuda civil á diferencia de las mujeres honestas; Gomez en la l. 62. Tauri. No puede ser testigo en juicio; Farin g. 56. n. 558. No puede tener criada menor de 40 años; l. 7. tit. 19. lib. 8. R. Se le prohibe la familiaridad y cohabitacion con las mujeres honestas: se le corta la cabellera y se le condena á prision ó encierro temporal ó perpetuo, segun su mérito; aut. acord. 61. tit. 6. lib. 2. y 2. tit. 11. lib. 8. R. (3) Vilanova, materia crim. obser. 11. §. 26. n. 10.

29. Rapto es la violacion forzada ó el robo de una virgen, casada, religiosa, ó viuda honesta. El raptor y tambien el consentidor pueden ser acusados por los parientes de la mujer, y si ellos no quisieren, por cualquiera del pueblo; ll. 1. y 2. tit. 20. P. 7. El que robare alguna de las referidas mujeres, ó yaciere con ella por fuerza, debe morir por ello; §. 8. Inst. de publ. jud. y deben ser todos sus bienes de la mujer robada ó forzada. Si esta, no siendo casada ó monja, se casa de su grado con el raptor, los bienes de este son para el padre ó madre de aquella, si no consintieron en la fuerza ni en el casamiento, y si consintieron para el fisco, sacándose antes la dote y arras de la mujer del que hizo la fuerza y las deudas que hubiere contraído hasta el dia en que se dio la sentencia contra él. Si la mujer fuere religiosa corresponden á su convento todos los bienes del delincuente.

Esto tiene lugar aun cuando la mujer fuese esposa ù otorgada del forzador. Y la misma pena deben tener los que ayudaron á robarla ó forzarla. Mas si la mujer no fuese de las referidas, castiga el robador sujeto á pena arbitraria, que impondrá el juez segun las circunstancias de las personas, del lugar y tiempo.

30. Como en el día no está en uso la pena de muerte en los delitos de incontinencia, cuando no resulta herida ù otra desgracia, suele imponerse la pena de presidio.

31. La misma real orden citada en el n. 25. rige en América á fin de uniformar las diferentes prácticas, que seguian los jueces ordinarios y tribunales superiores en la substanciacion y determinacion de las causas de estupro.

La justicia real ordinaria conoce del crimen de poligamia en los términos que previene la cédula de 3 de febrero comunicada á las Indias por otra de 10 de agosto de 1788.

Si el delincuente es indio debe ser amonestado por dos veces antes de imponérsele la pena; l. 4. tit. 1. lib. 6. R. Ind. Y aunque sea infiel no se le debe permitir la poligamia; l. 5. d. tit. 1.

NOTAS.

(1) La informacion ha de ser secreta, haciendo jurar á los testigos que no revelarán su declaracion, y cominándoles con alguna pena en caso de hacerlo. Si consta por ella el amancebamiento, ha de amonestarse al clérigo por medio del parroco ú otro eclesiástico, para que despida incontinenti de su casa á la moceba, como tambien á esta para que salga de ella al punto, ó dentro de algun tiempo: si no lo hacen, remitirá la justicia testimonio de la informacion á su prelado, para que apremie al eclesiástico al cumplimiento de lo mandado: y si tampoco lo hacen, dará cuenta la justicia al tribunal superior de la provincia, á fin de que tome la providencia mas conforme á las leyes. En orden á la mujer, puede la justicia por si misma entrar en la casa del clérigo, y llevarla á la cárcel pública, conforme á d. l. 2. ; Gutierrez, *proc. crim.* cap. 9. n. 7.

(2) En el derecho eclesiástico se encuentran muchos cánones que imponen penas á los clérigos concubinaricos, pero únicamente referiremos lo que acerca de este punto previene el Tridentino, *Ses. 25. cap. 14.* Los clérigos que tengan concubinas ú otras mujeres sobre quienes pueda recaer sospecha dentro ó fuera de su casa, han de ser castigados con las penas que prescriben los cánones ó los estatutos

de las Iglesias; y si amonestados por sus superiores no se abstuviesen de aquel trato, se les privará de la tercera parte de cualesquiera pensiones y de la de los frutos, evenciones ó rentas de todos sus beneficios, que el Obispo ó su arbitrio destinará á la fabrica de la Iglesia ó á otro lugar pío. Perseverando en el delito con la misma ó otra mujer y no obedeciendo á la segunda amonestacion, no solo pierdan todos los frutos ó rentas de sus beneficios y las pensiones, las cuales han de tener dicho destino, si no que tambien el ordinario como delegado de la silla apostólica ha de suspenderlos de la administracion de dichos beneficios por el tiempo que le parezca conveniente; y si aun así suspensos no las espelan ó tratan con ellas, se les privará para siempre de cualesquiera pensiones, beneficios y oficios eclesiásticos, dejándolos inhabilitados para volver á obtenerlos, hasta que despues de una manifesta enmienda crean sus superiores que debe permitirles su obtencion. Si despues de haber dojado su mala vida volviessen á ella, ademas de dichas penas se les impondrá la de excomunion. No teniendo los clérigos pensiones ni beneficios eclesiásticos les castigarán sus obispos con cárcel, suspension de las órdenes, inhabilidad para conseguir aquellos, ó de otro modo conforme á los sagrados cánones, atendida la cualidad del delito y la contumacia.

(3) Casi nunca se destierra á las rameras que con sus trajes escandalosos, jestos lascivos y palabras deshonestas, llevan el vicio como en triunfo por los lugares mas públicos, se esfuerzan á excitar deseos que no tienen, y ofrecen placeres en que por su embrutecimiento no pueden tener parte, seduciendo y mastando á muchos en la flor de su juventud con aquel veneno contagioso de que se hallan inficionados. Puede verse sobre este asunto la obra de Mr. Sabotier, en 1828, *Fixation de la legislation sur les femmes publiques et les lieux de debauche*.

TITULO XXVIII.

DE LAS USURAS Y DE LOS JUEGOS Y JUGADORES.

Tit. 6. y 7. lib. 8. R.—Tit. 1. lib. 42. et tit. 5. lib. 11. Dig.

1. Pena de la usura.—2. Prueba de la usura.—3. Juegos que están prohibidos.—4. 5. y 6. Penas de los jugadores.—7. Pena de los vagos que se entregan habitualmente al juego.—8. La cantidad que se juega en los juegos permitidos no puede exceder de 30 ducados.—9. Se prohíbe que se jueguen prendas, alajas u otros bienes muebles ó raíces.—10. Los jugadores no están obligados al pago de lo que pierden contra ley.—11. Penas de los artesanos que juegan en días y horas de trabajo, sean los juegos prohibidos ó nó.—12. Qué juegos se permiten en las casas públicas.—13. Destino de las penas pecuniarias impuestas a los jugadores.—14. y 15. Modo de proceder contra los transgresores.—16. El jugador de cualquier fuero queda sujeto a la jurisdicción ordinaria.—17. Deben ejecutarse irremisiblemente las penas contra los jugadores.—18. Se prohíben las rifas y su pena.—19. Derecho de Indias.

1. Los judíos y los moros, que había en España, usaron mucho la usura á título de algunos privilegios que obtuvieron á los cuales revoca enteramente y para siempre la *l. 4. tit. 6. lib. 8. R.* dándolos por indebidos á causa de los daños y tribulaciones que de éllo vienen á la tierra. La *l. 4. d. tit.* siguiendo el mismo espíritu de justicia y de piedad á favor de los miserables sobre quienes carga este mal, manda que cualquier cristiano ó cristiana de cualquier estado y condición que fuese, que diere á usura, pierda todo lo que diere, y que sea de aquel que recibiere el empréstito y peche otro tanto como fuere la cuantía que diere á logro, la tercera parte para el acusador, y las otras dos para el fisco: y que si este reo fuese condenado por segunda vez, pierda la mitad de sus bienes, y todos por la tercera, con la misma aplicación ambas veces. También previene que los autores de los contratos usurarios, hechos hasta entonces, que hubiesen recibido todo lo que dieron, no pueden ya haber mas, aunque por razon de usuras se les debiese algo. En la *l. 5.* se confirma la aplicación del capital á favor de aquel contra quien se ha-

Y

biese hecho el negocio usurario: de lo demas se manda aplicar dos cuartas partes para el fisco, una para el acusador, y otra cuarta parte para reparos de muros ó edificios públicos del lugar en que se cometa el delito. Por la misma ley son infames los usureros. Pero la *Curia Filip. lib. 2. Com. terr. cap. 1. n. ult.* cita una pragmática posterior de 1.º de mayo de 1608, con que se alteró la pena pecuniaria y su aplicacion del capital á favor de la parte, que la recibió, disponiéndose, que á este se le imponga la pena de otro tanto, y que el capital recibido con pacto usurario se distribuya entre cámara, juez y denunciador.

2. Siendo de difícil prueba los contratos usurarios, quiere la misma *l. 4.* que valgan los testigos singulares, si fuesen fidedignos, y hubiese algunas presunciones y circunstancias por las que vea el juez ser verdad lo que dicen: y para precaver que los hombres no se muevan por codicia á dar testimonio contra verdad, manda que tales testigos como estos no hayan cosa ninguna de aquello sobre que dieren testimonio, salvo si lo probaren por prueba cumplida: y que la tal prueba solo sirva para el derecho de la cámara y del acusador. *Azev. en d. l. 4. nn. 1. y 2. y Covar. 3. var. cap. 3. n. 5.* juzgan, que cuando la usura se probare por estas pruebas privilegiadas, no se deben imponer las penas referidas, sino otras arbitrarias. (1)

3. *El tit. 7. lib. 8. R.* trata de juegos, pero la *l. 18. d. tit.* que es la pragmática de 6 de octubre de 1771. arregla este punto últimamente, y por tanto la copiamos. Dice pues, 1.º Prohibo que las personas estantes en estos reinos de cualquier calidad y condicion que sean, jueguen, tengan ó permitan en sus casas los juegos de banca ó faraon, baceta, cartera, banca fallida, sacanete, parar, treinta y cuarenta, cacho, flor, quince, treinta y una envidada, ni otros cualesquiera de naipes, que sean de suerte y azar, ó que se juegue á envite, aunque sean de otra clase, y no vayan aquí especificados, como tambien los juegos del biribis, oca ó anca, dados, tablas, azares y chuecas, bolillo, trompico, palo ó instrumento de hueso ó metal, ó de otra manera alguna, que tenga encuentros, azares, ó reparos, como tambien el de tabs, cubiletes, dedales, nuses, correguela, descarga y otros cualesquiera de suerte y azar, aunque no vayan señalados con sus propios nombres.

4. 2º. Mando que á los que jugaron en contravencion de la prohibicion antecedente, si fuesen nobles ó empleados en algun oficio público, civil ó militar, se le saquen los doscientos ducados de multa que establece la *l. 18. d. tit. 7. lib. 8. R.* y cédula, de 22 de junio de 1756, renovada por

la de 18 de diciembre de 1764, y si fuere persona de menor condicion, destinada á algun arte, oficio ó ejercicio honesto, sea la multa de cincuenta ducados por la primer vez, y los dueños de las casas, en que se jugare, siendo de las mismas clases, incurran respectivamente en pena doblada.

5. 3.º En caso de reincidencia, quiero que por segunda vez se escija la pena doblada; y si se verificare tercera contravencion, ademas de la dicha pena doble pecuniaria como en la segunda, incurran los jugadores conforme á la *l. 14. d. tit. 7. lib. 8. R.* en la pena de un año de destierro preciso del pueblo en que residieren, y los dueños de las casas en dos; y mando, que si cualesquiera de ellos estuvieren empleados en mi real servicio, ó fuesen personas de notable carácter, se me dé cuenta por la via que correspondá, con testimonio de la sumaria, en caso de dicha tercer contravencion, para lo demas que yo fuviere por conveniente.

6. 4.º Los transgresores que jueguen, y no tuvieren bienes en que hacer efectivas las penas pecuniarias, que quedan referidas, estén por la primera vez diez dias en la cárcel, por la segunda veinte, y por la tercera treinta, saliendo ademas desterrados en esta última, como queda dicho en el capítulo antecedente, con arreglo á lo establecido en las *ll. 9. y 14. d. tit. 7* y los dueños de las casas sufran la misma pena por tiempo duplicado.

7. 5.º Cuando los contraventores que jugaren, fueren vrgos ó mal entretenidos, sin oficio, arraigo ó ocupacion, entregados habitualmente al juego, ó tahures, garitos ó folleiros, que cometieren ó acostumbraren cometer dafos ó fraudes, ademas de las penas pecuniarias incurran desde la primera vez, si fueren nobles en la de 5 años de presidio para servir en los repimientos fijos; y si plebeyos, sean destinados por igual tiempo á los arsenales, en cuya forma sean entendidas y ejecutadas desde luego las penas de esta clase, de que se hace mencion en los citados decretos, cédulas y reales órdenes; y los dueños de las casas en que se jugaren tales juegos prohibidos, si fuesen de la misma clase, tablajeros ó garitos, que las tengan habitualmente destinadas á este fin, sufran las mismas penas respectivamente por ocho años.

8. 6.º En los juegos permitidos de naipes, que llaman de comercio y en los de pelota, trucos, villar y otros que no sean de suerte ni azar, ni intervenga envite, mando que el tanto suelto que se jugare no pueda exceder de un real de vellon y toda la cantidad de treinta ducados señalados en la *l. 9.*

Y Y

d. tit. aunque sean en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas algunos de los mismos jugadores; y prohibo conforme á la misma *ley*, que haya traveceas ó apuestas, aunque sea en estos juegos permitidos; y todos los que escedieren á lo mandado en este capítulo incurran en las mismas penas que van declaradas respectivamente para los juegos prohibidos, segun las diferentes clases de las personas citadas en los capítulos antecedentes.

9. 7. Asimismo conformándome con las *ll. 8. y 9. d. tit.* prohibo se jueguen prendas, alhajas ó otros cualesquiera bienes muebles ó raíces, en poca ni en mucha cantidad, como tambien todo juego á crédito, al fiado ó sobre palabra, entendiéndose que es tal, y que se quebranta la prohibicion, cuando en el juego, aunque sea de los permitidos, se usare de tantos ó señales, que no sean dinero contado y corriente, el cual enteramente corresponda á lo que se fuere perdiendo, bajo de dichas penas impuestas en los capítulos segundo y siguientes, así á los que jugaren como á los dueños que lo permitieren en sus casas.

10. 8. Declaro que los que perdieren cualquiera cantidad á los juegos prohibidos, ó la que escediere del tanto ó suma señalada en los permitidos, y los que jugaren prendas bienes ó alhajas, cantidades al fiado, á crédito, sobre palabra, ó con tantos, no han de estar obligados al pago de lo que así perdieron, ni los que lo ganaren han de poder hacer suya la ganancia por estos medios ilícitos y reprobados, y en su consecuencia y observancia de *d. ll. 8. y 9.* declaro tambien por nulos y de ningun valor ni efecto los pagos, contratos, vales, empeños, deudas, escrituras y 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 otra diligencia alguna para la cobranza contra los que se dijeren deudores, sino es que castiguen á los que pidieren el pago, luego que verificaren la causa de que procede el finjido crédito con las penas contenidas en esta *ley*, las cuales se impongan tambien á los tales deudores, excepto cuando estos denunciaren la pérdida y pidieren su restitution; en cuyo caso, y no en otro les relevo de ellas; y mando que efectivamente se les restituya lo que hubieren pagado, compeliendo y apremiando á ello á los gananciosos las justicias de estos reinos ó imponiendo á estos las penas establecidas; y si los que hubieren perdido no demandaren dentro de ocho dias siguientes al pago, las cantidades perdidas, las haya para sí cualquiera persona que las pidiera, denunciare y probaro con atreglo á la *l. 2.*

d. tit. 7. castigándose además á los que jugaren.

11. 9.º Mando se guarde lo dispuesto por las ll. 14. y 16. en cuanto prohiben que los artesanos y menestrales de cualesquiera oficios, así maestros como oficiales y aprendices, y los jornaleros de todas clases jueguen en días y horas de trabajo, entendiéndose por tales desde las seis de la mañana hasta las doce del día, y desde las dos de la tarde hasta las ocho de la noche; y en caso de contravencion, si jugaren á juegos prohibidos, incurran ellos y los dueños de las casas en las penas señaladas respectivamente en el cap. 2. y sig. de esta ley; y si fuere á juegos permitidos, incurran conforme á d. ll. y á la 2. del mismo tit. por la primera vez en seiscientos maravedis de multa, por la segunda en mil doscientos, en mil ochocientos por la tercera, de ahí adelante en tres mil maravedis por cada vez; y en defecto de bienes se les impondrá la pena de diez días de cárcel por la primera contravencion, de veinte por la segunda, de treinta por la tercera, y de ahí adelante otros treinta por cada una.

12. 10. Prohibo absolutamente toda especie de juego en las tabernas, figones, hosterías, mesones, botillerías, cafés y otras cualesquiera casas públicas; y solo permito los de damas, aljedrez, tablas reales y chaqueta en las casas de truco ó villar; y en caso de contravencion, así en unos como en otros, incurrirán los dueños de las casas en las penas contenidas en el cap. 5. contra los garitos y tablajeros.

13. 11. Mando que las penas pecuniarias que van impuestas en esta ley se distribuyan conforme á las ll. de d. tit. 7. por terceras partes entre cámara, juez y denunciador, dándose la parte de este, cuando no lo hubiere, á los alguaciles y oficiales de justicia, que fueren aprehensores.

14. 12. Declaro que cuando haya parte que pida conforme á lo prevenido en el cap. 8. ó denunciador que pretenda el interes de la tercera parte, se ha de admitir la instancia y denunciacion con prueba de testigos, con tal que en este último caso de simple denuncia solo se haya de proceder dentro de dos meses siguientes á la contravencion, con arreglo á lo dispuesto por la l. 16. del referido tit. 7. haciéndose constar en la informacion que se diere, estar dentro de dicho término, para que se continúe el procedimiento; y hecha la sumaria, de que resulte haber contravenido, se oirá breve y sumariamente al denunciador, 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 debería haber incurrido el denunciado, si fuese cierto el delito; aumentándose el castigo conforme á derecho,

á proporcion de la gravedad y perjuicios de la calumnia.

15. 13. Cuando no hubiere parte que pida, ó faltare denunciador cierto, que solicite el interés de la ley bajo las responsabilidades y circunstancias contenidas en el *capítulo antecedente*, procederan los jueces por aprension real, usando de tanta actividad y diligencia, como prudencia y precaucion para lograr el castigo y evitar molestias y vejaciones injustas, bastando para los reconocimientos que se hubiéren de hacer en lugares públicos y en tabernas, figones; botillerias, cafés, mesas de truco y villar, y otros semejantes que precedan noticias ó fundados recelos de la contravencion; pero para practicarlos en las casas de particulares, deberá constar antes por sumaria informacion, que en ellas se contraviene á lo prevenido en *esta ley*; entendiéndose que no ha de ser necesaria la aprension, ni formal denuncia cuando se hubiere de proceder contra los tahures y vagos entregados habitualmente á este jénero de vicios, en la forma que se previene en el *cap. 5.* pues contra tales personas se harán los procedimientos y averiguaciones en el modo y con las calidades que contra ellas se hallán establecidas por las leyes y Reales órdenes.

16. 14. Igualmente declaro que conforme á las cédulas de 9 de diciembre de 1639, de 22 de junio de 1756, y 18 de diciembre de 1764, todos los que se ocuparen en los espresados juegos, ó los consintieren en sus casas en contravencion ó con exceso á lo ordenado y dispuesto en *esta ley* han de quedar sujetos para todo lo contenido en ella á la jurisdiccion real ordinaria, aunque sean militares, criados de la casa real, individuos de maestranza, escolares en cualquiera universidad de estos reinos, ó de otra cualquiera fuero por privilegiado que sea, aunque se pretenda, que para ser derogado requiere especifica ó individual mencion; pues desde luego los derogo para este efecto, como si para ellos fuesen nombrados cada uno de por sí; y ordeno, que en el caso, no esperado, de incurrir en la contravencion algunas personas eclesiásticas, despues de haber hecho efectivas las penas y restituciones de sus temporalidades, se pase testimonio de lo que resultare contra ellas á sus respectivos prelados, para que los corrijan conforme á los sagrados cánones, á cuyo fin, y el de velar sobre sus súbditos para la observancia de *esta ley*, les hago el más estrecho encargo.

17. 15. Ultimamente, sinembargo de que todo es consiguiente á las diferentes leyes, decretos y cédulas que van citadas y otras providencias, con todo para evitar dudas y

cavilaciones, quiero que en todo y por todo se esté y pase esta mi real resolución según su tenor literal y que se ejecuten irremisiblemente las penas y disposiciones que contiene, sin arbitrio alguno para interpretarlas, conmutarlas ni alterarlas, bajo de cualquier pretexto que sea, de que haga responsables, y de su inobservancia á cualesquier jueces y justicias de estos mis reynos, que deberán renovar y recordar por bandes, á ciertos tiempos, la memoria y noticia de las penas y prevención de esta ley, derogando, como derogo, otras cualesquiera leyes y resoluciones que sean, ó se pretenda que son contrarias.

18. Apesar de estrecharse tanto el exacto cumplimiento de esta ley, vemos que en la práctica se observan con mucha mitigación sus preceptos. No puede dudarse que las rifas se comprenden en el *primer cap.* porque son juegos de suerte. Y además están rigurosamente prohibidas en la *l. 12. d. tit. 7. lib. 8. R.* y en el *auto acord. 1. d. tit.*

19. El *tit. 2. lib. 7. R. de Ind.* trata de los juegos y jugadores. La *l. 1.* prohíbe tener ó jugar dados, y que se juegue á naipes ni otro juego mas de diez pesos de oro en un dia natural, y esto atenta la calidad y hacienda de los jugadores, guardándose las leyes de Castilla. Los factores de mercaderes no pueden jugar de ninguna manera, según la *l. 6.*

El juego de gallos está permitido por cédula de 28 de octubre de 1746, con tal que no se apuesten, ni atrayesen cantidades excesivas, capaces de descomodar las familias, sino solo aquellas moderadas y suficientes á interesar la atención de los concurrentes. Véase el *art. 222.* de la ordenanza de intendentes de Méjico.

Como en orden al fuero militar se ofrecian algunas dudas con motivo del real decreto de 9 de febrero de 1793, se declaró por real orden de 17 de agosto de 1807 que el fuero no estaba anulado sino en las causas que determinadamente exceptua el referido real decreto y sus posteriores esplicaciones, entre las cuales no se halla la de policia: y se manda que la justicia ordinaria tome los nombres de los militares que hallare jugando á juegos prohibidos, y pase noticia á sus jefes respectivos, para que los corrija é imponga multas, haciéndolas efectivas dentro de 8 dias, y mandándolas á las justicias reales, que hubieren hecho la aprension, para que las distribuyan conforme á la ley.

NOTA.

(1) Aunque en el *tit. 19. n. 13. y sig.* hemos hablado de la usura y de la aseguracion, nos ha parecido conve-

niente añadir aquí las doctrinas mas seguras de algunos célebres canonistas sobre estos dos puntos. Para que el daño emergente y el lucro cesante sean justos títulos de escijir algo sobre el principal, son necesarias las condiciones siguientes: 1a. Que el mutuo sea la verdadera causa del daño que se sufre ó de la privacion del lucro; y que pueda evitarlos por otra parte; por lo que si el mutuante tenia otro dinero desocupado con el que podia evitar el daño ó cesacion del lucro, ya nada puede escijir sobre el principal: 2a. Que se deduzca á pacto el aumento; ya porque el mutuario tal vez no aceptaria el préstamo con ese gravamen, ya por ser este un contrato *de estricto derecho*: 3a. Que el lucro cesante sea lícito y al mismo tiempo cierto ó probable, por estar el principal destinado á una negociacion efectiva; porque si la esperanza del lucro es remota, ó si es ilícita, como la del juego, ó porque el mutuante no pueda negociar, como un juez, religioso, clérigo beneficiado ó *in sacris*, nada se puede escijir sobre el capital: 4a. Que el aumento no se escija al tiempo del contrato, porque si se escije entónces, el préstamo es de esa cantidad menos: 5a. Que no se escija todo lo que se espera ganar, sino lo que vale la esperanza acompañada de incertidumbre, peligros y gastos.

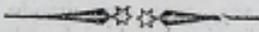
Molina, *de just. et jure, tract. 2. disp. 317. n. 4.* y demas teólogos y canonistas dicen que los tutores y curadores no pueden prestar á usuras el dinero de los menores, porque la usura es intrinsecamente mala, prohibida por derecho natural y divino; y que debe emplearse en algun fondo fructífero, ó ponerse al partir de utilidades en poder de algun comerciante aparente.

Amas de los títulos referidos para las usuras compensatorias, hacen mencion los autores de otro, que es el peligro. Este puede ser intrínseco al mutuo ó de derecho, ó bien extrínseco ó de hecho. El peligro de derecho es el del capital con sus productos que parece por caso fortuito, y que corre de cuenta del mutuario por el dominio que le transfirió el prestamo. El peligro de hecho es el que corre al mutuante por la dificultad ó imposibilidad que tendra de ser pagado por ser el mutuario disipador, litijioso, de mala fé, pobre, &c.

Los autores estan divididos sobre si el peligro de hecho sea justo título para escijir usura compensatoria: unos niegan y otros afirman con fundamento; aunque todos convienen en que sola la pobreza de un hombre de bien no es título para escijir cosa alguna sobre el capital; porque el Evangelio encarga se socorra al necesitado, prestándole si-

esperar por eso nada. Véase n. 6. tit. 10.

Cuando el mutuante toma sobre sí el peligro de derecho que pertenece al mutuuario, se celebra el contrato de aseguración. Para que este contrato sea lícito es necesario que concurren las condiciones siguientes: 1a. Que el peligro sea cierto en sí, ó á juicio de los contratantes: de modo que si el asegurador sabe que no hay peligro, porque la nave llegó felizmente al puerto, ó si el dueño de la casa asegurada sabe que pereció ó naufragó, el contrato es nulo: 2a. Que el precio de la aseguración sea proporcionado al peligro, de modo que se podrá llevar mayor precio, si el peligro es mayor, como si la navegación es muy dilatada, por mares muy tempestuosos, ó si hay piratas, ó enemigos en tiempo de guerra: 3a. Que se guarden las condiciones del contrato, como la de que la nave no lleve demasiada carga, tome tal rumbo y no otro, &c. 4a. Que el asegurador tenga con que pagar en caso de pérdida; porque no puede ganar, si no tiene que perder. 5a. Que el riesgo de la cosa asegurada no sea fingido: 6a. Que si el mutuante es el asegurador, deje á la libertad del mutuuario celebrar este contrato ó no, y que no lo obligue ó ponga esta condición para hacer el préstamo: lo que se condena en le cap. *Navigant.*



TITULO XXIX

DE LOS BLASFEMOS, JUDIOS, MOROS, HEREJES, AGOREROS Y DE LOS ENFAMADOS.

Tit. 8. 24. 25. 26 y 28. P. 7.— Tit. 2. 3. y 4. lib. 8. R.

1. y 2. *De la blasfemia y su pena.*—3. *Debe ser honrado el Judío que se torna Cristiano.*—4. *Pena del Cristiano que se torna Judío.*—5. *De los herejes reconciliados.*—6. *Pena de los agoreros, adivinos, &c.*—7. 8. y 9. *De los infames.*—10. *Efectos de la infamia.*—11. *Derecho de Indios.*

1. Blasfemia es: *denuesto ú ofensa que hacen los hombres contra Dios, contra la Virgen Maria ó sus Santos; Princ. y l. 1. tit. 28. P. 7.* Si la blasfemia es heretical, la castiga la jurisdicción ordinaria eclesiástica en lugar de lo

estinguida Inquisición; y sino la jurisdicción real ordinaria. Cierta especie de blasfemias mayores, digámoslo así, tienen la pena de la *l. 2. tit. 4. lib. 9. R.* de corte de lengua y pérdida de la mitad de los bienes; pero otras ménos escrables, y los juramentos *per vida de Dios* y otros tienen por la primer vez un mes de prisión, por la segunda seis meses de destierro y mil maravedis, y por la tercera taladro de la lengua, sino es que fuese hombre escudero ó de mayor condicion, que por la tercera habria de sufrir destierro de un año y multa de dos mil maravedis; *tit. 5. y 6. d. tit.* La *l. 7.* aumentó esta pena con diez años de galeras en unos casos, y con seis en otros. Cualquiera que oyere blasfemar puede hacer preso al blasfemo; *l. 4.* y los jueces están obligados á la pesquisa de oficio, y si les fuere denunciada la blasfemia, y lo supieren, y no hicieren dicha pesquisa, pierdan el oficio. Azor. en *d. l. 2.* cita á Covar. cap. *Quomvis* l. 5. 7 y dice, que el corte de lengua se conmuta á veces en atar la lengua ó una mordaza, y pasearlo públicamente, y á veces en horadaria. Pero lo cierto es que no se castigan estos delitos con estas ni otras penas mas suaves, y por eso vemos con dolor que se cometen con mucha frecuencia.

2. Si el que blasfema contra el rey, reyna, real estado, príncipe ó infantas es hombre de mayor clase y estado, debe ser preso y remitido al rey, para que mande darle la pena merecida. Si es Conde ó rico hombre ó caballero ó otro hombre de gran guiso, debe darse cuenta al rey para que lo mande castigar. Y si fuere hombre de ciudad ó villa, de qualquier ley, estado ó condicion que sea, y tuviese hijos de bendición, sea para estos la mitad de sus bienes, y la otra para la cámara, y si no los tiene sean dos partes para la cámara, y la tercera para el acusador, deducidas la dote y arras de su mujer y las deudas propias; *l. 8. d. tit. 4.* que concluye mandando á los prelados, que si algun frayle ó clérigo ó hermitaño dijere alguna cosa de las sobredichas, lo prendan y lo envíen preso ó recaudado. Y por cédula de 18 de setiembre de 1776 se manda el puntual cumplimiento de esta ley, y se previene á las justicias, que lo adviertan á los prelados, y si notasen descuido ó negligencia de su parte, reciban sumaria informacion del nudo hecho sobre las personas eclesiásticas, que incurran en tales excesos, y la remitan al presidente del Consejo para el pronto y conveniente remedio, en el supuesto de que se mantendrán reservadas estas denuncias y los nombres de los testigos. La *l. 1. tit. 2. P. 7.* habla tambien de este asunto.

3. Todas nuestras leyes que hablan de los judios son anteriores á su espulsion, verificada por la famosa Pragmática de 30 de marzo de 1492 que es la *l. 2. tit. 2. lib. 8. R.* por lo que es muy poco lo que hay que notar aquí sobre ello. A los judios que se tornaren cristianos, todos deben honrarlos, nadie sea osado de retraer á ellos ni á su linaje como fueron judios en manera de denuesto, y puedan haber todos los officios y honras que han todos los otros cristianos; *l. 6. tit. 24.* por lo que es muy digna de reprehension la práctica de aquellas relijiones que se niegan á dar su habito á un hombre benemérito; porque sus ascendientes doscientos años atrás eran judios; á pesar de que por otra parte hacen ellas profesion de ser las mas humildes. Con el mismo espíritu de verdadera relijion manda la *l. 2. tit. 25. P. 7.* que de ningun modo impida nadie el bautismo de un judio, bajo las mayores penas civiles y criminales que se hallaren por derecho. De los moros tenemos que decir casi lo mismo que de los judios; la *l. 3. tit. 25. P. 7.* facilita su conversion á nuestra relijion; imponiendo pena á los que la embarazan. La *l. 4. d. tit.* establece pena de muerte contra el cristiano que se tornare moro, y que todos sus bienes sean para sus hijos ó parientes; si los tuviere, y no teniéndolos para la cámara del rey. Si este tal hiciere despues algun gran servicio á los cristianos, manda la *l. 8.* que se le perdone la pena de muerte; y si volviere á nuestra relijion; se le restituyan sus bienes, y quede con los mismos honores que antes de haber el yerro:

4. El cristiano que se tornarse judio, debe morir por ello, como el que se hace hereje, y perder todos sus bienes: La *l. 2 tit 26. P. 7.* dice que puede cada uno del pueblo acusar á los herejes ante los obispos, quienes deben examinar si lo son; y si hallaren serlo, y quisieren reconciliarse han de ser perdonados: pero si lo resistieren debe el Obispo declararlos herejes, y darlos despues á los jueces seculares para que los manden quemar, á escepcion de los que estan en el menor grado, que por no ser todavia formalmente creyentes, han de sufrir la pena de destierro perpetuo ó de cárcel hasta que se arrepientan; y sus bienes se han de aplicar á la cámara, conforme á la *l. 1. d. tit. 3.* La 2. manda que los condenados por herejes que se ausentaren é intenten volver de otros reynos impetrando absoluciones y privilegios, si lo verificquen tengan por el mismo hecho pena de muerte y perdimiento de bienes; y que las justicias procedan á ello bajo perdimiento y confiscacion de todos sus bienes, en cuya pena incurren tambien los encubridores y receptadores.

5. La *l. 3.* establece que los reconciliados por delito de herejía y apostasia, ni los hijos y nietos de condenados y quemados por este delito, hasta la segunda jeneracion por línea masculina, y hasta la primera por la femenina, no pueden tener alguno de los muchos oficios que nombra, ni otro alguno público ni real. Azev. en *d. l. 3. n. 26.* y sigui. pretende, citando á otros, que no incurren en las penas de esta *ley* los hijos ó nietos de los que solo una vez cayeron en este delito y fueron reincorporados en la Iglesia; y que los hijos nobles católicos de estos reos no estan privados de su nobleza. Y añade con mas seguridad, que no alcanzan estas penas á los nuevamente convertidos, ó sus hijos, que se convirtieron por su voluntad, sin haber sido castigados, porque estos son capaces de todos los oficios y honores, como hemos visto, segun la *l. 6 tit. 24 P. 7. La l. 4. d. tit. 8. lib. 8. R.* manda observar y cumplir el contenido de la *3.* véase á Azev. en *d. l. 1. y 8.* donde trata largamente este asunto como teólogo jurídico.

6. La *l. 1. tit. 23. P. 7.* y la *5. tit. 3. lib. 8. R.* condenan á pena de muerte á los adivinos, agoreros ó sorteros y hechiceros, y á los que los encubriesen en sus casas, á ser echados de la tierra para siempre: y que si las justicias no lo cumplieren y ejecutaren, pierdan el oficio y la tercera parte de sus bienes. La *l. 7. d. tit. 3.* manda, que los correjidores se informen si hay adivinos, y que si los hallaren, los prendan y castiguen, si fueren legos; y que si son clérigos, lo notifiquen á sus prelados para que los castiguen. La *8.* ordena que se den provisiones, para que se guarde el contenido de *d. l. 6.* La *5.* dice, que el que va á los adivinos, y cree las adivinanzas, pierda la mitad de sus bienes para la cámara: lo que juzgamos debe entenderse de los que las creen á sabiendas, esto es, no ignorando que está prohibido como cosa mala; pero no si lo ignoran, como en términos semejantes dice Covar. del que profiere blasfemias; *cap. Quamvis 1 §. 7. n. 16.*

7. Fama es el buen concepto que merece el hombre que vive segun ley y buenas costumbres. La infamia, que es la pérdida de este buen concepto, nace de solo un hecho, ó bien de la ley que da por infames á los que cometen ciertos yerros; *l. 1. tit. 6. P. 7.* Como la infamia de hecho nace de un hecho torpe ó feo, que no está castigado por la ley, nó es posible calificarla en todos los casos, puesto que depende del sentir de los hombres buenos. La *l. 2. d. tit. 6.* trae algunos ejemplos de esta infamia, como la del hijo que no nace de casamiento derecho, segun manda la Santa Iglesia;

la del hijo á quien difama el padre diciendo mal de él en su testamento, &c.

8. La infamia de derecho pende de la ley ó de sentencia. La *l. 4. d. tit. 6.* refiere los infames que padecen la infamia de la primer clase, y son: 1.º Los alcahuetas. 2.º Los juglares ó bufonas y los remedadores que andan públicamente cantando ó haciendo juegos por precio; pero de ningun modo cuando es por solo el placer de divertir á sus amigos: 3.º Los que lidian con bestias bravas, ó entre sí por precio; pero no los que lo hicieren sin precio. 4.º Los militares espulsos del ejército por su culpa, ó á quienes quitaran la espuela ó la espada que tuviesen en cinta. 5.º Los soldados que en lugar de cuidar sus armas, arrendasen heredades ajenas, á manera de mercader. 6.º Los usureros. 7.º Los que quebrantan transacciones juradas. 8.º Los que cometieren el pecado nefando. 9.º Segun la *l. 14. tit. 6. P. 3.* los abogados que hacen con sus clientes el pacto *quota litis*; *tit. 9. n. 16.*—10.º Los jueces que á sabiendas diesen sentencia contra justicia, *l. 24. tit. 22. P. 3.* La *l. 3. tit. 1. tib. 5. R.* abolió la infamia de la mujer que se casaba durante el año de su viudedad.

9. Son infames de la segunda clase conforme á la *l. 5. tit. 6. P. 7.* los siguientes: 1.º Los condenados por traicion, falsedad, adulterio ó otro delito que hubiesen hecho; lo que entiende Lopez, *glosa 3.* de los delitos públicos, y de los cuatro del *n. sig.* si el reo fuese condenado en su nombre. 2.º Los que acusados de haber hecho hurto, robo, engaño ó tuerto, esto es, injuria, pactasen ó diesen algo sin mandamiento del juez, para que no pasase adelante la acusacion; por que este pacto equivale á confesion, ó porque la pena pública por estos cuatro delitos causa infamia. 3.º Los que fueren condenados por dolo en los contratos de compañía, mandato ó depósito, ó el guardador en la administracion de los bienes del huérfano; pero adviértase que si la sentencia fuese dada por arbitros no infamaria; *d. l. 5.*

10. Los efectos de la infamia son: 1.º No pueden ganar de nuevo los infames ninguna dignidad ni honra de las que requieren buena fama; y aun deben perder las que habian ganado; *l. 2. l. 12. c. de dign.*—2.º No pueden ser jueces ni concejeros del rey, ni de comun de algun concejo, ni abogados; pero bien pueden ser procuradores y guardadores de huérfanos, cuando fueren nombrados por testamento: tambien pueden ser árbitros; *l. 7. de recup. arbit.* y tener empleos gravosos para ellos, pero útiles al rey, ó al comun de algun concejo. 3.º No pueden acusar; *l. 7. tit. 1. P. 7.*

11. La l. 51. tit. 15. lib. 9. R. de Ind. manda que los jenerales de mar cuiden de evitar todo crimen en las embarcaciones de su mando, imponiendo las penas de la ley á los delinquentes, especialmente á los blasfemos. Ni permitan en sus viajes á los que una vez hubieren incurrido en este crimen; l. 33. tit. 24 lib. 9; d. R. Así mismo se prohíbe pasar á estos reinos á los judíos y á sus hijos antiguos estén convertidos; á no ser que traigan licencia espresa del rey; l. 15. tit. 26. d. lib. 9. Lo mismo debe entenderse de los moros y moriscos; ll. 29. tit. 15. lib. 7. y 15. tit. 26. d. lib. 9.

TÍTULO XXX.

DE LAS ACUSACIONES Y DE LAS PÉNAS.

Tít. 1. y 31. P. 7.—Tít. 26. lib. 9. R.—26. de las aut. acord. y 24: lib. 4: R.—Tít. 2. et 19: lib. 48. Dig.

1. De la acusacion y delacion y su diferencia.—2. 3. y 4. De los que no pueden acusar.—5. Del acusador que se debe preferir entre dos ó más acusadores.—6. No se puede acusar por procurador.—7. 8. y 9. De los que no pueden ser acusados.—10. De los delitos públicos.—11. El heredero del acusador no está obligado á seguir su acusacion.—12. hasta 17. Delitos que el juez no puede perseguir de officio.—18. De las injurias de palabra.—19. De la prescripcion de los delitos.—20. El juez debe proceder de officio contra las demás delitos.—21. La pesquisa jeneral está prohibida.—22. y 23. Delitos por los cuáles se puede acusar al reo aun despues de muerto.—24. y 25. Se deba acusar por escrito y dando fianza.—26. De los que pueden acusar sin dar fianza.—27. y 28. Pena del acusador que no prueba la acusacion.—29. Pena del acusador que abandona la acusacion.—30. De los que pueden separarse de la acusacion impunemente.—31. De la transacion.—32. De la pena en jeneral.—33. El vero pensamiento no puede merecer pena.—34. Siete especies de pena.—35. De la confiscacion y multa.—36. Del destierro.—37. De la pena de muerte.—38. De algunas penas que no puede imponer el juez.—39. No se puede imponer pena despues que consta el delito por pruebas legítimas.—40. De algunas penas arbitrarias.—41. Casos en que el

juez puede crecer ó menguar la pena.—42. Ninguna jurisdiccion ordinaria puede aplicar pena corporal afflictiva sin consultarla con la sala del crimen.—43. De aquellos á quienes no se puede aplicar pena.—44. Derecho de Indias.

1. Acusacion es la accion con que uno pide al juez, que castigue á otro del yerro ó maldad que hizo; *l. 1. tit. 1. P. 7.* y se diferenciaba de la denuncia ó delacion en que el denunciante no quedaba sujeto á prueba; pero hoy no se puede recibir denuncia sin que el delator afiance; *n. 25.*

2. Pueden acusar los que no están prohibidos por las leyes; y lo están por la *l. 2. d. tit. 1.* los siguientes: 1.º La mujer: 2.º El menor de 14 años: 3.º El alcalde ú otro que administre justicia: 4.º El infame: 5.º Aquel á quien fuese probado que dijo falso testimonio, ó que recibió dineros porque acusase á otro, ó que desamparase por ellos la acusacion que tuviese hecha: 6.º El que tuviese hechas dos acusaciones no puede hacer la tercera, hasta que sean acabadas por juicio las primeras: 7.º El que fuere muy pobre: 8.º El compañero á su compañero en el delito: 9.º Tampoco puede acusar el liberto á su patrono, ni el hijo ó nieto á su padre ó abuelo, ni el hermano á su hermano, ni el criado sirviente ó familiar á aquel que lo crió, ó en cuya compañía vivió haciéndole servir ó guardándolo: 10.º Por la *l. 4.* el que está acusado delante del juez no puede acusar á otro por razon de delito, que fuese menor, ó igual á aquel de que él está acusado, hasta que se acabe su acusacion, salvo si fuese por daño propio ó de sus parientes en los términos referidos. Y en los mismos términos y no en otros, puede acausar el que fué sentenciado á muerte ó destierro perpetuo; pero si este fuere temporal, no tiene impedimento para acusar; *l. 19. de his qui accus. n. por l. 5. §. 1. de publ. jud.*

3. Pero hay casos en que pueden acusar los sobredichos, como en el delito de traicion al rey ó reyno, ó quando quieren perseguir el daño que se hizo á ellos mismos, ó á sus parientes hasta el cuarto grado, ó suegro, ó yerno, ó entenado, ó padrastro; *l. 2. d. tit. 1.—l. 8. cum. seq. de accusat.*

4. En quanto al 3r. caso dice Lopez *l. 2. glosa 5.* que esto se entiende de los jueces mayores, no de los menores, los cuales pueden acusar y ser acusados. Tambien dice que los majistrados mayores pueden acusar y ser acusados si son perpetuos, cuya opinion sigue la Curia, *p. 3. §. 9. n. 8.* donde aplica quienes se entienden por jueces mayores.

5. Quando dos ó mas concurren á acusar debe ser pre-

ferido el que sigue su injuria ó de los suyos; *L. 12. tit. 1. y 14. tit. 8. P. 7.* Entre parientes, la mujer por la muerte del marido y este por la de la mujer, prefiriendo á los hijos y demas. Si hay muchos parientes, prefiere el mas inmediato, y si los hay de grado igual, se admite al que primero acuse. Entre estraños debe preferir el juez al que lo parezca de mejor intencion; *L. 13. tit. 1. P. 7.*

6. Se debe acusar por procurador, aunque sea en causa propia, excepto el curador por su menor; *L. 6. tit. 1. P. 7.* mas esto se entiende en los delitos de que puede resultar pena de muerte, perdimiento de miembro ó destierro perpetuo, pues en los demas bien puede acusarse por procurador; *L. 12. tit. 5. P. 8.* En ausencia del curador puede el menor con autoridad del juez constituir procurador que acuse por él; Lopez, *gleza 2. d. l. 6.*

7. Por falta de juicio no puede ser acusado el menor de 14 años por yerro en razon de incontinencia á causa de faltarle para ello el conocimiento correspondiente. Pero si hiciere yerro de otra calidad, como si hiriere, matare ó hurtare y fuese mayor de diez años y medio, bien lo pueden acusar, y darle pena mucho mas leve que la que regularmente corresponde al tal delito. Si es menor de diez años y medio, da ningun yerro que hiciere puede ser acusado, como tampoco el loco, furioso ó mentecato, de lo que hiciere durante la locura. Mas no son sin culpa los parientes de ellos, que no los hacen guardar de modo que no hagan daño á otro; *l. 9. d. tit. 1. l. 14. de of. Presid.*

8. Hay otros que no pueden ser acusados, ó solo pueden serlo con alguna limitacion. 1.º Los oficiales que han poderio del rey de hacer justicia á los hombres, condenandolos á muerte ó perdimiento de miembro, por los yerros que hagan, no pueden ser acusados de otros mientras durare su oficio; salvo si alguno de ellos cometiese el delito contra aquellos que hubiese de juzgar, *l. 4. c. ad l. jul. repetit.* ó por razon de su oficio agtaviase á alguno, que entóces le podría acusar: de los otros yerros no podrá serlo hasta que deje el oficio; porque pudiendo tener los jueces muchos enemigos por razon de su cargo, serian tantos los acusadores que no podrian cumplir bien sus deberes; pero si se querelasan al rey, debe este perseguir de oficio y saber la verdad para escamentarlos como correspondá; *l. 11. d. tit. 1.*

9. 2.º Tampoco puede ser acusado de algun delito el que por sentencia valedera hubiese sido absuelto de tal delito; sino es que probasen contra él, que se hizo acusar engañosamente, sacando pruebas que no servian, para que lo

diesen por libre. Y lo mismo si se probase que otro lo había acusado engañosamente para librarlo. Si alguno acusase á otro sobre muerte de otro hombre, que no fuese su pariente, y el acusado fué absuelto de la acusacion, no podrá ya ser acusado otra vez por alguno de los parientes del muerto, salvo si este jurare que no lo supo, cuando lo acusaba el extraño; *l. 12. d. tit. 1. P. 7.—3.º* Finalmente solo el padre, y muerto este la madre, pueden acusar á sus hijos sobre el patrimonio clandestino de estos; *l. 1 tit. 2. lib. 5 R.*

10. Pero no todo delito puede ser acusado por cualquiera, sino solo los públicos, que son aquellos en que se da acción popular; *tit. 24. n. 1.—Gomez, var. tom. 3. cap. 1. n. 4.* da tres reglas para conocer el delito público: ha de ser contra Dios ó la religion, ó bien contra el Gobierno ó la República, ó ha de estar señalado por la ley como tal; segun esto son delitos públicos: el de lesa majestad divina, la herejía y blasfemias; el de traición, la defraudacion de rentas públicas; *l. 1 tit. 8. lib. 9. R.* y cédula de 8 de junio de 1805 sobre contrabandos; la falsificación de moneda con la circunstancia de que no se incurre en pena aunque no se pruebe; *l. 30. tit. 8. P. 7* las raterías y los cochos del juez y ministros que componen el foro; *l. 1. tit. 7. P. 7.* la falta de administracion de justicia y del cumplimiento de los deberes judiciales; la falsedad en testamento; el perjurio; la mala versacion del guardador en los bienes del huérfano; la sodomia, bestialidad, alcahutería, el rapto y el estupro de que hablan las leyes del *tit. 19. P. 7.* y de *2. tit. 20. P. 7.* el homicidio y finalmente todas las transgresiones públicas que pueden perseguirse de oficio especialmente las contrarias al bien comun, y todas aquellas acciones que se dirijen á la extirpacion de males, capaces de ofenderlo, como: espeler la mujer ramera, cuando su conducta escandalosa hace alterar el candor y recato de los demás, ó es causa de riñas, disgustos ó públicas desavenencias; quitar de enmedio el animal nocivo y dañador, por costumbre ó propension, aunque sea doméstico; alejar al leproso ó apestado; extrañar al individuo, cuyas perniciosas maximas alteran la paz pública, &c. Véase la *hist. de Castilla, lib. 2. tit. 19.*

11. Cuando el delito es público, y muere el acusador pendiente la acusacion, no estan obligados sus herederos á seguirla, aunque pueden hacerlo si quieren, á otro extraño en defecto de ellos. Y si ninguno se presenta á hacerlo, el juez deberá seguir la causa de oficio, no siendo el delito de aquellos en que no se puede proceder sino á petición de parte, como los siguientes:

12. 1.º Los delitos leves en los cuales solo debe haber correccion, amonestacion y apercibimiento, á menos que se prevea que de su tolerancia han de sobrevenir males graves.

13. 2.º Las ofensas cuya vindicta se dirige al reintegro ó recobro de la honra, fama, estimacion ó daño particular.

14. 3.º El desfloro y estupro. Palacios en la *Inst. de Cast. lib. 2. tit 20.* dice que si no hay queja ó instancia de parte no se acostumbra proceder de oficio en este delito, sino para asegurar el feto, si lo hay, y para apercibir en tal caso á los delincuentes; todo con el mayor secreto por lo mucho que interesa el honor de la mujer. Los practicos exceptuan algunos casos en que ha de procederse de oficio: 1.º El estupro de criado con crida: 2.º El del tutor, curador y otros á cuyo cargo está la custodia de la mujer en quien lo cometieron: 3.º El del carcelero con la mujer de su cargo, aun siendo esta pública ramera: 4.º El que se comete contra mujer inmatara, menor de doce años, y mucho mas si es incapaz de dolo, como la que no llegó á los siete, el cual se estima fuerza calificada; vease a Vilanova, *mater. crim. obsev. 11. §. 23.*

15. 4.º El adulterio, á no ser que provenga de raptó ó sea consentido por el marido. Y puede verse á Sanchez de *Molina lib 7. disp 113 n 22 y sigui.* sobre lo que puede hacer el juez de oficio en las causas matrimoniales.

16. 5.º El delito que resulta de las tachas puestas al testigo en juicio; y aquel que las partes aducen respondiendo á las impugnaciones de sus adversarios; excepto euando acusada la mujer de adulterio, responde que lo cometio con consentimiento del marido, pues probándose esto se podrá proceder contra él.

17. 6.º Las disensiones domésticas, conforme al *art. 20. de la Instruc. de Correj. de 15 de mayo de 1788.*

18. 7.º Las injurias de palabras livianas, sobre lo cual debe tenerse presente la *L. 4. tit 10. lib. 8. R.* que dice: "mandamos que sobre palabras livianas, si no intervinieren armas, ni efusion de sangre, ó en que no hubiere queja de parte, ó que si se hubiere dado queja, se apartaren de ella, y fueren amigos, no se entrometan los jueces á hacer pesquisa sobre ello de su oficio, ni procedan contra los culpados: y lo mismo mandamos se guarde en las cinco palabras de injuria de la *L. 2. d. tit.* no precediendo querrela de parte; pero precediendo acerca de las dichas palabras, mandamos que aunque despues la parte que dió querrela se aparte de ella, que nuestras justicias hagan justicia." El *art. 6. de la cit. Instruc. de Correj. dice:* "Sobre injurias de palabras livia-

nas que pasaren entre cualesquier vecinos, si no intervinieren armas ni efusion de sangre, ó no hubiere queja de parte, y aunque la haya, si se apartaren de ella, no harán pesquisa de oficio; y lo mismo observarán en las cinco palabras de la ley, si no hubiere querrela de parte « Posadilla, *Pract. crim. dial.* y Vilanova *cit. obs.* 6. §. 8. n. 13. dicen que aunque la injuria verbal nazca de cualquiera de las cinco palabras de la ley, no se procede de oficio si la parte abandona la querrela; mas Escriche en su *Diccion. de lejisl.* dice que aun entonces ha de proseguir la causa el juez hasta su determinacion.

19. 8.º Finalmente, tampoco puede proceder el juez de modo alguno contra los delitos que hubieren prescrito legitimamente; advirtiéndose que los delitos atroces, como el de herejía, lesa majestad, parricidio real y similitudinario, asesinato, moneda falsa, simonia, aborto procurado de feto animado, coito nefando, sodomía, bestialidad, sacrilegio y otros de igual ó mayor gravedad solo pueden prescribirse por la prescripcion de tiempo larguísimo, que es de 40 años. El delito de injuria por un año: el de dolo por dos años: el de simple fornicacion por tres: los demás delitos sensuales y carnales, como el adulterio y estupro, por cinco años, á no ser que el adulterio sea complicado con incesto; que entonces durá por 40 años. El comiso espira por cinco años; y si recae en cosa de atreimiento real, dura el tiempo de este y seis meses despues; *l. 1. tit. 24. y l. 1. tit. 25. lib. 9. R. En el de hurto la accion criminal se prescribe por veinte años; y nunca la de repetir por la cosa hurtada. Tambien por veinte años el de falsedad; l. 5. tit. 7. P. 7. El de juegos prohibidos, pasados dos meses; tit. 28. n. 14. El del mal pago de diezmos no se puede pesquisar en ningun tiempo; l. 5. tit. 5. lib. 1. R.*

20. Pasados estos términos, ni de oficio, ni por acusacion; ni aun mediante el beneficio de la restitucion in integrum puede procederse; como los delitos no esten procesados; pues estándolo, si la causa se halla pendiente por citacion legal ó por contestacion, nunca se acaba esta instancia criminal. En todos los demás casos y delitos públicos ó privados debe el juez proceder de oficio á falta de acusador, para que no queden impunes; siendo esta una obligacion precisa, inherente y característica de su empleo; *l. 36. tit. 6. lib. 3. y 1. y 6. tit. 1. lib. 8. R.* y la *Instrum.* de 15. de mayo de 1778. n. 20. que manda tengan los jueces especial cuidado de castigar el robo, quemá, homicidio, blasfemia, amancebamiento, usura, adivinacion ó cualquier otro delito ó pecado público ó escándalo; de tal modo que según la cédula de 8 de nov-

vimiento de 1787 aun en las causas criminales en que haya acusacion pública es parte el Fiscal, y debe pedir y promover la administracion de justicia, acusando a los reos de lo que contra ellos resultare, y haciendo las demas diligencias propias de su oficio, aunque dicha acusacion se siga entre partes y no de oficio, ó sea incidente de otra causa principal.

21. Debemos advertir aqui que la *l. 2. tit. 13. lib. 2. R.* y la *3. tit. 1. lib. 8. R.* prohiben que se hagan pesquisas jenerales sin orden del rey: lo cual entienden con razon los intérpretes de las pesquisas jenerales en cuanto á las personas y delitos; porque si solo son jenerales en cuanto a las personas y especiales en cuanto á los delitos, bien se pueden hacer sin orden del rey; Azev. en *d. l. 3.* y asi lo prueba *d. l. 1.* De otra suerte quedarian sin poderse averiguar muchos delitos: lo que causaria un gran mal al Estado; *l. 51. §. 2. ad leg. Agul.*

22. Hay delitos por los cuales se puede acusar al reo aun despues de muerto; tales son: la traicion contra el rey ó contra el reyno: la herejia: la defraudacion de los bienes públicos, cometida por el encargado de ellos: el delito del militar que se retira del servicio, y se pasa al enemigo, ó le da ayuda de cualquiera manera en perjuicio del rey ó del reyno; *l. 7. tit. 1. P. 7* el hurto de cosa relijiosa ó santa: el mal juicio que da el juez por precio: la muerte del marido procurada por la mujer; *l. 8. d. tit. 1.* el pecado nefando: el del ladrón famoso: y todos los delitos por los cuales la pena procede *ipso jure*; *Molina, de just. et jure, tract. 8. disp. 48. n. 6.*

23. En los demas delitos se acaba el pleito por la muerte del acusado, antes de darse la sentencia; y tambien por la del acusador, sin que los herederos ni los parientes deban continuar la acusacion; pero alguno de ellos ó cualquier otro, lo puede acusar otra vez de nuevo, sobre aquel mismo delito; *l. 23. d. tit. 1.*

24. Ningun fiscal puede acusar ni poner demanda civil en nombre del rey, sin que haya delator que por escrito, y por ante escribano público, diga la delacion. Y sin esta diligencia (que equivale a la inscripcion que requiere el derecho romano en las acusaciones de los particulares; *l. 7. de acus. y a la l. 14. tit. 1. P. 7*) no pueden ser recibidas las acusaciones, demandas ó denunciaciones; salvo por ser el hecho notorio ó por pesquisas que mandare hacer el rey, por cualquier maleficio, pues entonces podran denunciar y acusar sin delator; *l. 3. tit. 13. lib. 2. R.*

25. Nadie puede delatar ni acusar sino conforme á la *l. 64. tit. 4. lib. 2. R. inserta en la real provision de 18 de julio de 1766* sobre que no se admitan papeles anónimos, segun la cual ningun tribunal ni juez puede admitir memoriales, que no se den firmados de persona conocida, y entregándolos la misma parte personalmente, ó por virtud de su poder, obligándose y dando fianzas primero y ante todas cosas á probar y averiguar lo en ellos contenido, so pena de costas que de sus averiguaciones se causaren, y de quedar espuesto á la pena, que á falta de verificarlo, se le impusiere, quedando esto á la disposicion y arbitrio del juez que de la causa conociera, &c. pero en el dia es poco usado este modo de proceder por denuncia formal; y lo que se practica es poner el delito en noticia del juez de cualquier modo, para que proceda de oficio á la averiguacion á que esta obligado.

26. Esta fianza se llama de calumnia, y solo se hallan esentos de ella: 1.º Los que acusaren su injuria propia ó el delito cometido contra los suyos en 4.º grado; porque estos se mueven á la acusacion con razon y con dolor, y no maliciosamente; *l. 26. tit. 1. P. 7.—2.º* Si el testador dijese en su testamento, ó delante de testigos, que alguno lo había herido, ó causado algun daño del cual moria, si el heredero de este acusa al ofensor, no debe sufrir pena alguna, aunque no pruebe la acusacion; *l. 21. d. tit. 1.* y por consiguiente no esta sujeto á fianza. 3.º El cónyuge por razon de la muerte del otro cónyuge. 4.º El tutor ó curador. 5.º El que acusa á otro por los delitos de herejia, moneda falsa ó lesa majestad. 6.º Los ministros de justicia y los fiscales ó cualquier otro que por su empleo tiene el cargo de acusar los crímenes; *ll. 6. 20. y 21.—véase el n. 30.*

27. La *l. 17. tit. 1. P. 7.* impone la pena del talion al acusador que no prueba su acusacion; y aunque esta pena no esté en uso; *Curia Filip. part. 3. § 6. n. 13.* y se sustituyan otras arbitrarias segun la malicia del delincuente, gravedad del delito, y circunstancias del calumniador y calumniado, no se crea por eso, dice Vilanova, *Materia crim. obser. 6. §. 1. n. 78.* que reside en el juez facultad para ejercer este arbitrio á su antojo, de manera que queden sin el debido castigo las falsas denuncias ó acusaciones; por lo que se recomienda á los jueces la debida imparcialidad y circunspeccion para que no dejen impune el delito por demasiada induljencia, ó lo castiguen con rigor excesivo imponiendo la pena de talion, á ménos que sea tal el conjunto de circunstancias, que por su gravedad lo obliguen á imponerla; Berni en la *l. 1. tit. 1. P. 7.* pero Vizzaino en su *Código criminal, tom. 1.*

pag. 262: dice que justamente se imponen al falso calumniador las mismas penas que las leyes de la Recop. aplican á los falsos testigos; y esto es mas arreglado á justicia, porque el acusador calumnioso es por lo ménos tan delincuente como el testigo falso; con quien lo compara la l. 6. tit. 6. lib. 12. *Móis. R.*: que dice: "esperimentándose con reparable frecuencia, la facilidad de incurrir en la execrable maldad de *hacer falsas delaciones* y ser testigos contra la verdad, de que resulta á muchos inocentes la molestia tal vez de dificultosa reparacion en la honra, vida y hacienda, en ofensa, descrédito y escándalo de la justicia; he resuelto que con la mas rigurosa exactitud y observancia se ejecuten las leyes contra testigos falsos y falsas delatores en todo género de causas; así civiles como criminales, sin ninguna dispensacion ni moderacion; véase tit. 26. n. 9.

28: Para que el acusador se escima de la pena no solo ha de probar en lo principal del delito, sino tambien en todos los extremos que abraza la acusacion; si fueren sustanciales ó que agraven el crimen; mas no si son accidentales ó de circunstancias, debiendo tener presente que no basta una prueba semiplena si la defensa es completa ó notoria la impostura; aunque siendo aquella suficiente para condenar arbitrariamente al acusado, quedará impune el acusador. Cuando la acusacion es de hechos correlativos, ó que tienen íntima dependencia entre sí basta justificar uno de los extremos para no incurrir en la pena de calumniador. Por el contrario, si los hechos son inconexos, cada capitulo esije prueba distinta; Tapia. Febrero. novis. tom. 7. tit. 2. caps. 1.º n. 11.—Vilanová, Obser. 6. §. 1. n. 50:

29. Si el acusado se presentare dentro del plazo señalado, y no compareciere el acusador, podrá el juez imponer á este, segun su arbitrio, una multa mandando que se le emplazee de nuevo; si tampoco acudiere dentro de este término, ni alegare causa legitima; debe absolver al acusado, y condenar al acusador en todas las costas y perjuicios; y en las cárceles libras de oro para la cámara, declarándolo infame, confiriéndole á la l. 17. tit. 1. Part. 7.

30. Siempre pueden separarse impunemente de la acusacion: 1.º Los que pueden acusar sin dar fianza; m. 20. l. 20.º Los que desamparan la acusacion dentro de treinta dias; con permiso del juez; quien debe concederle cuando ençienda que el acusador no la desampara engañosamente; sino por que oviere habido hecho con verby; pero se exceptan algunos casos en que no se puede estar aun con permiso del juez, y son: 1.º Cuando la acusacion fue falsa y maliciosa; 2.º Cuando el

virtud de la acusacion se puso preso al acusado, este sufrió algun perjuicio y padeció en su estimacion: y 3.º Cuando se acusa delitos de traicion contra el rey ó el Estado, falsedad, hurto ó robo hecho al rey ó lugar religioso, abandono de algun castillo, fortaleza ó punto, encomendado por el gobierno; *l. 19. tit. 1. P. 7.* Debiendo advertirse que aunque los referidos en el n. 26. no estén sujetos á fianza ni á pena corporal, *l. 26. tit. 1. P. 7.* deben sufrir pena pecuniaria ó arbitraria, si la calumnia fuere tan visible que desvanezca la presuncion que el derecho introdujo en su favor: lo que es conforme á la *l. 6. tit. 1. P. 7.* que dice *fuera emle si-probasen contra él que se moviera maliciosamente á hacer la acusacion*; Lopez. *glosa 5. d. l. 6.* y la Curia Filip. *P. 3. §. 3.*

31. Hemos hablado de la transacion en el *tit. 9. n. 20.* y sigui. y añadimos que puede verse á Gomez, *var. tom. 3. cap. 8. n. 54.* y sigui. sobre si el reo de pena de muerte ó de perdimiento de miembro, se libera de ella, dando algo á su acusador. La *l. 10. tit. 24. lib. 6. R.* declara que aunque haya perdon de parte, siendo el delito y personas de calidad que justamente pueda ser condenado en pena corporal, sea y pueda ser puesta la pena de servicio de galeras por el tiempo, y que segun la calidad de la persona y del caso pareciere que se puede poner.

32. La pena, que es galardón y acabamiento de los malos hechos, se define por la *l. 1. tit. 31. P. 7.* *enmienda de pecho, ó escarmiento que es dado, segun ley á algunos por los yerros que hicieron.* Y añade que esta pena se da por dos razones. "La una para que reciban escarmiento los que hicieron los delitos; y la otra para que todos los que oyeren y vieren, tomen ejemplo, y apercibimiento para guardarse de delinquir por temor de las penas" por lo que debe aplicarse estas en público. Y previene que los jueces averiguen y examinen con mucho cuidado la certeza del delito y como fué hecho; pues si se hizo á sabiendas, deben imponer la pena que señalan las leyes; si por culpa deben imponer una pena menor; y ninguna, si solo por ocasion.

33. Por el mero pensamiento malo, sin comenzar á obrar por él, ninguno merece pena; *l. cogitationis 18. de pen.* Mas si despues de haber tenido alguno el mal pensamiento, se aplica á cumplirlo, comenzándolo á poner en obra, ya seria en culpa, y mereceria pena en ciertos delitos, como en el de traicion: en el de querer matar á otro, teniendo ponzoña aparejada, para darle á comer ó beber, ó tomando algun cuchillo ú otra arma para matarlo, ó estando armado asechándolo en algun lugar para darle muerto: y en el de raptó de

mejores. En otros casos merecen pena, al tenor de lo que hemos dicho al tratar de estos delitos, los que comenzaren á obrar, aunque no hayan completado el delito: lo que no sucede en los otros delitos; l. 2. tit. 31. P. 7.

34. Según la l. 4. d. tit. 31. hay siete especies de penas: cuatro mayores, y tres menores: 1a. La de muerte ó perdimiento de miembro: 2a. La de ir á trabajar para siempre con cadena en las minas ú otras obras del rey, ó á servir á los que trabajan en esto: 3a. El destierro perpetuo ó lugar cierto, con pérdida de todos los bienes: 4a. La de cárcel perpetua con cadena; á la que solo se debe condenar á los esclavos, y no á los libres, añadiéndose que la cárcel no es dada para castigo, sino para guarda de los reos: 5a. El destierro para siempre (y podia haberse añadido, para cierto tiempo) no tomando los bienes: 6a. La infamia: 7a. La de azotes públicos ó vergüenza. Hay otras menores que se imponen al arbitrio del juez por delitos leves.

35. Ni el mismo juez que tiene facultad para condenar á muerte, puede confiscar los bienes de los delinquentes en otros casos que aquellos en que lo mandan las leyes; l. 5. l. 1. 2. tit. 26. lib. 8. R. manda que á lo ménos la mitad de las multas ó penas pecuniarias, sea parte la cámara de rey, y la otra para obras pias y públicas, que estimaren los jueces, sin que directa ni indirectamente pueda servir para ellos parte alguna, á no ser que la ley se la señale. La l. 4. y otras de d. tit. 26 refieren varios delitos irregulares cuya pena debe en parte consistir en haber de pagar á la cámara del rey cierta cantidad de dinero ó confiscarse la mitad de los bienes del reo. Y el auto acord. d. tit. 26. lib. 8. corrigiendo las tit. 6. y 13. tit. 14. lib. 2. R. manda que la esecucion de multas ó penas de cámara, tanto en las causas civiles como en las criminales, traiga aparejada ejecución, y prohíbe admitir sobre ello recurso alguno, sin que antes se verifique el depósito en la receptoría de penas de cámara, y que los escribanos no reciban pedimento alguno, sin que se les presente el recibo del receptor; y quiere últimamente, que el recurso que se haya admitido se termine dentro de sesenta días. Véase la Instrucción de 1608 sobre penas de cámara cit. en el tit. 25. n. 5. Tambien se debe advertir que no debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimiento de los daños y perjuicios que el delito suele causar al ofendido ó su familia. Últimamente, pueden verse varias cuestiones sobre la confiscacion en Molina, de just. et jur. tract. 8. disp. 43.

36. Tampoco puede condenar á destierro en isla ú otra

Jugar el juez facultado para condenar à muerte; porque el mandar esta pena solo pertenece al rey ó su vicario ó adelantado jeneral señaladamente en toda la tierra; *l. 9. d. tit. 31. P. 7. Lopez, glosa 1.* dice en su conformidad que tampoco la pueden imponer las chancillerías, porque tienen su jurisdicción limitada à cierta parte del reyno; y que desde luego la puede imponer el supremo Consejo por tenerla en todo el reyno. Al desterrado para tiempo cierto, que saliere de su destierro antes de concluido el tiempo, le debe el juez doblar el que quebrantó, esto es, el que le faltaba hasta cumplirlo; y si el destierro fuese perpetuo, condenarlo à muerte; *l. 10. d. tit. 31.*

37. Por *d. l. 5.* y otras està facultado el juez inferior para condenar a muerte. El jénero de esta debe ser uno de los regulares, atendidas las circunstancias del reo; pero no podrá ser apadreado ó crucificado; *d. l. 6. glosa 9.* Las sentencias de muerte deben ejecutarse públicamente, pregonándose el delito del reo. Si la condenada se hallase en cinta, no se ha de ejecutar la sentencia hasta despues del parto, bajo pena de homicidio al que la hiciese ejecutar antes; *l. ult. d. tit. 31.* Se debe entregar el cadáver a los amigos del ajusticiado que lo pidan para enterrarlo; *l. 1. l. 3. de cadav. pua.*

38. Por ningun delito se puede mandar sacar los ojos al reo, ó cortarle la nariz ó las orejas; ó señalarle la cara con fuego, ó de cualquier otro modo; *l. 6.—l. 17. C. de pen.*

39. Las penas se deben imponer a los reos despues que constare del delito por pruebas legítimas ó su propia confesion; pero no por señales ni presunciones; porque la pena, despues que es dada en el cuerpo del hombre, no se puede quitar ni enmendar, aunque entienda despues el juez que erró en ello; *l. 7. d. tit. 31.* Y con especialidad cuando la pena ha de ser de muerte ó perdimiento de miembro, en cuyo caso han de ser las pruebas tan ciertas y claras como la luz, de manera que no pueda haber duda alguna; *l. 26. tit. 1. P. 7.—l. ult. C. de probat.* Y deben los jueces estar siempre mas inclinados y aparejados para quitar la pena à absolver al reo, que para condenarlo, cuando el delito no està claramente probado; y quedarse dudoso; porque es cosa mas santa y justa dejar absuelto al culpado; que condenar al inocente; *l. 9. al fin; d. tit. 31.—l. 5. de pen.*

40. No solo se han hecho arbitrarias algunas penas pecuniarias que por haber bajado el valor del dinero serian hoy ridiculas, sino otras corporales, como cortar la mano, clavar la lengua, y otras muchas que por esto suelen llamarse extraordinarias; pero deberán observarse aquellas que no

esten fuera de uso, ó derogadas ó convertidas en otras por causas que se espiden al tenor de la urgencia ó utilidad del Estado, señalando galeras, minas, presidio, marina ó servicio de armas à otras penas.

41. El juez debe examinar la circunstancias del delincuente y del delito, y segun lo que hallare, aumentar ó disminuir ó quitar la pena; *L. 8. tit. 31. P. 7.* Los casos en que deben aminorarse las penas son los siguientes: Cuando el delincuente por su estado, oficio y constitucion debe evitar el delito: Cuando la persona ó cosa ofendida son dignas de obsequio, honor y veneracion: Cuando se delinque con plena advertencia y de propósito: Cuando el lugar donde se comete el delito es sagrado ó digno de respeto: Cuando el delito es nocturno, ó en tiempo santo ó en ocasion en que fluctua entre angustias el ofendido: Cuando el modo de delinquir es proditorio, con veneno ó en una ejecucion atroz, quitando la vida poco a poco ó teniendo en tormento largo tiempo al ofendido: Cuando hay cúmulos de crímenes, delito sobre delito y atrocidad sobre atrocidad; en términos que se califique un ánimo estragado y de insaciable inclinacion a delinquir: Cuando el mal es mayor y de mucha transcendencia: Cuando la causa pública está mas interesada en su remedio y castigo: Cuando el delito causa escándalo: así otros. Por el contrario, los que merecen lenidad ó alivio en la pena son: El creer que el hecho no era delito: La sencillez, imbecilidad, candor, dolencia y edad del delincuente: La ira, el arrebato ú otra pasion violenta que embargue el libre uso del juicio: La debilidad de seso: La nobleza y alta dignidad del delincuente: La pericia única en su clase, ó sea la insigne habilidad en algun arte ú oficio, pudiendo ser tal que le redima la vida: La embriaguez, ignorándose los efectos que podría causar esta intemperancia: El transcurso de largo tiempo despues de cometido el crimen, aunque no esté prescripto, y otros casos semejantes; pero estos lenitivos se han de regular siempre por el delito, pues su gravedad sobrepuja a veces a todos los respetos y el castigo se gobierna por ella; de tal modo que si es atroz, se castiga igualmente al noble que al plebeyo, a la mujer que al hombre, y la causa atemperante se enerva en fuerza de la misma atrocidad; *Matf. controv. 29. y sig. Gomez, var. tom. 3. cop. 3.* bien que en caso de duda se debe resolver por el partido mas benigno.

42. Por *d. l. 5. tit. 31. P. 7.* se inhibe al juez inferior el fallo en delito que induzca destierro; y por las *ll. 2. tit. 16. lib. 8. y 8. y 9. tit. 3. lib. 4. R.* se le quita el de todas

las causas que son caso de corte, como muerte segura, mujer forzada, casa quemada, salteamiento de camino, ladrón conocido, robo ó fuerza manifiestos, traición al rey ó reino, alevosía, ríepío, bandido declarado por sentencia, moneda falsa, falsificación de sellos reales, receptación de malhechores, las causas contra corregidor, alcalde, ó concejos ó personas poderosas, que se resisten á la justicia, y todos los demás delitos anacos, conecos y dependientes de estos. Estas leyes manifiestan la necesidad de consultar con el tribunal superior de la provincia las sentencias de los inferiores que condenan á pena corporal, infamia, confiscación de bienes y privación de oficio; pues el poder de los inferiores se halla reducido á los casos que no son de corte; y si lo ejercen en estos es por permiso, costumbre ó práctica de los tribunales bajo la calidad de esta consulta: la cual, por otra parte, se halla mandada por cédula de 5 de marzo de 1760 en que se dispone que el juez protector de la Real Maestranza de Valencia debe consultar con la Sala del Crimen todas las sentencias de que pueda resultar pena corporal aflictiva, y se añade: *como lo practican todos los jueces ordinarios*. Este procedimiento asegura el honor y la vida del ciudadano, y conduce al mayor acierto de los fallos en las causas criminales. Con el mismo fin se ordena por el auto acord. de 2 de abril de 1761 que los jueces inferiores den cuenta inmediatamente á los tribunales superiores de cualquiera muerte violenta, herida grave, robos hechos en camino ó en poblado con salteamiento de casa y otros delitos graves que se cometan, sin dejar ó suspender por eso el curso regular de las causas y sus apelaciones ó consultas, segun corresponda, como deben hacerlas, aunque solo pueda justificarse el cuerpo de los delitos, y asimismo cuando se decidieron aquellas, aunque no haya apelacion, por ser favorables á los reos, á fin de que los fiscales puedan, si les pareciere apelar ó pedir las. Y por varias órdenes, y entre ellas la de 8 de junio de 1788 se mandó dar cuenta al Consejo todos los meses de las causas criminales, y que los fiscales la den anualmente.

43. Ha de menguarse la pena en el que fuese menor de 17 años, y no imponerse ninguna al que fuese menor de diez y medio; *l. 8. tit. 31. P. 7.—n. 7*. No puede el juez crecer ni menguar la pena, despues que la mandó dar por sentencia; *l. 9. d. tit. 31.—l. 15. C. de pen.*

44. *La l. 98. tit. 18. lib. 2. R. de Ind.* dispone que los fiscales no acusen sin preceder delator; salvo en hecho notorio, ó cuando fuere hecha pesquisa. Y declara que saliendo por sí

WW

solos ó coadyuvando al delator, no tienen obligación de dar fianza de calumnia y costas, y que el delator debe fianzarse conforme á derecho, aunque el fiscal le asista y coadyuve.

NOTA.

A la ley cit. en el n. 25. debe añadirse la cédula de 1 de enero de 1747.—*l. 8. tit. 33. lib. 12. Novis. R.* que dice: "desseando que no padezcan algunas personas injustamente con la temeridad de voluntarias calumnias, las que regularmente se verifican en los memoriales y cartas sin firma, con otros muchos daños que resultan de la inobservancia de la ley real (*ley anterior*;) prohibo de nuevo que se admitan semejantes papeles ó delacion para el efecto de formalizar pesquisas ni otra especie de sumaria informacion que sirva en juicio; pero aunque el memorial sea firmado de persona conocida, y entregado legítimamente, dando su fianza, no por eso se despache siempre juez á la averiguacion del caso, porque en todo esto se ha de tener mucha templanza, para que no se causen con cualquier motivo crecidas costas, como suele acontecer; pues no siendo el caso muy grave, se puede providenciar el contenido con menos dispendio, procurando el Concejo corregir con escarmiento al receptor ó persona que en su cargo diere motivo de justa queja; dándose por el Gobernador del Concejo la providencia de que, evacuadas las pesquisas en la forma prevenida, y entregados los autos en la escribania de Cámara, se vean y determinen en la Sala de mil y quinientas, que es á la que por establecimiento corresponde; con la mayor brevedad, para evitar los perjuicios que ocasionan las dilaciones de semejantes dependencias: practicando lo mismo en las residencias que se toma á los Correjidores: prohibiendo, como prohibo, al Concejo que pueda habilitarlos, hasta que se hayan determinado las residencias."

TITULO XXXI.

DE LAS CARCELES, INDULTOS Y ASILOS.

Tit. 30. y 32. P. 7.—Tit. 25. lib. 8. R.—Tít. 5. 16.
y 23. lib. 48. Dig.

1. De la cárcel y pena del que la tiene privada.—2. Es privativo a la justicia prender a los malhechores.—3. Pena del carcelero que trató mal a los presos.—4. Pena del reo que huye de la cárcel.—5. Pena del carcelero que dejó escapar ó maltratar algún preso.—6. Pena del carcelero que encarga la guarda de los presos a otro que fugase con ellos.—7. Pena del que se atreve a sacar por fuerza al preso.—8. No se debe decretar prision con facilidad.—9. Del indulto y su división en jeneral y especial.—10. De los delitos exceptuados en los indultos jenerales.—11. En los delitos en que hay parte agraviada, no se concede el indulto sin que preceda perdón de ella.—12. De los efectos del indulto segun se concede antes ó despues de la sentencia.—13. Del asilo.—14. y 15. De los delitos exceptuados.—16. El asilo está reducido a una ó dos iglesias en cada ciudad.—17 y 18. De lo que se debe practicar cuando el reo se refugia a lugar que no es inmune.—19. De lo que se debe practicar cuando el reo se refugia a lugar inmune.—20. Del que fuese aprehendido fuera de la iglesia en que estuvo refugiado.—21. Derecho de Indias.

1. Cárcel es: lugar público en que los reos están guardados para que no huyan; de lo que se deduce: 1.º Que nadie puede tener cárcel privada ó particular, porque el derecho de hacer cárcel ó usar de ella, solo es del rey, ó de aquellos á quienes él lo mandará; *ll. ult. tit. 29. P. 7. y 5. tit. 23. lib. 4. R.* de suerte que si alguno por su autoridad, sin mandamiento del rey, hiciere cárcel, ó cepo, ó cadena, y metiese hombres en esta prision, debe morir por ello, como tambien los reales oficiales de donde esto sucediese, que lo supieren y no lo castigaren, ó no lo vedaren, ó no lo hicieren saber al rey; *d. l. ult.* Este delito se considera de lesa majestad; *l. 1. C. de pr. v. carcer.*—2.º Que debe ser para guardar á los presos, no para dar pena ni escarmentarlos; *ll. 11. d. tit. 29. y 4. tit. 31. d. P. 7. l. 8. §. 9. de pen. mas por nuestro derecho reciente se am-*

pone la cárcel por pena, como entre otras leyes recopiladas puede verse el *cap* 9. de la pragmática sobre juegos; *tit.* 28 n. 11.

2. También es derecho privativo del rey recoger malhechores ó llevarlos al juez para que sean castigados; pues solo él lo puede hacer, ó los que administran justicia en su nombre; pero cualquiera puede cojer á los reos siguientes, y llevarlos al juez: 1.º El acusado ó infamado de falsa moneda; *l. 1. C. de fal. mon.* 2.º El soldado que desampara su puesto *l. 2. C. quan. Ac. univ. sig.*—3.º El ladrón conocido, ó el que quemase casa de noche, ó cortase viñas ó árboles ó quemase mieses; *l. 4. tit. 8. lib. 5. R. - l. 1. cod.*—4.º El que fuerza ó lleva robada alguna mujer virgen ó relijiosa; *l. 2. d. tit. 29.—l. 1. C. de rap. virg. 5.º* El blasfemo; *l. 4. tit. 4. lib. 8. R.*—6.º El reo hallado en fragante, cuando ni él ni su delito son de los exceptuados. Véase la *Curia Philip. Juicio Crim.* §. 11 n. 6.

3. El carcelero que da de comer ó beber mal á los presos ó les da malas prisiones, por odio que les tiene, ó por amor á los que les hicieron cojer, ó por ruego ó dádiva que recibe de otro, merece pena de muerte; *l. 1. C. ni sine de cust. reor.* (1) y el juez que fuere negligente en castigar al tal carcelero, ha de ser privado del oficio como infame y recibir otra pena arbitraria, debiendo sufrir también arbitraria el que corrompiese al carcelero para hacer mal á los presos; *ll. 11. d. tit. 29. Y la ll. 8. y siguis. tit. 24. lib. 4. R.* traen varios reglamentos para el buen trato de los presos. Pero no está en uso la pena de muerte.

4. Si todos los presos se convinieren en quebrantar la cárcel, y se fueren todos ó la mayor parte sin saberlo los que los guardaban, y fueren cojidos todos ó algunos, deben ser castigados con la pena que corresponde al delito porque estaban presos; pues se considera confesado por su fuga; pero si no huyeron todos sino algunos, y se les coje, se les ha de poner en prisiones mas fuertes y condenar además á pena extraordinaria; *l. 18. d. tit. 29. P. 7.—l. 18. de cust. et ex. reor.* No explica la ley si la doctrina de esta segunda parte debe entenderse, cuando la fuga fué con anterior conspiracion ó convencion de los presos ó sin ella; y sin atreverse Lopez á resolverlo en la *glosa 7.* añade que en caso de admitirse también esta moderación de pena cuando hubo conspiracion, se tenga esto presente. La *l. 7. tit. 26. lib. 8. R.* dice llanamente que todo hombre que huyere de la cadena se tenga por hechor de lo que fuere acusado, peche algunas seiscentos maravedis para la cámara; y que el carcelero

celero responda en su lugar y peche otros seisientos maravedís para la misma cámara; pero Azevedo citando á otros añade: 1.º Que la confesion del delito debe entenderse al tenor de lo que dispone d. l. 13. tit 29. P. 7.—2.º Que no se impone pena por la confesion presunta, si el reo prueba realmente su inocencia; en cuyo caso solo merece pena de azotes por el quebrantamiento de cárcel; porque no sería justo que por cualquier fuga de la cárcel se considerase confesado el delito, cuando el que huye porque encuentra abierta la puerta, no incurre en pena alguna; y que así lo veia practicar diariamente; y trae otros casos en que la fuga no se tiene por confesion: 3.º Que no se entiende por quebrantamiento de cárcel el huir en solicitud de justicia ante tribunal superior; y que en su conformidad los tribunales admiten todos los dias á los que así se les presentan, dándoles provision para que el inferior no proceda contra ellos ni sus bienes. Mas Vizcaino Perez en su *Código criminal*, asegura que no halla ley real que imponga pena de azotes por el quebrantamiento. Véase tit. 25. n. 40.

5. Si el carcelero deja huir al preso por culpa lata debe sufrir la misma pena que merecia este, aunque sea corporal; y si fuese pecuniaria ó pago de deuda, debe satisfacerla, y estar medio año en prision. Si deja huir al preso por culpa leve, debe sufrir un año de prision en caso de que el preso merezca pena corporal; pero siendo pecuniaria ó pago de deuda, tiene que satisfacerla y estar tres meses en prision. Si el preso huye por caso fortuito, sin culpa ninguna del alcaide, no incurrirá este en pena alguna; pero deberá probar que no tuvo culpa. El alcaide que por piedad deja escapar un preso, debe ser privado del oficio y castigado corporalmente, si el preso era hombre vil á su pariente cercano; y segun el arbitrio del juez si no era vil ni pariente. Si un preso se mata á sí mismo, será el alcaide privado del oficio, y castigado tambien corporalmente, á no ser que pruebe su inocencia; *ll. 12. d. tit. 29. P. 7. y 12. tit. 23. lib. 4. R. y Azev. en esta ley, el cual prueba con Gomez. 3. var. cap. 9. n. 11. que el alcaide debe probar su inocencia, porque en caso de duda la presuncion esta contra él. (1)*

6. Si por ir á alguna parte, encargare el carcelero á otro la guarda de los presos, y este se fuese con ellos, dice la l. 9. d. tit. 29. que debe morir este tal guardador, salvo si fuese mozo, hombre vil, ó de mal seso, en cuyo caso debe cargar la pena sobre el carcelero, que lo puso, y ser castigado el guardador puesto por él, con pena arbitraria: *pero*

Lopez, glosa 2. dice que deberá entenderse la pena de muerte en el caso que los presos que trayeron la mereciesen.

7. Si alguno tuviese el atrevimiento de sacar por fuerza de la cárcel á algun preso, deberá sufrir la misma pena que aquel á quien sacó; *l. 14. d. tit. 29.*

8. La Instrucción de Corrij. manda "que las Justicias no sean fáciles en decretar autos de prisión en causas leves, y en que no se tome la fuga ú ocultacion del reo, especialmente con las mujeres y los que ganan la vida con su jornal y trabajo" Y por cédula de 8 de agosto de 1784 se previene "que para evitar la facilidad y abuso de los procedimientos y arresto de personas de otro seso, se castigará á los Jueces que carecieren de fundamentos prudentes y probables para haber procedido, hasta con la privacion de oficio y otras penas mayores, segun la calidad de su abuso y exceso."

9. Habiendo tratado de los delitos y penas, hablaremos brevemente de los perdones ó indultos, por los que se libertan los reos de las penas que habian merecido. Solo el rey los puede conceder, y son de dos maneras: jenerales y especiales. Jenerales aquel por el qual perdona el rey ó todos los delincuentes; y suelen concederlo con motivo de alguna gran alegría pública, como una victoria, &c. Especial es quando perdona á alguna persona en particular, como en el viernes santo, ó quando concede el perdón á ruego de algun prelado ú otra honrada persona, ó por servicio que haya hecho al rey ó á otro de su linaje, aquel á quien perdona ó por bondad ó sabiduria, ó por gran esfuerzo que hubiese en él, de que pudiese venir bien á la tierra, ú otra razon semejante; *l. 1. tit. 32. P. 7.* El indulto del viernes santo es especial; y puede verse en la *l. 2. tit. 25. lib. 8. R.*

10. La *l. 1. d. tit. 25.* pone varios delitos exceptuados en los indultos jenerales, y para que se sepa como se conceden estos, copiamos el de 17. de octubre de 1771 que dice así: Presidente de mi Concejo; sabed, que por decreto señalado de mi real mano de 3 del corriente, he resuelto con motivo del parto de la Princesa mi muy cara y amada huera, conceder indulto jeneral á todos los presos que se hallaren en las cárceles de Madrid y deusar del reyno, que fueren capaces de él; pero con circunstancia, que no hayan de ser comprendidos en este indulto los reos de crimen de lesa majestad, divina ó humana, de ateosia, de homicidio de sacerdote, y el delito de fabricar moneda falsa, el de incendiario, el de estraccion de cosas prohibidas del reyno, el de blasfemia, el de sodomia, el de harta, el de cohecho y harateria, esto es, cometidos en la administracion del officio,

el de falsedad, y el de resistencia a la justicia, el de desafío, y el de mala versacion de mi real hacienda: declarando, como declaro, se comprendan en este indulto los delitos cometidos antes de su publicacion y no los posteriores, debiendo gozar de él los que están presos en las cárceles y los que estén rematados a presidio ó arsenales, que no estuvieren remitidos ó en camino para sus destinos, con tal que no hayan sido condenados por los delitos que quedan exceptuados; y tambien amplio este indulto a los reos que estén fugitivos, ausentes y rebeldes, señalándoles el término de seis meses a los que estuvieren dentro de España, y el de un año a los que estuvieren fuera de estos reynos, para que puedan presentarse ante cualesquiera justicias, las cuales deberan dar cuenta a los tribunales, donde pendieren sus causas, para que se proceda a la declaracion del indulto.

11. Declarando que en los delitos en que haya parte agraviada, aunque se haya procedido de oficio, no se conceda el indulto, sin que preceda perdon suyo; y que en los que haya interes ó pena pecuniaria, tampoco se conceda, sin que preceda la satisfaccion ó perdon de la parte; pero que valga este indulto para el interes ó pena correspondiente al fisco y aun al denunciador.

12. Cuando los perdones se conceden a los reos, antes que se haya dado sentencia contra ellos, son libres de las penas que debían haber, y conservan su estado y bienes como los tenían antes; solo en el concepto de las jentes pierden algo su fama. Y si el perdon fuere despues que fueron juzgados, entónces son libres de la pena, que habian de sufrir en sus cuerpos; mas no recobran los bienes, ni la fama, ni la honra, que perdieron por la sentencia, que fue dada contra ellos, salvo si se dijere en el perdon señaladamente, que el rey le mandaba entregar todo lo suyo ó tornarle en el primer estado; *L. 2. d. tit. 82. P. 7.*

13. Concluiremos tratando brevemente del asilo, que es el derecho que tiene el delincuente que se refugia en la Iglesia para estar bajo el amparo de ella, y hacerse acreedor por el beneficio de la inmunidad a una pena mas moderada. El asilo es de todas las edades y naciones; *5. Inst. de his qui sui:* y se funda en la fragilidad de la naturaleza humana, y en la veneracion que todas las naciones han tenido a sus templos. Pero la atrocidad de algunos delitos y la necesidad de escarmentar a sus autores han precisado a los legisladores a escluir de este derecho a los perpetradores de tales delitos:

14. Los *ll. 4 y 5 tit. 11. P. 1 y 3 tit. 2 lib. 1 R.* exceptuando diferentes delitos, expresados con mas ampliacion en varias B.ulas;

Gregorio 14 en la de 25 de junio de 1591, declara que no gozan de asilo los saltadores de caminos y calles, los ladrones publicos y famosos, los taladores de campos ó heredades, los que hicieren muerte ó mutilacion de miembro dentro de sagrado, los alevosos, los herejes, los traidores, los reos de lesa majestad, los asesinos, y los demas que por derecho canónico estuviesen exceptuados. Benedicto 12 en la Bula *Ex quo divisa* de 8 de junio de 1725 añadió que tampoco goza de asilo el que matase a otro de caso pensado deliberado, aunque no fuese a traicion, ni los falsificadores de letras apostólicas, los superiores ó empleados en los montes de piedad ó otros fondos públicos ó bancos que cometieren hurto ó falsedad, los monederos falsos ó los que cercenan moneda de oro ó plata, y los que finjiéndose ministros de justicia, entran en casas ajenas y comenten en ellas robos, con muerte ó mutilacion de miembro. Ultimamente, Clemente 12 en la que empieza *In supremo iustitiz solio* de 1.º de enero de 1734 quiso además que no gozase de asilo el que matase á otro en riña, como el homicidio no fuese casual ó en propia defensa; habiéndose entendido esta bula a los reinos de España en 14 de noviembre de 1737. Y Benedicto 14 en la de 35 de marzo de 1750 declaró que esto debia tambien tener lugar cuando la muerte fuese hecha con palo ó piedra, conforme a lo cual es la cédula de 28 de febrero de 1794 que manda que los reos de homicidio no gozen de asilo, como no sea casual ó en propia defensa.

15. Y por real orden de 3 agosto de 1750 se resolvió que en punto al modo de seguir ante el Juez eclesiastico las causas de homicidas, se arregle en todo a lo prevenido en orden de 25 de junio del mismo año, en consecuencia de la última bula Pontificia, que quita totalmente la cualidad de alevosía, para escimir de la inmunidad eclesiástica a los delincuentes de homicidios, sin permitir a la curia eclesiástica tomar conocimiento de los excepciones de ebriedad, locura, provocacion ni otros simulados pretextos, por haber dejado su Santidad reducida su inspeccion al reconocimiento de los autos que se le presentaren por juez seglar, para ver si de ellos resultan indicios suficientes a la prision, y poder franquear desde luego la estraccion bajo la caucion regular, y levantar absolutamente esta, siempre que lleguen al grado de poderse, en virtud de ellos, dar tormento al reo, (2) sin mas caucion que la de restituido a la iglesia todas las veces que ante el mismo juez secular probare en sus defensas haber ejecutado la muerte por pura casualidad atributiva de jurisdiccion, cuando el homicidio constase por notorio, presen-

tando ante los jueces eclesiásticos en caso de necesidad, copia de esta carta-orden, para que esté mas patente la fuerza que hacen en no arreglarse a los decretos Pontificios del caso, &c.

16. Clemente 14 por la bula de 12 de setiembre de 1772 espedita á solicitud de Carlos 3.^o restringió los lugares ó iglesias que pudiesen servir de asilo, a una ó dos en cada ciudad, segun elijiere el ordinario eclesiástico, como ya se observaba en el reino de Valencia.

17. La materia de asilo, que antes era tan complicada, se halla hoy reducida a dos puntos que se resuelven facilmente mediante las bulas y cédulas que se han espedito en el particular: el lugar á que se refugia el reo es inamune ó no.

18. Si no es inmune, se ha de proceder conforme a la citada bula de 12 de setiembre, y á la real orden de 14 de enero de 1779, practicando la extraccion en los términos de la bula, que son los siguientes: "Y para que pueda haber la facilidad de extraer cualquier reo, sea eclesiástico ó seglar, que por cualquier delito se halle retraido en las dichas iglesias y lugares, que en adelante no han de gozar de inmunidad, y al mismo tiempo se guarde la reverencia, que sin embargo de eso se les debe, mandamos que cuando algunas personas eclesiásticas ó seglares, hubieren de ser estraidas de las mismas iglesias ó lugares, de aqui adelante no inmunes, por lo que mira a los eclesiásticos, deba proceder la autoridad eclesiástica, por sí misma y con el respeto debido a las cosas y lugares consagrados al Altísimo; y en cuanto a los legos, ante todas cosas, los ministros de la Curia seglar practicarán el oficio del ruego de urvanidad, pero sin usar de ninguna forma de escrito, y sin que deban esponer la causa de la extraccion pedida al eclesiástico, que con título de vicario ó jeneral ó foraneo, ó con cualquier otro en la ciudad ó lugar ejerciere la autoridad y jurisdiccion episcopal ó eclesiástica; y estando este ausente ó faltando, y tambien en cualquier caso de repugnancia, se deberá hacer el mismo ruego de urvanidad a otro eclesiástico que en la ciudad ó lugar sea el mas visible de todos, y de edad provecta, y el vicario jeneral ó foraneo, ó de otro-cualquier modo llamado, es a saber, el rector ó párroco de la iglesia ó el superior local, siempre que sea de iglesia de regulares, igualmente que el precitado eclesiástico, de este modo amonestado, luego al instante, sin la mas minima detencion, y sin conocimiento alguno de causa estén obligados a permitir la extraccion del secular, que inmediatamente se ha de ejecutar por los ministros del tribunal eclesiástico, si se hallaren presentes, y si no por ministros del brazo seglar, pero siempre y

en cualquier caso, con presencia ó intervencion de persona eclesiástica.

19. Si el lugar á que se ha refugiado el reo es inmune, se observarán la *cit real orden* de 3 de agosto de 1750 y la de 11 de noviembre de 1800, en que se encuentra cuanta instruccion pueda desearse. Esta última se halla en el *Teatro de la legislación* con fecha 15 de marzo de 1787, entre las reales resoluciones no recopiladas de Indias, y es como sigue: "Art. 1.º Cualquiera persona de ambos sexos, sea de cualquier estado y condicion que fuese, que se refugiare á sagrado, se extraerá inmediatamente con noticia del Rector, Parroco ó Prelado eclesiástico por el juez real, ministro, jefe militar, ayudante ó cabo competente, bajo la caucion (por escrito ó de palabra, á arbitrio del retraido) de no ofenderlo en su vida y miembros; se le pondrá en cárcel segura, y se le mantendrá á su costa si tuviese bienes, y en caso de no tenerlos de los caudales del público, ó de mi real hacienda á falta de unos y otros, de modo que no le falte el alimento preciso. 2.º Si á dilacion se procederá á la competente averiguacion del delito ó causa del retraimiento: y si resultare que es leve, ó acaso voluntaria, se le corregirá arbitraria y prudentemente, y se le pondrá en libertad con el apercibimiento que gradue oportuno: el juez ó jefe respectivo. 3.º Si resultase delito ó exceso que constituya al refugiado acreedor á sufrir pena corporal, se le hará el correspondiente sumario, y evacuada su confesion con las citas que resulten en el término preciso de tres dias (cuando no haya motivo urgente que lo dilate) se remitan los autos al virey ó gobernador que mande en jefe si el reo fuere del fuero de guerra, y cuando no lo sea á la real audiencia territorial. 4.º En las audiencias se pasará el sumario al dictamen fiscal, y por el jefe militar al de su auditor ó asesor, y con lo que opinen y resulte de lo actuado, se providenciará sin demora, segun la calidad de los casos. 5.º Si del sumario resulta que el delito cometido no es de los exceptuados, ó que la prueba no pueda bastar para que el reo pierda la inmunidad, se le destinará por providencia y cierto tiempo, que nunca pase de diez años, á presidio, arsenales, sin amparacion al trabajo de las bombas, bajezes, trabajos públicos, servicio de las armas ó destierro; ó se le multará ó corregirá arbitrariamente, segun las circunstancias del delincuente y calidad del exceso cometido, y reteniendo los autos, se darán las órdenes correspondientes para la ejecucion, que no se suspenderá por motivo alguno. Y hecha saber la condenacion á los reos, si suplicaren de ella, se les oiga conforme á dere-

cho. 6.º Cuando el delito sea atroz, y de los que por derecho no deben los reos gozar de la inmunidad local, habiendo pruebas suficientes, se devolverán los autos por el tribunal ó jefe militar al juez inferior, para que con copia autorizada de la culpa que resulte y oficio en papel simple, pida (sin perjuicio de la prosecucion de la causa) al juez eclesiástico de su distrito, la consignacion formal y llana entrega sin caucion de la persona del reo ó reos, pasando al mismo tiempo acordada al prelado territorial, para que facilite el pronto despacho 7.º El juez eclesiástico en vista solo de la referida copia de culpa, que le remita el juez seglar, proveera si ha lugar ó no la consignacion y entrega del reo, y le avisará inmediatamente su determinacion con oficio en papel simple. 8.º Provista la consignacion del delincuente, se efectuará la entrega formal dentro de veinte y cuatro horas; y siempre que en el discurso del juicio desvanezca las pruebas ó indicios que resulten contra él, ó se disminuya la gravedad del delito, se procederá a la absolucion ó al destino que corresponda, segun el art. 5.—9.º Verificada la consignacion del reo, procederá el juez secular, en los autos, como si el reo hubiere sido aprehendido fuera de sagrado; y sustanciada y terminada la causa, segun justicia, se ejecutará la sentencia con arreglo a las leyes y ordenanzas. 10.º Si el juez eclesiástico en vista de lo actuado por el seglar, denegare la consignacion y entrega del reo, ó procediere a formacion de instancia ó otra operacion irregular, se dará cuenta por el inferior al tribunal ó jefe respectivo, con remision de los autos y demas documentos correspondientes para la introduccion del recurso de fuerza, de que se harán cargo mis fiscales en todas las causas, aunque sean los reos militares, para lo que el jefe respectivo pasará los autos á la audiencia, y esta se los devolverá finalizado el recurso; y en tal caso el tribunal en donde se ha de ventilar la fuerza, libre la ordinaria acostumbrada, para que el juez eclesiástico remita igualmente los autos respectivos que se hubiesen obrado contra él, ó que pase el notario a hacer relacion de ellos, segun el estilo que en su razon se halle introducido en los demas recursos de aquella clase, a fin de que con inteligencia de todo se pueda determinar lo mas arreglado, sin que se deba escusar a ello el eclesiástico con pretexto alguno 11.º Decidido sin demora el recurso de fuerza, y haciéndola el eclesiástico, se devolverán los autos al juez inferior, y este procederá con arreglo al art. 9.; pero no haciéndola en lo sustancial, providenciará desde luego el tribunal ó jefe el destino competente del reo ó reos conforme

a lo prevenido en el art. 5.—12.º Cuando el reo refugiado sea eclesiástico, se hará la estracción y encarcelamiento por su juez competente, y procederá en la causa con atregio a justicia, auxiliándose por el brazo secular en todo lo que necesite y pida.—13.º En los casos dudosos estarán siempre los tribunales ó jefes por la correccion y pronto destino de los reos, sin embarazarse ni empeñarse en sostener sus conceptos, antes bien deberán prestarse todos a los medios y arbitrios que faciliten el justo fin que me he propuesto en esta determinacion, a que principalmente me induce la delgada atencion a la humanidad, quietud pública, y remedio de tantos males como se han experimentado hasta aora con irreverencia del santuario.

20. En la nota 3.ª al tit. 2.º lib. 1.º de los aut. acord. se lee una amonestacion del Nuncio de 28 de agosto de 1717 en virtud de breve de su Santidad, en la cual se vé que los reos que dejan el asilo, pierden el derecho de inmunidad, sin que les pueda valer, aunque prueben haber sido sacados de la iglesia con dolo, no refugjandose dentro de un mes.

21. La l. 2.ª tit. 5.º lib. 1.º R. de Ind. manda que los prelados no admitan en sus iglesias y monasterios a los delinquentes en los casos que conforme al derecho de Castilla no deben gozar de la inmunidad; ni impidan a las justicias reales usar de su jurisdiccion; y a los que deben gozar de la inmunidad no consientan ni den lugar a que estén mucho tiempo en ellas.

La l. 30.ª tit. 19.º lib. 2.º manda que los fiscales sigan las causas de inmunidad y otras ante jueces eclesiásticos, por sí ó sus agentes.

En cédula de 2.º de noviembre de 1773 manda que los prelados no señalen para asilo iglesias cercanas a las cárceles y las conventuales de los regulares: que para el señalamiento de asilo en las provincias de misiones procedan los Diocesanos con informes de los Prefectos ó Presidentes de ellas, &c.

En la de 9 de noviembre de 1776 manda que precisamente se reduzcan a dos los cuatro sagrados que se habian señalado en Lina para asilo de delinquentes, conforme está mandado por d. ced. de 2.º de noviembre a consecuencia del breve de Clemente 14.

NOTAS.

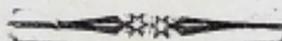
(1) Se ha dicho y con razon, que los alcaldes son los verdaderos puntales de la sociedad; los apoyos sólidos de

La moral; y que si se les escapan: Los presos, se debe ser inflexible con ellos; mas para esto es necesario que los alcaides sean hombres de educacion, hombres sensibles y al mismo tiempo de una integridad a toda prueba: lo cual no se podrá conseguir hasta que por su destino, que nada tiene de brillante, y antes bien mucho de penoso y arriesgado, se hallen tan honrados y asistidos como corresponde. Para facilitar el buen manejo del alcaide, para castigar los crímenes y sobre todo para reprimirlos, es necesario propender por un sabio sistema de carceles a la mejora física y moral de los presos; a lo que debe contribuir: 1.º La clasificacion de los presos segun sus habitos, delito y edad: 2.º La instruccion que haga conocer al preso la ventaja de una buena conducta y los inconvenientes de la mala: 3.º El habito del trabajo, enseñando al preso un arte ú oficio por el que pueda emplear útil y honradamente su tiempo: 4.º El local ventilado, siempre aseado, bien distribuido y en tal disposicion que el alcaide tenga a todos los presos a la vista con la mayor facilidad posible. Desde el tiempo de Howard ha hecho tantos progresos el espíritu filantrópico en algunos países afortunados, que nadie puede pasar en ellos por un hombre verdaderamente culto sin que se halle asistido de algunos conocimientos relativos a prisiones, hospitales y demas establecimientos conducentes al alivio de la humanidad paciente y al bien de la sociedad en jeneral. Es muy digno de leerse en cuanto a prisiones el compendio escrito de Cunningham y Buxton, 2a edicion, 1828. *Notes sur les prisons de la Suisse, et sur quelques—unes du continent de l'Europe; moyens de les améliorer.*

(2) El no uso habia ya derogado el tormento, cuando se espidió la real orden de 30 de noviembre de 1797 limitándolo a los delitos mas atroces: a esta disposicion siguió la de 25 de julio de 1814 que en honor de la humanidad lo abolió enteramente, dándolo con demasiada justicia como un medio ineñcaz y reprobado de buscar la verdad.

FIN

DEL LIBRO II.





SALA
V UERO



172

LIBRARY OF THE
NATIONAL ARCHIVES
WASHINGTON, D. C.